

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

RINALDO BORGES CAMPOS

TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA

RUBIATABA-GO

2011

FOLHA DE APROVAÇÃO

RINALDO BORGES CAMPOS

TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA

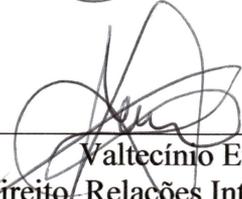
COMISSÃO JULGADORA

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

RESULTADO: APROVADO



Samuel Balduino Pires da Silva
Especialista em Direito Civil e Processo Civil
Orientador



Valtecinio Eufrásio Leal
Mestre em Direito, Relações Internacionais e desenvolvimento
Examinador



Geruza Silva de Oliveira
Mestra em Sociologia
Examinador

Rubiataba, 2011.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho de conclusão de curso a minha esposa, Leiliane Cristina de Oliveira Campos por estar a todo momento me incentivando e que muito fez para que eu chegasse até aqui, aos meus filhos Laís Prado Campos e Rinaldo Prado Campos e aos meus pais Romeu Borges Campos e Divina Rodrigues da Silva Campos.

Dedico também a todos os meus colegas de curso, aos que ficaram pelo caminho, e principalmente àqueles que comigo chegaram até aqui.

Aos meus professores, principalmente ao professor e amigo Samuel Balduino que me orientou durante esta pesquisa, com muito empenho e dedicação, buscando o resultado pretendido

Dedico ainda a Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, FACER, que me proporcionou tantas alegrias, tantos amigos, e sem a qual nada disso teria acontecido.

E finalmente dedico a mim mesmo e a todos aqueles que fazem do sonho uma realidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado uma família maravilhosa, pela proteção nas viagens, diárias e intermináveis, e por me dado vida e saúde.

A minha companheira e esposa, que incansavelmente, esteve ao meu lado me ajudando e incentivando, nunca me deixando fraquejar.

Aos meus professores, que muito contribuíram para o meu conhecimento e formação, ao meu primeiro orientador e amigo professor Sergio Luis.

E aqueles que direta ou indiretamente, amigos, funcionários da faculdade, me ajudaram a atingir meu objetivo.

E ao meu orientador professor Samuel Balduino que me ajudou na construção deste trabalho.

“Justiça tardia não é justiça, é injustiça qualificada e manifesta.”

Rui Barbosa.

RESUMO: Este trabalho demonstra a aplicação do instituto da antecipação da tutela, no momento da prolação da sentença, mostrando sua origem, evolução, aplicação e efetividade, tendo como parâmetros requisitos autorizadores, e que visa primordialmente, acelerar e proporcionar uma maior efetividade à prestação jurisdicional, diante da lentidão do curso normal do processo, e do crescimento acentuado da sociedade.

Palavras-chaves: Antecipação da tutela. Sentença. Requisitos. Efetividade.

ABSTRACT: This study demonstrates the application of the institute of early tutelage at the time of prolação the sentence, showing its origin, development, implementation and effectiveness, taking as parameters requirements authorizers, and which aims primarily to accelerate and bring greater effectiveness to provide court, given the slowness of the normal course of proceedings, and the marked growth of society.

Keywords: Anticipation of tutelage. Sentence. Requirements. Effectiveness. powered by

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 SURGIMENTO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA E SUA EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	14
1.1 Evolução histórica das tutelas de urgência.....	14
1.1.1 O surgimento das tutelas de urgência.....	14
1.1.2 Surgimento das tutelas preventivas no Brasil.....	16
2 O INSTITUTO DA ANTECIPACÃO DA TUTELA.....	22
2.1 Conceito.....	22
2.2 Natureza jurídica da decisão que concede a tutela antecipada.....	23
2.3 Objeto da antecipação.....	25
2.4 Requisito da antecipação da tutela.....	25
2.4.1 Requerimento da parte interessada.....	26
2.4.2 Prova inequívoca.....	26
2.4.3 A verossimilhança da alegação.....	27
2.4.4 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação	28
2.4.5 Abuso de direito de defesa ou manifesto protelatório do réu.....	29
2.4.6 Irreversibilidade do provimento antecipado.....	29
2.4.7 Modificação ou revogação da tutela antecipada.....	30
2.5 Da tutela antecipada e pedidos cumulados.....	30
2.6 Do pedido de tutela cautelar feito como tutela antecipada.....	31
2.7 Momento da concessão da tutela antecipatória.....	31
3 TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA	33
3.1 Dissensos doutrinários.....	34
3.1.1 Opiniões doutrinárias sobre a antecipação da tutela na sentença.....	34
3.1.2 Ponderações das opiniões contrárias na doutrina.....	40
3.1.3 Ponderações das opiniões favoráveis na doutrina.....	40
4 A ANTECIPACAO DA TUTELA NA SENTENÇA E OS RECURSOS.....	42
4.1 Divergências doutrinárias.....	44
4.2 A antecipação da tutela na sentença e os efeitos da apelação.....	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	55
ANEXOS.....	57

Lista de abreviaturas

Nº número

p. - página

INTRODUÇÃO

Este trabalho monográfico busca retratar um tema polêmico no sistema processual brasileiro, a antecipação da tutela na sentença, desde a sua origem, evolução até os dias atuais.

Os primeiros conflitos entre os indivíduos eram resolvidos na força bruta, pelos próprios litigantes ou pelos grupos sociais a que pertenciam, sem qualquer interferência estatal.

Com a transferência desse direito para o Estado, e o desenvolvimento das sociedades fica proibido a autotutela, assumindo o Estado o monopólio da jurisdição. As lides ou contendas passam a se resolver por meio de um processo.

Com o ritmo acelerado de crescimento das sociedades, veio à conseqüência da multiplicação dos conflitos, obrigando o Estado a buscar sempre soluções mais rápidas e eficientes nas resoluções dos mesmos. Tal situação foi direcionando a sociedade na busca de formas alternativas de resolução de conflitos.

Surge no Império Romano os primeiros vestígios das tutelas preventivas. Vê-se a partir daí a evolução da estrutura estatal, com a distribuição do poder, passando da mão de uma para a de várias pessoas.

Nascem as primeiras medidas cautelares, já mostrando que em breve representariam um grande instrumento para resguardar o direito do litigante. Com a queda do Império Romano, vê-se o desenvolvimento dessas medidas, pelas várias culturas que sobrevieram à romana, e sob a influência do direito positivado em outros países como França, Itália, Espanha e Alemanha vão surgindo várias outras medidas cautelares.

No Brasil as tutelas preventivas foram introduzidas em 1939, no Código de Processo Civil, sofrendo várias reformas a partir daí. E na perspectiva de estimular uma

prestação jurisdicional eficaz, no contexto de um processo mais ágil, caracterizado pela efetividade, é que sobrevieram as leis 8.952 de 1994 e a 10.444 de 2002, que determinaram a redação do artigo 273 do mesmo diploma atual, que trata do tema abordado neste trabalho.

A justificativa do tema, não se relaciona somente quanto ao conteúdo, mas pelo fato da grande controvérsia, que há quanto à aplicação deste instituto. Neste sentido, o tema busca resolver a problemática do questionamento inicial sobre a efetividade da antecipação da tutela no momento da sentença, permitindo que o jurisdicionado ou autor do pedido receba a satisfação de sua pretensão de imediato, junto com a sentença, já que neste momento ficou o juiz convencido do direito do autor.

Este trabalho justifica-se como objetivo geral de buscar o entendimento da aplicação do instituto da antecipação da tutela na prolação da sentença e seus efeitos, tendo como objetivo específico a análise do surgimento e evolução das tutelas de urgência no direito brasileiro, abordando as formas de aplicação da tutela antecipada, analisando sua aplicabilidade no momento da sentença e quais os procedimentos recursais admitidos.

O tema foi dividido em quatro capítulos. No primeiro, procurou-se entender o surgimento e a evolução das tutelas de urgências no cenário mundial e no direito brasileiro; no segundo evidenciou-se o próprio instituto da antecipação da tutela, trazendo o conceito, natureza jurídica e os principais requisitos para sua concessão; no terceiro, tratamos do tema específico do trabalho, a antecipação da tutela na sentença, observando as divergências doutrinárias quanto a sua aceitação; no quarto capítulo verificamos os procedimentos recursais na antecipação da tutela no momento da prolação da sentença.

No decorrer das explanações, buscamos ressaltar a importância da antecipação da tutela, analisando o artigo 273 do Código de Processo Civil, analisando a nova sistemática das tutelas de urgência, examinando os requisitos legais pertinentes, e um dos aspectos polêmicos desse instituto que se prende à possibilidade de a tutela ser antecipada no momento da prolação da sentença de mérito, mostrando as diversas opiniões doutrinárias e algumas jurisprudências a respeito.

O estudo foi realizado com ampla pesquisa bibliográfica e documental, baseando-se na leitura de doutrinas, artigos jurídicos, leis e códigos jurídicos, e também pesquisas na internet como demonstram as referências bibliográficas elencadas no final do trabalho, formalizando uma monografia de compilação, na qual se tem uma grande quantidade de ideias de vários autores como Luis Guilherme Marinoni, Gláucia Carvalho Santoro, Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral, Candido Rangel Dinamarco, dentre outros.

Este trabalho busca ainda demonstrar as divergências doutrinárias sobre a aplicação da antecipação da tutela junto a sentença, mostrando que a corrente doutrinária majoritária, assegurada pela jurisprudência, aceita a concessão de tal instituto. Dando maior celeridade ao processo, e oferecendo a quem busca, ver seu direito efetivado junto com a sentença, sem ter que aguardar a solução de inúmeros recursos protelatórios por parte do réu.

1- SURGIMENTO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA E SUA EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 Evolução Histórica das Tutelas de Urgência

1.1.1 O Surgimento das Tutelas de Urgência

No Império Romano (Direito Romano) encontram-se os primeiros vestígios das tutelas preventivas. Era dever do Estado não permitir a opressão de uma pessoa sobre outra, na organização da sociedade. Nesse período clássico se deu origem a uma medida com efeito cautelar, a *legis actio per manus injectionem*. "*manus injectio* significa literalmente 'por a mão sobre o ombro'. Consistia em uma ação contra o devedor para fazer valer uma obrigação que se iniciava com a apreensão material". (GUERRA FILHO, 1997, p. 158/159).

Ressaltando que essa medida era eminentemente executiva, e que naquela época era freqüente a confusão entre essência das tutelas, pois não possuíam a forma como hoje são conhecidas.

O Direito Romano não isolou uma ação cautelar, como conhecida no Direito Moderno, e com as mesmas finalidades de acautelar aos interesses das partes, mas, graças ao império de que eram dotados alguns magistrados romanos (pretor em Roma, governadores nas províncias) conseguiram estes introduzir naquele organismo um verdadeiro poder geral de cautela, (VILLAR, 1971).

No século III a.C com o surgimento da lei XII Tábuas, o inadimplente por ordem do magistrado, era preso para saldar a dívida em até sessenta dias. "Caso isso não ocorresse a medida cautelar se convertia em executiva recaindo sobre a pessoa do credor, o qual poderia ser vendido fora da cidade, como escravo, ou mesmo, morto", Guerra Filho (1997, p.159).

Com a evolução da estrutura estatal, os poderes antes conferidos a uma mesma pessoa foram sendo apartados e repassados a vários magistrados.

Começam a surgir as primeiras medidas cautelares, a primeira foi o seqüestro (com o objetivo de preservar a coisa litigiosa). Com a queda do Império Romano, o direito romano encontrou asilo nos mosteiros e universidades criadas e cuidadas pela igreja. Surge o Direito Canônico (positivado a partir do século IV), Sidou (1997). Com a influência e fusão deste com direitos positivados em outros países, como Itália, Espanha, França e Alemanha de acordo com Guerra Filho (1997), foram surgindo várias novas medidas cautelares, caução fidejussória, penhor, hipoteca, arresto.

Observamos assim o desenvolvimento embrionário das medidas cautelares por várias culturas que sobrevieram à romana, já mostrando que em breve representariam um grande instrumento para resguardar o direito do litigante.

Passado esse período, inicia-se a influência Luso-Hispânica sobre as tutelas de urgência. É na península ibérica que se torna completa a fusão dos procedimentos romano e germânico. Toda a regulamentação do processo é dirigida pelo juiz, que ordena a execução aos agentes a serviço do Tribunal. Essas normas procedimentais favoreceram a morosidade do processo e permitiram desse modo à instituição de algumas formas mais céleres, conhecidas como procedimentos sumários. Na Espanha duas medidas cautelares, além do seqüestro e do arresto, destacam-se pela maestria normativa. A primeira norma dispõe que há direito a quem apresente documentos justificativos, “demanda em juízo a propriedade de minas, a de montes cuja principal riqueza consiste em arvoredos, e a de plantações ou estabelecimentos industriais ou fabris, constituindo o chamado asseguração de bens litigiosos”, Villar (1971, p. 41), na chamada “intervenção judicial da administração” destes bens. A segunda medida concede ao juiz o poder de adotar medidas que, dependendo das circunstâncias, podem ser diferidas a fim de assegurar a efetivação da sentença, nos casos da execução desta que tenham por objeto obrigações de fazer, não fazer ou entrega da coisa. O juiz pode conceder tudo que considere conveniente para assegurar sua própria decisão, Villar (1971, p. 43). Assim, a tutela cautelar espanhola, quando adianta total ou parcialmente os efeitos da futura sentença do processo chamado principal, (nota-se aí misturados os conceitos do direito brasileiro de medida cautelar e medida antecipatória), busca efetivar os resultados da decisão definitiva,

dado seu caráter de instrumentalidade. Já o direito português recebeu influencia direta do direito romano, que atrelado às tradições e costumes nacionais, foi determinante em sua evolução. “Sofreu ainda a influências dos povos que invadiram a Europa, notadamente onde a civilização romana se estendera”, (VILLAR, 1971, p. 43).

O direito processual português influenciou profundamente o direito processual no Brasil, primeiro com as Ordenações (Afonsinas, Filipinas, Manuelinas), e posteriormente servindo de alicerce às publicações que estavam por vir. Destaca-se que as normas contidas nas Ordenações aplicaram-se no ordenamento brasileiro até o ano de 1850, ano em que foi publicado o Regulamento nº 737, “que tratou das medidas cautelares no título destinado aos processos preparatórios, preventivos e incidentes”, Sanches (1978, p.15), albergando em seus artigos 321 ao 410, o embargo ou arresto, a detenção pessoal, a exibição, as vendas judiciais, os protestos, o depósito, a habilitação incidente em causas comerciais e ainda o embargo pendente à lide. Marinone (1992). Após este período, o Decreto nº. 3084, de 5 de novembro de 1898, durante o Governo de Prudente de Moraes, já Republica disciplinou, em sua Parte III, Título II, “Dos processos preparatórios, preventivos e assecuratórios” (artigos. 112 e 163) e Parte IV Capítulo II, sob a mesma epígrafe (artigos. 12 a 53). (SIMAS, 1940, p. 6/7).

1.1.2 Surgimento das Tutelas Preventivas no Brasil

No Brasil, as tutelas preventivas foram introduzidas ao ordenamento jurídico em 1939 no Código de Processo Civil, momento político no qual o Brasil viveu seu primeiro período ditatorial (Ditadura Vargas – 1937 a 1945). Com o golpe de Estado e instituição do chamado Estado Novo, houve a dissolução do Congresso Nacional e a outorga da nova Constituição. O anteprojeto do Código de Processo Civil de 1939, elaborado por Pedro Barbosa Martins (Decreto Lei nº. 1608 de 18 de setembro de 1939).

No Código de Processo Civil de 1939, as tutelas preventivas estavam inseridas ao processo de conhecimento, devido à sua grande intimidade com a teoria das provas. Vinham dispostas no livro V denominado “Dos processos acessórios”.

Nota-se nitidamente a natureza cautelar das tutelas de urgências no Brasil, Villar (1971) pondera que o artigo 675 do Código de Processo Civil reconhece o poder cautelar geral, em sua síntese, pretende que o artigo 675 e seus números do Código de Processo Civil de 1939 acolhem um poder geral de cautela.

Preceitua o mencionado artigo 675 do Código de Processo Civil revogado:

Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providência para acautelar o interesse das partes:
I - quando o estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;
II - quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil ou incerta reparação, ao direito de uma das partes;
III - quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.

Configurado outro momento histórico e político a influência italiana foi determinante nas diversas diretrizes do Novo Código de Processo Civil de 1973, momento em que o Brasil vivia sua segunda ditadura, agora sob o comando dos militares. O processo cautelar no novo código encontra-se disposto em livro próprio, segregado do processo de conhecimento. Integra o livro III, intitulado “Do processo cautelar”.

O anteprojeto do Novo Código de Processo Civil foi encarregado ao professor Alfredo Buzaid, pelo governo federal. Um dos grandes alicerces e conceitos dos quais se aderiram ao início do desenvolvimento do anteprojeto foi a concepção de Estado Moderno, “que monopolizou a administração da justiça e elevou o Poder Judiciário à eminência de órgão de soberania nacional” (BUZOID, 2002, p. 33).

Outro ponto essencial foi a noção de relação jurídica “que aplicada ao processo civil permitiu entendê-lo como instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes para dirimir conflitos de interesses”, o que possibilitou o surgimento do conceito de relação jurídica processual Buzaid (2002, p. 33). Note-se que é a partir da noção de Estado Moderno atrelada à ideia de relação jurídica é que o direito processual civil cria importância singular, conquistando autonomia própria.

Segue o autor afirmando que distintamente do Código de Processo Civil de 1939, o Código Processual de 1973 reconheceu o caráter autônomo da ação cautelar, e deu-lhe a posição que se adapta à natureza da sua função. Desta maneira o doutrinador reforça a autonomia da tutela cautelar, e as possibilidades desta compreender ao mesmo tempo funções de conhecimento e de execução. A respeito da finalidade da tutela cautelar, ele explica que enquanto na atividade jurisdicional de função declaratória e executiva busca-se assegurar a realização do direito, na função cautelar, o escopo não é realizar o direito principal, mas garantir que ele realize oportunamente, Buzaid (2002). É com este intuito, a fim de concretizar a efetivação da tutela cautelar, que “devem concorrer duas condições para o acolhimento da ação cautelar: o perigo que pode sofrer o direito pelo retardamento (*periculum in mora*); uma verossimilhança pelo menos aproximativa da existência do próprio direito (*fumus boni iuris*)” (BUZAIID, 2002, p.46).

Em 1988, com a promulgação da nova Constituição, elaborada com participação popular e voltada para realização plena da cidadania e direitos individuais, viu-se diante de um novo rumo. O artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna ao dispor que “a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, inaugurando uma nova era no que diz respeito às tutelas de urgência, elevando-as a nível constitucional.

A partir disto vieram as duas grandes reformas do Código de Processo Civil de 1994 e 2002, respectivamente pelas leis ns 8.952 e 10.444, que trouxeram modificações ao reinserir ao processo de conhecimento as tutelas de urgência.

Este retorno das tutelas de urgência ao processo de conhecimento iniciou-se promulgação da lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que, entre outras alterações determinou a nova redação do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§2º Não se considera a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber o disposto nos incisos II e III do artigo 588.

§4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

Com esse artigo, a modificação inserida no plano processual foi uma verdadeira revolução quanto aos possíveis efeitos da tutela. Quanto às consequências práticas, Zavascki (2007) discorre que o artigo 273, veio estabelecer um divisor de águas, alterando profundamente esta situação. O legislador consagrou a possibilidade de o juiz, atendidos certos requisitos, antecipar em qualquer processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva de mérito. Tal mudança trouxe relevantes consequências não apenas no campo do processo cautelar, mas também no de conhecimento e no de execução.

Após a reforma, já não se pode mais questionar da legitimidade das medidas provisórias satisfativas, providencia que passou a ser cabível em qualquer ação de conhecimento. No entanto, sua concessão está sujeita a regime próprio, inconfundível e, em alguns aspectos, mais rigoroso que o das medidas cautelares, a saber, a antecipação da tutela se dá na própria ação de conhecimento, mediante decisão interlocutória, enquanto as medidas cautelares continuam sujeitas à ação própria, disciplinada no Livro do Processo Cautelar; a antecipação da tutela está sujeita a pressupostos e requisitos próprios, estabelecidos pelo artigo 273 do Código de Processo Civil, substancialmente diferentes dos previstos no artigo 798 do mesmo diploma, aplicáveis estes apenas às medidas genuinamente cautelares. Inconcebível, desde então, pensar em antecipação da tutela como pretensão apta a ser deduzida em ação autônoma, ainda que preparatória a uma ação principal. (ZAVASCKI, 2007. p.46).

E denomina esta reorganização de “purificação do processo cautelar”, que explica:

O que se operou, inquestionavelmente, foi a purificação do processo cautelar, que assim readquiriu sua finalidade clássica: a de instrumento para obtenção de medidas para tutelar o direito, sem satisfazê-lo. Todas as demais medidas assecuratórias, que constituam satisfação antecipada de efeitos da tutela de mérito, já não caberão em ação cautelar, podendo ser, ou melhor, devendo ser reclamadas na própria ação de conhecimento. Postulá-las em

ação cautelar onde os requisitos para concessão são menos rigorosos, significará fraudar o artigo 273 do Código de Processo Civil que, para satisfazer antecipadamente, supõe cognição em nível mais aprofundado, pois exige verossimilhança construída sobre prova inequívoca. (ZAVASCKI, 2007, p.46)

Desta forma devolve-se ao processo de conhecimento as “tutelas ditas cautelares, mas de cunho satisfativo”, mantendo-se “no processo cautelar propriamente dito (livro III), apenas aquelas medidas puramente assecuratórias do direito, sem viés antecipatório”, Marinoni (2005, p.617). Neste sentido pode-se afirmar que a solução encontrada pela Reforma foi a de privilegiar a efetividade do processo, ao antecipar os efeitos da tutela pretendida e, por conseguinte satisfazer o direito privilegiado, em detrimento à segurança jurídica, aquela exercida em caráter de excepcionalidade.

Em 07 de maio de 2002, outra reforma processual foi introduzida ao ordenamento jurídico brasileiro por meio da lei nº 10.444. Entre outras modificações, o artigo 273 do Código de Processo Civil recebeu alteração em seu parágrafo terceiro e novos parágrafos sexto e sétimo.

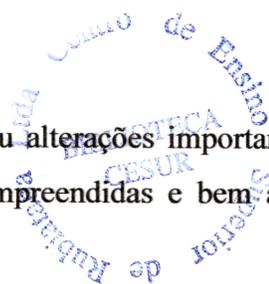
§3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos artigos 588, 461, §§ 4º e 5º, 461-A.

§6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presente os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Analisando todas essas reformas, com a alteração introduzida no texto do artigo 273 do Código de Processo Civil, conforme exposto foi consagrada à antecipação de tutela em caráter genérico tornando possível a sua concessão, em tese em qualquer tipo de procedimento do processo de conhecimento.

Observamos que o Código de Processo Civil sofreu alterações importantíssimas com o objetivo de agilizar a prestação jurisdicional, que compreendidas e bem aplicadas



podem atender, com êxito, aos jurisdicionados. As inovações não tiveram objetivo de neutralizar o processo cautelar, mas de ampliar o elenco das 'tutelas de urgência' destinadas a atender situações que não possam esperar o término do processo principal para reparar eventual lesão do direito, (SANTORO, 2000).

No capítulo que se segue, analisaremos o instituto da antecipação da tutela.

2 - O INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

2.1 Conceito

A palavra tutela significa defesa, amparo, proteção, segundo Ferreira (1988, p.655) em seu Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa. E segundo o dicionário jurídico, Cunha (2007, p. 270) afirma que tutela é um meio jurídico de proteção e representação. O Estado proibiu a autotutela privada e assumiu o monopólio do direito de prestar esta proteção (tutela jurisdicional) aos seus cidadãos a cada conflito de interesses.

Nessa perspectiva então, diante da proibição da autotutela, e tendo o processo como a contrapartida que o Estado oferece a seus cidadãos, deve aí surgir a resposta intuitiva de que a inexistência de tutela adequada à determinada situação conflitiva significa a própria negação da tutela a que o Estado se obrigou no momento em que chamou a si o monopólio da jurisdição, (MARINONI, 2009).

O Estado, para cumprir a sua obrigação de prestar a devida tutela jurisdicional, deve outorgar ao cidadão o poder de utilizar a técnica processual adequada ao caso concreto. 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 (antecipação da tutela). (MARINONI, 2009, p.132).

O instituto da antecipação da tutela, bem utilizado, pode trazer a igualdade entre as partes e a efetiva celeridade processual fazendo com que a justiça será realmente acessível a todos e não apenas a uma elite que pode esperar a longa duração de um processo para ter o seu direito garantido ou até mesmo beneficiar-se com a demora.

Podemos conceituar este instituto (antecipação da tutela) baseando-se no artigo 273 do Código de Processo Civil após a reforma de 1994.

Tutela antecipada é a antecipação, feita pelo juiz, a requerimento da parte dos efeitos da tutela, total ou parcialmente, pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação. Também é necessário que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. Quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, não se concederá a antecipação da tutela. Esta poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

2.2 Natureza Jurídica da Decisão que Concede a Tutela Antecipada

A antecipação da tutela é proveniente de uma medida incidental, satisfativa, discricionária, provisória e sumária concedida em decisão interlocutória, (SANTORO, 2000).

É medida incidental, pois se dá no próprio processo, não forma uma nova relação processual, ou seja, não é necessária a propositura de uma nova ação para se alcançar o mesmo resultado.

É satisfativa, pois proporciona o atendimento, desde logo, de imediato, àquele que alega a evidência do direito, como leciona Dinamarco (2001, p.141).

Consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para a situação que descreve, precisamente aquela solução em que veio ao processo pedir. A medida antecipatória conceder-lhe a o exercício do próprio direito afirmado pelo autor. Na prática a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equivale, à providência da demanda inicial, com a diferença fundamental representada pela provisoriedade.

É discricionária na medida em que é facultado o juiz concedê-la parcial ou totalmente, sem que haja critérios legais para tanto, a não ser o de que a antecipação não

poderá se afastar ou ultrapassar a tutela definitiva (*extra e ultra petita*). Outro aspecto de sua discricionariedade é que fica a critério do julgador definir a conveniência e oportunidade para sua concessão, revogação e modificação.

É de cognição sumária, pois o deferimento da medida se faz geralmente no plano de probabilidade, confrontando-se os elementos do processo com as alegações da parte.

Tem caráter provisório, segundo Burnier Junior (2000, p.746),

Podendo ser revogada pelo juiz, ou modificada para mais ou para menos, sempre respeitada à dimensão do pedido formulado na inicial. Se justificando tal faculdade, porque a tutela antecipada se funda na convicção do juiz à luz da prova até então produzida, antes do encerramento da fase probatória. Logo, o convencimento do juiz pode ser alterado com o advento de novas provas, o que fatalmente o levará a rever ou alterar a tutela concedida.

Tem natureza jurídica de decisão interlocutória, pois não extingue o processo que prosseguirá até final julgamento (parágrafo 5º do artigo 273 do Código de processo Civil) e pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, por decisão fundamentada (parágrafo 4º do artigo 273 do Código de Processo Civil).

A doutrina apresenta algumas divergências quanto à natureza jurídica da antecipação da tutela. Bedaque (1998, p.287) entende que a tutela antecipada possui natureza cautelar, e assim preleciona: “não vejo motivo para criação de forma autônoma de tutela, com todas as características de cautelar, apenas pelo caráter antecipatório da medida ou pelo rigor eventualmente maior quanto à possibilidade de existência do direito”.

No entanto, o processo cautelar e a tutela antecipada não se confundem, pois seus pressupostos são diversos, bem como seu intento. Segundo Dinamarco (2001, p.148),

As medidas inerentes a tutela antecipada tem nítido e deliberado caráter satisfativo, sendo impertinentes quanto a elas as restrições que se fazem à satisfatividade em matéria cautelar. Elas incidem sobre o próprio direito e

não consistem em meios colaterais de ampará-los, como se dá com as cautelares.

2.3 Objeto da Antecipação

A medida antecipatória pode corresponder à satisfação integral do pedido ou apenas de parte daquele que se espera alcançar com a futura sentença de mérito. A tutela antecipada, tanto quanto a definitiva não pode ser extra nem ultra petita, ou seja, não deve ser qualitativamente diferente ou quantitativamente maior do que aquele que foi pedido, devendo respeitar os limites subjetivos e objetivos da demanda inicial.

O novo artigo 273 do Código de Processo Civil estabelece que a antecipação seja total ou parcial, mas não fixa critérios para dimensioná-la ou parâmetros a observar. A fixação dos limites da tutela não é ato discricionário do juiz. Fica a critério discricionário deste, que ele exercerá prudente e motivadamente em cada caso a outorga da tutela antecipada total ou parcial, e ainda o poder de a qualquer tempo (antes da sentença) revogar ou modificar a medida concedida.

2.4 Requisitos da Antecipação da Tutela

Para melhor compreensão do instituto da antecipação da tutela faz-se necessário uma análise dos requisitos exigidos para sua concessão. Ressaltando que estes requisitos encontram-se intrínsecos no artigo 273, do Código de Processo Civil.

2.4.1 Requerimento da Parte Interessada

De acordo com o artigo 273 do Código de Processo Civil verifica-se que a antecipação da tutela não se dá de ofício, sendo esta prerrogativa da parte interessada, através do pedido da mesma, o qual pode ser formulado na inicial ou a qualquer outra oportunidade. Não podendo ser recusada pelo juiz, quando presente seus pressupostos legais.

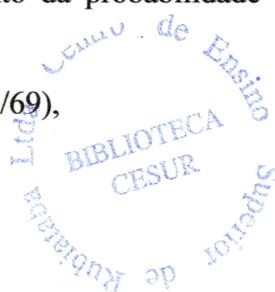
Todavia, “é preciso convir que a tutela antecipada não é privilégio do autor, podendo ser pleiteada em reconvenção, pelo réu reconvincente e por outros sujeitos processuais, desde que estejam legitimados”. (BURNIER JUNIOR, 2000, p.745).

2.4.2 Prova Inequívoca

A prova é toda e qualquer informação pessoal ou material que é trazida ao processo com o intuito de revelar ao juiz a veracidade dos fatos deduzidos em juízo. Na interpretação da expressão “prova inequívoca” é necessária determinada ponderação, sob pena de restrição ao alcance da tutela antecipada, pois, há de se considerar que não há prova alguma que seja absolutamente inequívoca, pois qualquer que seja a sua natureza deverá passar pelo crivo do julgador. Então, de acordo com Alvim (1995, p. 50) prova inequívoca deve ser considerada “aquela que apresenta um grau de convencimento tal que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável, ou, em outros termos, aquela cuja autenticidade e variedade seja provável”.

Para Machado (1998, p.402), prova inequívoca nada mais é do que a “prova robusta, contundente, convincente acerca da ocorrência dos fatos que compõem a causa pretendi e que, por isso, produz convencimento da probabilidade de existência do direito afirmado”.

O doutrinador Marinone (1996, p.68/69),



Vê a prova inequívoca como aquela capaz de convencer o juiz da verossimilhança da alegação, e, somente pode ser entendida com a prova suficiente para o surgimento do verossímil, entendida como o não suficiente para a declaração da existência ou não existência do direito, ou seja, capaz de autorizar a tutela antecipada, e que não seja suficiente para que o juiz declare a existência do direito material, caso seria o julgamento antecipado da lide.

Vale ressaltar, que num primeiro momento, a prova pode gerar uma convicção da probabilidade do direito alegado, e mais tarde a mesma prova tida como inequívoca vir a ser repelida ou até mesmo desconstituída pelo réu, quando da instrução da causa, dando como exemplo, uma escritura publica ser exibida para comprovar a propriedade de imóvel, e ao final ser provado que é um documento falso.

Observando também, que em sedes doutrinárias tais como Athos Gusmão e Marinoni, dentre outros, temos que o pedido de antecipação de tutela no início do processo com prova pré constituída normalmente é instruído com prova documental apresentada pelo autor quando do ajuizamento da ação, entretanto, no que toca à tutela antecipada, deferida no curso da lide, sem nenhuma restrição, todas as provas podem ser consideradas pelo julgador.

2.4.3 A Verossimilhança da Alegação

A expressão verossimilhança, segundo o dicionário Aurélio (1988, p.670) é o mesmo que verossímil, que significa semelhante à verdade, que tem aparência de verdade, ou provável. A verossimilhança consiste na probabilidade de ser. Ela resulta das circunstâncias que apontam determinado fato ou coisa como possível ou real, ainda que deles não existam provas diretas. Embora o preceito pareça condicionar o conhecimento do juiz à existência da prova, certo é, porém, que não depende ele, necessariamente da prova escrita para se convencer da verossimilhança da alegação, podendo a pretensão assentar-se em fatos incontroversos, não carentes de demonstração, caso em que a atividade cognitiva se limitará ao simples exame do direito.

Que os estágios de intelecto do julgador, diante da verdade, evidenciam que o conceito de verossimilhança depende, muitas vezes, do subjetivismo de cada juiz no momento de decidir sobre o pedido da tutela antecipada, e isto porque a mente de cada julgador se posiciona de forma diversa diante da alegação e da prova, fazendo avaliações diferentes sobre os motivos convergentes e divergentes relativamente à concessão ou não do provimento antecipatório. Dessa forma, de acordo com o grau de percepção individual o que é verossímil para um juiz não sê-lo para outro.

Do exposto, conclui-se que a verossimilhança equivale a um juízo de probabilidade por parte do juiz, resultante da análise dos motivos que lhe são favoráveis e dos que são desfavoráveis, de modo que, quando os motivos favoráveis prevalecem, aumenta o juízo de probabilidade, e da mesma forma quando prevalecem os motivos desfavoráveis, diminui o juízo de probabilidade, podendo até desaparecer.

Portanto, o juízo de verossimilhança que o juiz deve formar, para conceder a tutela antecipada apóia-se numa forte probabilidade, capaz de convencê-lo, pelo que consta nos autos, de que, na sentença, provavelmente julgará a causa em favor do benefício da tutela e contra a parte contrária. Ao examinar um pedido de antecipação de tutela, o juiz deve realizar um juízo crítico dos fatos e do direito, do qual resultará, ou não, o seu convencimento a respeito da verossimilhança, e a partir daí, externar a sua opinião no processo, caso em que ela se converte em decisão, seja concedendo seja denegando o pedido de antecipação da tutela. (CABRAL, 2010, p. 54).

Dessa forma, se tem que o juízo de probabilidade formada pelo juiz corresponde àquilo que fatalmente ocorrerá, o grau de possibilidade está muito próximo do máximo.

2.4.4 Fundado Receio de Dano Irreparável ou de Difícil Reparação

O termo fundado receio, que a lei faz menção representa a preocupação de um dano que, embora ainda não tenha ocorrido, encontra-se na menção de ocorrer, acompanhado

de circunstâncias objetivas, capazes de demonstrar que a falta da tutela ensejará a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação.

As divergências doutrinárias se apresentam em todos os requisitos do instituto da tutela antecipada. Em relação ao requisito do dano irreparável alguns juristas, como Theodoro Junior “ao analisar o fundado receio, traz que este tem que se basear em dados concretos, e não nos que provém de simples termos subjetivos da parte”. E outros juristas como Alvim, para quem, na avaliação do fundado receio, “deve o juiz considerar também a situação subjetiva de quem se vê na eminência de sofrer ou esteja sofrendo processo”.

Entendemos como dano irreparável como aquele que não possa ser de modo algum remediado, é mais intenso do que o dano grave ou de difícil reparação, não possui um conceito jurídico próprio, sendo este indeterminado, deixando o legislador à avaliação de cada juiz no caso concreto.

2.4.5 Abuso de Direito de Defesa ou Manifesto Protelatório do Réu

Este requisito traduz resistência injustificada por parte do réu, com o uso excessivo dos direitos e faculdades que compõem o direito de contestar de forma infundada ou desarticulada, com o único ou principal propósito de retardar o desenvolvimento do processo. Por muitas vezes, agindo de forma maliciosa ou de má fé, com o propósito manifestamente protelatório, pondo à mostra o intuito de oferecer defesa apenas para impedir o andamento normal do processo. (CABRAL, 2010).

2.4.6 Irreversibilidade do Provimento Antecipado

Em face dos outros requisitos, este é um requisito negativo, pois o provimento antecipado não pode ocorrer se houver perigo de irreversibilidade. A razão dessa limitação encontra-se na própria finalidade da tutela antecipada que não tem objetivo de exaurir o

direito da parte, e sim de protegê-lo. Tentando assim evitar a produção ou criação de conseqüências fáticas irreversíveis, consistentes na impossibilidade de reposição da situação fática em seu estado original. (CABRAL, 2010).

Outro não é o pensamento de Marinone (apud, CABRAL, 2010, p.66), para quem,

Admitir-se que o juiz não possa antecipar a tutela, quando a antecipação seja imprescindível para evitar um prejuízo irreversível ao direito do autor, seria o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de provocar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parece mais provável

Esse não é um ônus do autor, já que ao juiz cabe verificar, se a medida postulada pelo autor pode, ou não ser revertida, caso venha a ficar provado afinal não ter ele o direito que pleiteia.

2.4.6 Modificação ou Revogação da Tutela Antecipada

Embora a lei traga que a tutela antecipada possa ser revogada ou modificada a qualquer tempo, esta dificilmente será objeto de modificação ou revogação, salvo na hipótese da ação vir a ser julgada improcedente, caso em que será revogado, ou procedente em parte, caso em que será ajustada à decisão de mérito. E como no próprio instituto também somente a pedido da parte pode ser revogada ou modificada. Mesmo assim, apenas na hipótese de alteração das condições fáticas ou jurídicas que as tiverem determinado. (CABRAL, 2010).

2.5 Da Tutela Antecipada e Pedidos Cumulados

Este requisito foi incorporado ao artigo 273 do Código de Processo Civil, com o advento da lei 10.444/02, disposto no parágrafo 6º que trata da cumulação de pedidos.

Compreende a cumulação de dois ou mais pedidos numa mesma ação, podendo o juiz nos casos em que uma parte do pedido ou dos pedidos se torne incontroverso, conceder desde logo a esse respeito à tutela antecipada. (CABRAL, 2010).

Para que seja possível a tutela antecipatória mediante o julgamento antecipado de um (ou mais de um) dos pedidos cumulados, é necessário que um ou mais dos pedidos esteja em condições de ser imediatamente julgado e um outro (ou outros) exija instrução dilatória. É imprescindível, em outras palavras, que ao menos um dos pedidos não precise de instrução dilatória e que um outro exija o prosseguimento do processo rumo à audiência de instrução e julgamento, (MARINONI, 2009, p. 287).

2.6 Do Pedido de Tutela Cautelar Feito Como Tutela Antecipada

Acrescentado também no artigo 273 do Código de Processo Civil com o advento da lei 10.444/02, disposto no parágrafo 7º. Traz que se o autor pedir a título de tutela antecipada uma providência de natureza cautelar, pode o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Note-se, entretanto, que o novo parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil trata somente da fungibilidade entre as tutelas antecipatória e cautelar no processo de conhecimento. Melhor explicando: tal parágrafo não disse que, a partir de agora, toda e qualquer espécie de tutela cautelar pode ser admitida como antecipatória. Este parágrafo alude a uma idéia de fungibilidade, e essa, como é lógico, requer duas espécies de providências que, em razão de sua natureza, possam ser confundidas (em uma perspectiva racional), (MARINONI, 2009, p. 128).

2.7 Momento da Concessão da Tutela Antecipatória

A doutrina nos mostra, em entendimento majoritário que a antecipação da tutela, pode ser concedida em qualquer fase do procedimento processual. 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 autorizativos da medida. A tutela não pode ser eliminada onde é necessária para evitar um prejuízo irreparável, não se pode negá-la somente para que seja ouvido o réu. Lembrando que a tutela antecipatória é provisória, o réu pode contestá-la na contestação, sem que sejam feridos os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. (SANTORO, 2000).

Pode ser concedida após a contestação e antes da sentença, no encerramento da fase instrutória. Nesta fase restaria ao juiz sentenciar, mas feito o pedido e presentes os pressupostos autorizadores da medida, o juiz pode conceder a tutela. (SANTORO, 2000).

Situação de muito dissenso doutrinário é a concessão da tutela juntamente com a sentença, para muitos, é plenamente aceita juntamente com a sentença, o que visa garantir a efetividade do direito com a sentença, e para outros a tutela somente pode ser concedida através de decisão interlocutória, nunca junto com a decisão do mérito. Este tema será abordado detalhadamente no capítulo III. (SANTORO, 2000).

A tutela pode ser concedida também no Tribunal se configuradas as hipóteses previstas no artigo 273 do Código de Processo Civil. O perigo de dano pode ser evidenciado após a sentença através de situação posteriormente ou mesmo anteriormente constituída que possa impedir o exercício do direito por aquele que vier a ganhar a demanda. (SANTORO, 2000).

Temos, configurado assim, que a tutela antecipada possa ocorrer em qualquer momento, desde que presentes os requisitos impostos pela lei.

Diante dos momentos de concessão da antecipação da tutela, momento de muita controvérsia é o da antecipação juntamente com a sentença, tema este que será tratado no capítulo seguinte.

3. TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

Iniciando-se o processo, feito o pedido de antecipação da tutela, sendo este analisado ou não, após a instrução, vem a sentença definitiva, pois nos termos do parágrafo 5º do artigo 273 do Código de Processo Civil, concedida ou não a antecipação da tutela o processo prosseguirá até o fim.

O provimento antecipatório é uma decisão emitida à base de um juízo de probabilidade que atendendo seus requisitos pode confirmar-se ou não por ocasião da sentença.

O legislador ao criar tal instituto deu maior ênfase aos seus fundamentos do que propriamente ao momento em que deverá ser concedida a tutela. Cabe ao julgador, analisar o processo quanto aos fatos alegados e provas produzidas, fazer um juízo de convencimento e determinar o melhor momento para conceder ou denegar a tutela.

Fala-se da coexistência entre o princípio da proporcionalidade e da probabilidade, de modo a permitir-se o sacrifício do bem menos valioso em prol do mais valioso. Mas mesmo com esta atenuante não deve o juiz correr riscos significativos, e muito menos expor o réu aos males da irreversibilidade, expressa no parágrafo 2º do artigo 273 do Código de Processo civil.

Como diz Larenz, (apud MARINONI, 2009, p. 201),

O princípio da proporcionalidade é aplicado justamente quando o problema consiste em determinar onde se situa o limite da satisfação lícita de um interesse à custa de outro também digno de tutela. Alguém poderia argumentar que não podemos valer do princípio da proporcionalidade porque ele não está previsto no sistema constitucional brasileiro.

Acontece que para poderem ser aplicados, os princípios não precisam estar previstos nos textos normativos. Como leciona Canotilho, (apud MARINONI, 2009, p.202), “os princípios beneficiam-se de uma objetividade e presencialidade normativa que os dispensam de estarem consagrados expressamente em qualquer preceito”.

Quanto ao princípio da probabilidade, no caso de colisão de direitos, não podemos desconsiderar a necessidade da ponderação do valor jurídico dos bens em confronto pois embora o direito do autor deva ser provável, o valor jurídico dos bens em jogo é elemento de grande importância para o juiz decidir se antecipa a tutela. (MARINONI, 2009).

Observando estas premissas, entendemos que o juiz tem que analisar se o direito afirmado existe, se verossímil, e se merece tutela imediata. Fazer isto é conseguir uma medida de certeza ou de previsibilidade.

Diante do exposto, então podemos afirmar que o legislador foi feliz em não definir o momento certo para a antecipação da tutela, ficando a cargo do juiz definir este momento que pode ser após a citação, após a resposta do réu, no desenrolar da demanda e até na sentença.

Em relação às divergências doutrinária, a questão se complica, porém quando se trata da possibilidade de o juiz deferir a antecipação, em outros termos quando o processo tiver alcançado aquele momento ideal para receber a sentença, poderia o juiz em vez disso simplesmente sentenciar e resolver a lide. Divergem também em relação aos recursos adequados a serem propostos, no caso de concessão da tutela na sentença.

3.1 Dissensos Doutrinários

Como afirmado antes esta é matéria de muitas controvérsias, em sede doutrinária não se chegou a um consenso sobre a possibilidade da antecipação da tutela na sentença, mas é predominante a corrente que a entende possível, contando, inclusive com aval da

jurisprudência, que vem se orientando no mesmo sentido prestigiando o princípio da efetividade do processo, e, em consequência a satisfação antecipada do próprio direito material reconhecido na sentença.

Observando as posições doutrinárias a respeito, há os que admitem, os que não admitem a antecipação da tutela na sentença e aqueles que admitindo sugerem que seja concedida através de uma decisão interlocutória, na mesma oportunidade da prolação da sentença.

3.1.1 Opiniões Doutrinárias sobre a Antecipação da Tutela na Sentença

O Código de Processo Civil não fixa o momento exato do processo, ao qual o juiz tem que se pronunciar quanto à antecipação da tutela, devido a isto, verificamos as divergências.

Nas palavras de Assis (apud, CABRAL, 2010, p. 100),

verifica-se que o autor não vislumbra a possibilidade de tutela antecipada vir a ser concedida quando da prolação da sentença, ele afirma que nesta hipótese, que a tutela em questão deixaria de ser “antecipada”, cabe ao juiz, neste momento, “proferir a sentença que dará ao autor, se for o caso, a satisfação de seu afirmado direito”. Além do mais, o juiz que defere a antecipação da tutela pouco antes da sentença, em ato formalmente autônomo, incorre em reprovável burla a lei.

De maneira semelhante conclui Fadel (apud, CABRAL, 2010, p. 100),

Que também não admite a antecipação da tutela na própria sentença. Este entende, pode o juiz, atento às circunstâncias da causa, perfeitamente revogar ou modificar provimento antecipatório deferido ou, igualmente, conceder a tutela antes denegada, sempre em momento anterior à sentença. Entretanto, nada justificaria fazê-lo quando da sua prolação. Para ele,

constituiria, assim, erro grosseiro o juiz deixar para deferir a tutela no momento de encerrar o seu ofício jurisdicional, juntando, numa única peça, a decisão antecipatória e a sentença, porquanto a tutela aí será definitiva e não provisória da que cuida o artigo 273 do Código de Processo Civil. Se etimologicamente antecipar significa “ocorrer antes algo que só ocorreria depois”, não poderá, em absoluto, ser outorgada simultaneamente com a tutela definitiva, sob pena de renegar a própria natureza do instituto. Assim sendo, a sentença assegura, em definitivo e com base de cognição exauriente, a tutela que poderia ter sido antecipada, provisoriamente e baseada em um juízo de verossimilhança, e não foi.

Igualmente Nery Junior (apud, CABRAL, 2010, p. 101),

Admite a antecipação da tutela, tanto no início da lide quanto no curso do processo, mas sempre antes da sentença. Salienta ele que, no pedido de antecipação da tutela, não deve o magistrado ingressar no exame profundo do mérito da pretensão, isto é, deve evitar a cognição plena, enfatizando a natureza provisória e superficial se tal medida, uma vez proferida a sentença, não há mais interesse processual na obtenção da antecipação, porque apreciada definitivamente a pretensão. Entretanto, obtendo o autor uma sentença a seu favor, mas diante da impossibilidade da imediata execução dos seus efeitos, admite que a parte requeira a antecipação da tutela, com força de verdadeira execução provisória. A competência neste caso será do tribunal, pois ao juiz não é dado inovar no processo depois de haver proferido na sentença.

Em contramão aos autores citados acima, leciona Bedaque (apud, CABRAL, 2010, p. 101),

Nada obsta, também verificados os seus pressupostos, seja a antecipação concedida na própria sentença, em sede de julgamento antecipado ou após a audiência, caso em que, como é de se esperar, surge o problema do recurso de apelação, normalmente dotado do efeito suspensivo. Este jurista admite a outorga do provimento antecipatório na própria sentença, justamente com o intuito de retirar o efeito suspensivo da apelação. Portanto, no que diz respeito aos efeitos antecipados, o julgamento é imediatamente eficaz, ainda que suscetível de apelação. Por isso, nada obsta que a antecipação acarrete a produção de efeitos antes do julgamento final e que a sentença sujeita à apelação não tenha a mesma capacidade. Em princípio, é de estranhar-se que o pronunciamento judicial baseado em mero juízo de verossimilhança, fruto de uma atividade cognitiva superficial, produza efeitos imediatos, e que a sentença, proferida após cognição completa, tenha sua eficácia suspensa até o julgamento da apelação.

Como expressa 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”.

Segundo Passos (1995, p.29-30), “o deferimento da antecipação da tutela na sentença não mais é do que retirar o duplo efeito da apelação que impugnaria a sentença autorizando, portanto, a execução provisória imediata da sentença”.

O doutrinador Marinoni (apud, CABRAL, 2010, p. 102), em primeiro, sustenta a impossibilidade de a antecipação ser deferida no bojo da sentença, entretanto, não vê empecilho em ser concedida no mesmo momento em que se profere a sentença de mérito, através de uma decisão interlocutória. Para ele,

a antecipação não pode ser concedida na sentença não só porque o recurso de apelação será recebido no efeito suspensivo, mas principalmente porque o recurso adequado para a impugnação da antecipação na sentença, seria dar recursos diferentes para hipóteses iguais e retirar do réu o direito do recurso adequado.

Juntando-se a maioria doutrinária, e rompendo com a sua posição anterior o jurista Alvim (apud, CABRAL, 2010, p. 102),

a princípio, ensinava que apesar de o legislador não ter estabelecido um momento preclusivo para a antecipação da tutela podia ela ser concedida a qualquer tempo, na inferior instância, bastando tivesse se tornado necessária, o que podia ocorrer no curso do processo ou depois de produzida determinada prova, desde que antes da prolação da sentença. Mas recentemente Alvim, vem admitindo a tutela antecipada na sentença, mas sob outro enfoque que não o sustentado pela doutrina dominante. Distingui o jurista mineiro a antecipação da tutela antes da sentença e a tutela antecipada na sentença, tendo a primeira a sua base no disposto no artigo 273 do Código de Processo Civil, não passando a segunda de uma técnica de se retirar do recurso de duplo efeito o suspensivo, possibilitando, desta forma, a execução provisória da sentença. Alinha-se, assim, aos ensinamentos de Calmon de Passos, apenas no ponto em que a antecipação da tutela tem esse objetivo, de retirar do recurso de duplo efeito, o seu efeito suspensivo.

Em sede jurisprudencial, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, através do voto condutor do Desembargador Sylvio Capanema de Souza, no julgamento do agravo de instrumento 6.849/98, assentou que:

Em que pese opiniões doutrinárias em contrário, participo do entendimento de que a lei não impede que o juiz monocrático, na sentença de mérito, conceda a antecipação da tutela, para determinar o seu imediato cumprimento, já que agora mais do que nunca, ficou convencido do direito do autor e do perigo no retardamento no cumprimento da sentença. Portanto, não é abusiva ou ilegal a antecipação da tutela de mérito por ocasião da sentença de mérito, tendo em vista estar em presente os seus pressupostos legais (CABRAL, 2010, p. 102).

Assim que concedidas as primeiras tutelas antecipadas na sentença, logo se formou no STJ orientação no sentido de agasalhá-la numa demonstração de que este instituto viera para resolver alguns entraves da justiça, que são a celeridade processual e o excesso de recursos. A partir daí o STJ vem admitindo a possibilidade da tutela antecipada na sentença:

RECURSO ESPECIAL Nº 267.540 - SP (2000/0071829-7)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS
RECORRENTE ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL
 PASCALI E CASTRO S/C
 LTDA E OUTRO
ADVOGADO : EDWARD GABRIEL ACUIO SIMEIRA
RECORRIDO : CLÁUDIO PASCALE
ADVOGADO : MARCEL LEONARDI E OUTRO

EMENTA

PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DECLARATÓRIOS - MULTA - INTUITO DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 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 CPC.

1. A insistência na oposição de embargos declaratórios para atender a exigência de prequestionamento 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" (CPC, Art. 588, cabeça c/c 659).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator. Vencida, em parte, a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Ausente, justificadamente, nessa assentada, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 21 de novembro de 2006 (Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBETO GOMES DE BARROS

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 645.921 - MG (2004/0031463-7)

RELATOR : MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR

RECORRENTE : BANCO ABN AMRO REAL S/A

ADVOGADO : EDELBERTO AUGUSTO GOMES LIMA
E OUTROS

RECORRIDO : MÁRIO HUEB ABDALA

ADVOGADO : CLEBER RODOVALHO FERREIRA DE
CARVALHO E OUTRO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. SENTENÇA QUE JULGA O MÉRITO E CONCOMITANTEMENTE CONCEDE A TUTELA ANTECIPADA PEDIDA. CABIMENTO DE APELAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO PELO TRIBUNAL ESTADUAL. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE.

I. Se a tutela antecipada é concedida no próprio bojo da sentença terminativa de mérito da ação ordinária, o recurso cabível para impugná-la é a apelação, pelo princípio da unirrecorribilidade, achando-se correto o não-conhecimento do agravo de instrumento pelo Tribunal **a quo**.

II. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Fernando Gonçalves. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 24 de agosto de 2004(Data do Julgamento)
MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR
Relator

3.1.2 Ponderações das Opiniões Contrárias na Doutrina

Os fundamentos expostos por estes doutrinadores citados anteriormente e contrários a antecipação na sentença, trazem a ideia de que a antecipação entendida no pedido inicial, é coisa diversa da antecipação dos efeitos da sentença, conhecida como tutela antecipada na sentença. E a diferença está na natureza do próprio juízo formulado pelo julgador, porquanto, na primeira hipótese, a decisão se funda num juízo de verossimilhança (probabilidade), enquanto na segunda, se funda num juízo de certeza.

Outro aspecto notado, diz respeito à prestação jurisdicional que, segundo os autores supracitados, o julgador estaria encerrando sua prestação jurisdicional, com a prolação da sentença, perdendo o interesse processual na obtenção da antecipação, porque apreciada definitivamente a pretensão.

3.1.3 Ponderações das Opiniões Favoráveis na Doutrina

Seguindo a linha de alguns doutrinadores, tais como Bedaque e Dinamarco para o qual, se um juízo de probabilidade, no início da lide, pode o juiz antecipar a tutela, com muito mais razão poderá fazê-lo quando da prolação da sentença, depois de toda a fase instrutória exaurida, ocasião em que contará com os elementos necessários para o seu convencimento. Nem sempre o início da lide concede ao magistrado posição favorável ao conhecimento da demanda de tal maneira que ele deixe convicto para o deferimento de decisão tão difícil quanto a antecipação da tutela, sendo que a espera por provas mais robustas, uma decisão, mais segura e inteligente, visto que após a instrução probatória, possa ter uma melhor convicção de que a decisão que antecipa a tutela seja a melhor a ser aplicada.

A antecipação da tutela na sentença permite a sua imediata execução, ou seja, esta medida “é emprestar eficácia executiva imediata a sua decisão (sentença)”, por autorização expressa do inciso VII do artigo 520 do Código de Processo Civil, ao afastar o efeito suspensivo quando da sentença; entregando a tutela jurisdicional àquele que tem direito sem este ter que esperar a eterna demora processual.

Desta forma a concessão da antecipação da tutela na sentença é uma técnica que garante maior celeridade e efetividade a prestação jurisdicional, diminuindo o período da sentença e a sua execução, minimizando o risco do gozo do direito do autor.

Outro argumento muito forte a favor da possibilidade da antecipação da tutela no momento da sentença é a de que o legislador não precisou o momento exato da sua concessão, bastando que sejam apenas respeitados seus requisitos autorizadores.

Analisando o entendimento individual de cada doutrinador, podemos observar que a controvérsia não reside somente quanto ao tempo ou momento ao qual possa se conceder a tutela antecipada. Esta controvérsia também se faz presente quanto aos efeitos e aos recursos cabíveis, na tentativa de se ter um reexame da decisão, protelada pelo juiz. No capítulo que se segue faremos uma análise mais ampla desta situação.

4- A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NA SENTENÇA E OS RECURSOS

De acordo com o que já foi exposto, a antecipação da tutela é o provimento dado pelo juiz a requerimento da parte dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, ou seja, é o adiantamento do mérito, com atendimento provisório do pedido.

Podemos definir sentença como o ato do juiz que põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa (artigo 162, parágrafo 1º Código Processo Civil, redação original), e decisão interlocutória é, por seu turno, o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente (artigo 162, parágrafo 2º Código Processo Civil).

Conforme disciplina Santos (apud CABRAL 2010, p.108), o recurso é o “poder de provocar o reexame de uma decisão pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando obter a sua reforma ou modificação”.

Neste capítulo vamos estudar a aplicabilidade dos recursos quanto à decisão que profere a antecipação da tutela na sentença, esta como já demonstrada nos capítulos anteriores, pode ser concedida em qualquer momento do processo a partir do pedido inicial até depois da sentença.

A questão dos efeitos dos recursos, quando a tutela antecipada é concedida antes da sentença, não apresenta maiores problemas ou controvérsias, pois é concedida por uma decisão interlocutória, sendo está o ato pelo qual o juiz no curso do processo resolve questão incidente, sendo o recurso cabível o agravo.

O problema aparece quando se trata da antecipação da tutela na sentença, pois aí não se trata de confirmar a tutela, mas sim de conceder a própria tutela na sentença.

Aqui neste momento reside a grande divergência entre as correntes doutrinárias, para aqueles que aceitam a tutela antecipada somente como decisão interlocutória e contra essa cabe o recurso de agravo, e aqueles que aceitam a tutela antecipada em qualquer fase do processo, inclusive na sentença, e contra sentença cabe apelação, não bastasse isto, ainda tem que se analisar em qual efeito é recebida, suspensivo ou devolutivo.

Como mostramos, emerge aí o problema de identificar os recursos cabíveis contra tais decisões, se apenas a apelação, considerando a sentença na sua integridade, ou a apelação e o agravo, destinando-se aquela a impugnar a decisão de mérito e este a decisão antecipatória.

Partindo da premissa que o conteúdo mais abrangente (sentença) prevalece sobre os demais, e o princípio da unirrecorribilidade que consiste na regra de que contra uma decisão só cabe um recurso, ou pelo menos um só por vez, afastaria o cabimento do agravo, subsistindo a apelação para impugnar a sentença em seu todo. Como leciona Nery Junior (1996, p.86/87),

No sistema do Código de processo Civil brasileiro vige o princípio da singularidade dos recursos também denominado da unirrecorribilidade ou ainda princípio de unicidade, segundo o qual, para cada ato judicial recorrível há um único recurso previsto no ordenamento, sendo vedada a interposição simultânea ou cumulativa de mais outro visando à impugnação do mesmo ato judicial.

Como confirma a jurisprudência

NÚMERO DO PROCESSO: 1.0024.05.750965-5/003

NUMERACAO ÚNICA: 7509655-32.2005.8.13.0024

RELATOR: Des. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS.

RELATOR DO ACORDAO: Des. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS.

Data do Julgamento: 08/08/2006.

Data da Publicação: 28/09/2006

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRINCÍPIO DA UNIRRECORIBILIDADE - PRECLUSÃO CONSUMATIVA. Em atendimento ao princípio da unirrecorribilidade, não é viável a utilização de dois recursos contra a mesma decisão, visando igual procedimento.

AGRAVO Nº 1.0024.05.750965-5/003 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): JD SUPRIMENTOS INFORMÁTICA LTDA - AGRAVADO (A)(S): FAZENDA PÚBLICA ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na

conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NÃO CONHECER DO RECURSO.

Belo Horizonte, 08 de agosto de 2006.

4.1- Divergências Doutrinárias

Seguindo a linha das divergências doutrinárias quanto à aceitação da antecipação da tutela na sentença tratada no capítulo anterior, quanto aos recursos também divergem alguns doutrinadores.

Diferem entre si hoje, quanto ao recurso, a ser interposto, contra a antecipação da tutela concedida no momento da prolação da sentença duas correntes. Uma entende que cabe o recurso de agravo, e a outra defende que contra a antecipação da tutela na sentença só cabe apelação.

A corrente que defende o recurso do agravo, contra a tutela antecipada na sentença, vislumbra o fato de existir em um mesmo ato dois provimentos distintos, formalmente uma única sentença, mas materialmente duas. Uma que aprecia o pedido formulado na ação de conhecimento, e outra que julga o pedido antecipatório. Então em um mesmo ato, tem se uma decisão interlocutória e uma sentença, a primeira atacada por intermédio do agravo, e a segunda por meio da apelação.

Nesta corrente, figuram doutrinadores importantes como Marinoni, Wambier, Freide entre outros.

O doutrinador Freide (2005), baseando-se na nova definição de sentença, com o advento da lei 11.232/05, quando define esta como aquela que implica em algumas das situações previstas nos artigos 267 e 269, do Código de Processo Civil. E tendo base o parágrafo 5º do artigo 273 do mesmo diploma, “concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento”. Frisa ele que a natureza jurídica do pronunciamento judicial que defere ou indefere a antecipação da tutela é de natureza não terminativa ou incidente, portanto, passível do recurso de agravo.

O entendimento de Wambier (2006, p.474-475) é no sentido de que

na hipótese de o juiz conceder a antecipação da tutela no corpo da sentença, deve esta ser considerada como uma decisão híbrida, para efeito de recurso, comportando agravo contra decisão interlocutória que antecipa a tutela, permitindo, com isso, sua execução provisória, e também apelação contra sentença, que deverá ser recebida nos efeitos estabelecidos para aquela questão decidida.

Muito importante também é o entendimento de Marinoni, que defende como já demonstrado no capítulo anterior, que a decisão que antecipa os efeitos da tutela independente de “onde” ela é proferida, é uma decisão interlocutória, passível de contraste por agravo, mesmo sendo ela no corpo físico da sentença, continua sendo interlocutória. Traz ele que,

Na hipótese da antecipação da tutela ser concedida no momento da sentença, estaríamos diante de um único ato judicial que envolve na realidade duas decisões, uma de caráter interlocutório, e portanto, com execução provisória, e outra definitiva comportando recurso de apelação, que deverá ser recebida nos efeitos pertinentes. (MARINONI, 2004).

Tem sido aceita também a interposição de agravo de instrumento contra a sentença que concede a tutela antecipada por alguns Tribunais Regionais. Eis o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo,

Tutela antecipada. Deferimento na sentença. Recurso-Agravo de instrumento- Conhecimento. Embora, em regra, as decisões constantes da sentença sejam impugnáveis por apelação, deve-se admitir o agravo como recurso próprio da que nela concede a antecipação da tutela, pois, caso contrário, sua eficácia seria obstada pelo efeito suspensivo. (AI 26.494-Araçatuba- 10º Cam. de Dir. Priv- Rel. Des. Mauricio Vidigal- J.19.11.96).

O que se pode notar nas opiniões desses doutrinadores, é que deixar de receber o recurso de agravo contra decisões que antecipam a tutela no momento da prolação da sentença é retirar do réu o direito de usar o recurso adequado, impossibilitando a ampla defesa.

Embora alguns Tribunais Regionais têm admitido tal modalidade de interposição simultânea de agravo e apelação, esta não vem sendo aceita pelo Superior Tribunal de Justiça, e também por muitos outros doutrinadores como Dinamarco, Alvim, Passos entre tantos.

Esta corrente dita hoje dominante, não aceita a interposição do agravo contra a tutela antecipada na sentença e sustenta que, independentemente do que está contida na sentença o recurso cabível é somente a apelação, se funda também no princípio da unirrecorribilidade ou singularidade processual, e que o conteúdo da sentença prevalece sobre os demais.

Assim também pensa Cunha (apud ALVIM, 2009, p.177), para quem:

na realidade ainda que a tutela antecipada seja confirmada na sentença de mérito, caberá apenas um recurso, qual seja a apelação. Isso porque a sentença de mérito é incindível, absorvendo toda a matéria relativa às demais questões suscitadas inclusive ao provimento antecipatório, que constituem em capítulos que a integre.

A segunda corrente é a mais adequada à luz do sistema processual civil, e conseqüentemente deve prevalecer. Como mostra o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Número do processo: 2.0000.00.469649-9/000(1) Numeração Única: 4696499-92.2000.8.13.0000 Relator: Des.(a) PEDRO BERNARDES Relator do acórdão: Des.(a) Não informado Data do Julgamento: 12/04/2005 Data da Publicação: 07/05/2005.

Ementa Agravo de instrumento - Sentença - Tutela antecipada - Recurso inadequado - Princípio da unirrecorribilidade - Recurso não conhecido.

- A interposição simultânea de recurso de apelação contra a sentença propriamente dita e de agravo de instrumento contra a decisão que concedeu

a tutela antecipada não se coaduna com o sistema recursal adotado no ordenamento jurídico pátrio. No sistema do Código de Processo Civil, há um recurso próprio e adequado para cada espécie de decisão.

- A natureza jurídica da decisão não se define pelo seu conteúdo, mas pelo momento e pela consequência que essa decisão produza.

- A antecipação de tutela concedida na sentença não é uma decisão distinta. O recurso cabível é a apelação, já que a decisão põe fim ao processo. Aplica-se o princípio da unirrecorribilidade, segundo o qual contra cada decisão só tem cabimento um recurso, e só excepcionalmente dois, como na hipótese do artigo 498 do CPC (embargos infringentes e recurso especial ou extraordinário).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 469.649-9 (apensado ao Agravo de Instrumento de nº 476.465-4), da Comarca de PASSOS, sendo Agravante(s): JOSÉ EUVALDO DE FARIA e Agravado(s)(a)(s): BANCO FINASA S.A., ACORDA, em Turma, a Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais ACOLHER A PRELIMINAR E NÃO CONHECER DO RECURSO. Presidiu o julgamento o Desembargador OSMANDO ALMEIDA e dele participaram os Desembargadores PEDRO BERNARDES (Relator), TARCÍSIO MARTINS COSTA (1º Vogal) e ANTÔNIO DE PÁDUA (2º Vogal). O voto proferido pelo Desembargador Relator foi acompanhado na íntegra pelos demais componentes da Turma Julgadora. Belo Horizonte, 12 de abril de 2005.

Tendo em vista o julgado apresentado, observamos que a interposição simultânea do recurso de apelação contra a sentença propriamente dita e de agravo de instrumento contra a decisão que concedeu a tutela antecipada, não se coaduna com o sistema recursal adotado no ordenamento jurídico pátrio. No sistema do Código de Processo Civil, há um recurso próprio e adequado para cada espécie de decisão, e que a decisão que antecipa os efeitos da tutela na sentença não é uma decisão distinta e o recurso adequado é a apelação.

Resta saber agora como ficam os efeitos da apelação, na medida em que a sentença, além de decidir a questão do mérito, antecipa na mesma oportunidade a tutela pretendida no pedido inicial.

4.2- A Antecipação da Tutela na sentença e os Efeitos da Apelação

Partindo da premissa de que da sentença cabe apelação, e esta pode ser recebida com dois efeitos, devolutivo e suspensivo. Analisaremos quanto a esses efeitos mediante a concessão da tutela antecipada na sentença.

O artigo 520, VII do Código de Processo Civil traz *in verbis*:

Artigo 520 - A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo quanto interposta de sentença que:

VII – confirmar a antecipação dos efeitos da tutela.

Vê-se que o artigo exposto, afasta o efeito suspensivo do recurso de apelação quando interposto de sentença, que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela. Evitando assim que o autor ao obter uma sentença favorável, não possa gozar de, imediato, o seu direito, na suposição de que teria o réu a chance e não cumprir a decisão proferida na sentença, impondo a ela o efeito suspensivo do recurso de apelação. O inciso VII do presente artigo visa permitir a efetivação do provimento antecipatório.

Podemos observar nesse mesmo sentido algumas decisões dos Tribunais Superiores.

Processo: AgRg no Ag 1261955 SP 2009/0243811-1

Relator(a): Ministro RAUL ARAÚJO

Julgamento: 17/02/2011

Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA

Publicação: DJe 24/02/2011

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA NA SENTENÇA. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO.

1. É firme a orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o recurso de apelação contra sentença que defere a antecipação da tutela deve ser recebido apenas no efeito devolutivo. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha (Presidente) e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator

Número do processo: 1.0701.06.157605-7/002(1)

Numeração Única: 1576057-72.2006.8.13.0701

Relator: Des.(a) ALBERTO ALUIZIO PACHECO DE ANDRADE

Relator do Acórdão: Des.(a) ALBERTO ALUIZIO PACHECO DE ANDRADE

Data do Julgamento: 19/02/2008

Data da Publicação: 10/04/2008

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - APELAÇÃO - CONCESSÃO TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA - EFEITO DEVOLUTIVO. A Apelação será recebida somente no efeito devolutivo, consoante disposição do art. 520, VII, do CPC, quando se referir a concessão de tutela antecipada pleiteada. Agravo provido. AGRAVO Nº 1.0701.06.157605-7/002 EM CONEXÃO COM O AGRAVO Nº 1.0701.06.157605-7/001 - COMARCA DE UBERABA - AGRAVANTE(S): FREDERICO PENA BARBOSA - AGRAVADO(A)(S): BANCO ABN AMRO REAL S/A - RELATOR: EXMO. SR. DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE ACÓRDÃO Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO. Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2008. DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE - Relator NOTAS TAQUIGRÁFICAS O SR. DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE: VOTO Presentes os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade, conheço do presente recurso. Insurge-se o agravante contra decisão do juízo monocrático que, na Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais c/c Pedido de Antecipação Parcial de Tutela, recebeu o recurso de apelação interposto pelo agravado nos efeitos devolutivo e suspensivo. O efeito suspensivo foi concedido, conforme despacho de fls. 69 - TJ. Ao prestar as informações solicitadas, a MMª Juíza da causa esclarece que manteve a decisão agravada e certifica sobre cumprimento do art. 526 pelo Agravante. Contraminuta apresentada às fls. 83/86 - TJ. Breves os relatos, passo à decisão: Entendo que a decisão proferida pela MMª juíza da causa está a merecer reparos. Pelo compulsar dos autos, depreende-se que a decisão de fls. 41/44 - TJ, da qual se insurgiu o ora Agravado em sede de Apelação, sendo esta recebida em ambos os efeitos, fez consignar na sua parte dispositiva que: "[...] Foi solicitada aplicação do artigo 461, § 5º do CPC em razão da condenação por dano material que defiro e determino o pagamento do dano material de forma imediata, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia [...]". Da forma que fora disposto, a I. Magistrada primeva deferiu, na sentença de fls. 41/44 - TJ, a antecipação parcial da tutela pleiteada, para que, em relação à restituição pleiteada inicialmente, fosse feita de

imediatamente, tendo inclusive fixado multa diária. Sem dúvidas, o art. 520, VII, CPC, dispõe que: "Art. 520 - A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: (...) V - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela". No entanto, pelo compulsar dos autos, fls. 17/28 - TJ, depreende-se que o ora Agravado não cuidou de demonstrar nos autos em exame a ocorrência da lesão grave ou de difícil reparação nem ao menos requereu, como preconiza o art. 558 do CPC, a concessão do efeito suspensivo. Neste mesmo sentido, leciona Marinoni, em seu Manual do Processo de Conhecimento, 5ª ed., 2006, p. 542, pontificando: "Em regra, a apelação tem efeito suspensivo (art. 520 do CPC), motivo pelo qual, ressalvadas hipóteses muito específicas, a sentença não produz efeitos enquanto pendente o prazo para a interposição da apelação (e após seu oferecimento), exceto aquele previsto no art. 466 do CPC (hipoteca judiciária). Será a apelação recebida apenas no efeito devolutivo, sem impedir-se que a sentença produza efeitos na pendência do recurso, quando: "I - homologar a divisão ou a demarcação; II - condenar à prestação de alimentos; (...) IV - decidir o processo cautelar; V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem; VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela" (art. 520, I a VII, do CPC). Também outras hipóteses, expressamente enumeradas em lei, prevêem que a apelação seja recebida somente em seu efeito devolutivo. Assim, por exemplo, as sentenças de interdição (art. 1.184 do CPC) e concessiva da mandado de segurança (art. 12, parágrafo único, da Lei 1.533/51). Nessas hipóteses, em que a lei dispensa o efeito suspensivo da apelação, a parte pode requerer a sua concessão, alegando que os efeitos da sentença poderão trazer-lhe prejuízos". (Grifos nossos) Há que salientar que a antecipação da tutela deferida pela I. Magistrada a quo, não é suscetível de causar prejuízos graves ou de difícil reparação ao ora Agravado, o que não permite que a apelação interposta seja recebida em sua integralidade em ambos os efeitos, quais sejam, o devolutivo e o suspensivo. Como apontou o Agravante em suas razões recursais às fls. 02/07 - TJ: "A apelação aviada deve, portanto, ser recebida no duplo efeito, com relação à indenização deferida, por danos morais, porém, com relação à outra parte (restituição, danos materiais), deve ser recebida somente no efeito devolutivo, posto que a sentença, neste tocante, confirma e defere a antecipação parcial dos efeitos da tutela." Consoante ensinamentos de Nelson Nery Júnior: "[...] Caso a tutela tenha sido concedida na própria sentença, a apelação eventualmente será recebida no efeito devolutivo quanto à parte que concedeu a tutela, e no duplo efeito quanto ao mais." (CPC Comentado, 9. ed., 2006, art. 520, nota 18, p. 752) (Grifos nossos). 0432 Neste sentido, já se manifestou este Tribunal no Acórdão nº 1.0074.04.020062-3/001, Relator Tarcísio Martins Costa: "PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA NA SENTENÇA - APELAÇÃO - EFEITO DEVOLUTIVO - ART. 520, VII, CPC. A tutela antecipada pode ser deferida ou confirmada na sentença e, ao ser concedida, mister seja a apelação interposta recebida apenas no efeito devolutivo, ex vi do disposto no art. 520, VII do CPC." Por estas razões, dou provimento ao presente recurso, reformando a decisão do MM. Juiz da causa, conferindo ao recurso de

Apelação interposto, no tocante à antecipação de tutela concedida (restituição, danos materiais), somente o efeito devolutivo, consoante disposição do art. 520, VII, CPC. Custas, ex lege. Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): PEREIRA DA SILVA e CABRAL DA SILVA. SÚMULA : DERAM PROVIMENTO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS AGRAVO Nº 1.0701.06.157605-7/002

Observada todas estas questões, e conforme corrente doutrinaria majoritária, temos que contra decisão que antecipa os efeitos da tutela, simultaneamente com a sentença, cabe somente o recurso de apelação com efeito devolutivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos demonstrar neste trabalho que as tutelas de urgência têm seu berço na Roma antiga, passa pela Península Ibérica, integra as Ordenações Portuguesas, até estrear no Brasil em 1939 no Código de Processo Civil, sofre mudanças ao longo dos anos até a reforma de 1994 que estabeleceu a nova redação do artigo 273 do Código de Processo Civil, instituindo assim a antecipação dos efeitos da tutela.

Temos que entender que o Direito Processual Civil, encontra-se em evidente processo de desburocratização, buscando a satisfação eficaz dos direitos invocados nas demandas, e tentando acompanhar o crescimento acentuado das sociedades.

Verificou-se ao longo dessa exposição a grande dificuldade de analisar esse tema específico. O instituto da antecipação da tutela é motivo de muita divergência doutrinária e até em sede jurisprudencial.

Tem-se em tese que essas divergências doutrinárias é que possibilitam a melhor compreensão do instituto em questão.

Notamos que existem duas correntes distintas que divergem entre si na análise desse instituto quanto à aplicabilidade deste no momento da prolação da sentença, uma que aceita a antecipação da tutela juntamente com a sentença, corrente atualmente majoritária e a que não aceita a antecipação na sentença, como demonstrado no decorrer do trabalho em questão. Divergem estas correntes também quanto a aplicação dos recursos adequados e seus efeitos.

Não podemos deixar de afirmar que o instituto da antecipação da tutela é um dos mais importantes no sistema processual brasileiro. Quando concedida no momento da prolação da sentença, então, proporciona ao autor do pedido a satisfação do direito pretendido imediatamente com a sentença, evitando assim que este veja a realização de seu direito ser prorrogado por anos a fio, por abuso de defesa ou propósito protelatório por parte do réu.

Com o presente estudo chegou-se a conclusão de que a hipótese levantada no respectivo trabalho sobre a aplicabilidade do instituto em tela no momento da prolação da sentença é perfeitamente possível, tese essa defendida pela corrente majoritária e pela jurisprudência. Aceita pela corrente majoritária e em sede jurisprudencial, também a questão do recurso cabível contra decisão que antecipa os efeitos da tutela na sentença, que é a apelação recebida somente no efeito devolutivo.

Diante de todos os resultados alcançados e apresentados pela pesquisa realizada, ficou evidente a vontade de mostrar a aplicabilidade do instituto da antecipação da tutela na sentença e os efeitos alcançados por esta, diante da esperança do autor em ter seu direito pleiteado, reconhecido e realizado. Tendo em vista que neste momento o juiz tem a certeza do direito do autor, e do perigo do retardamento no cumprimento da sentença proferida.

Este trabalho não buscou por termo ao assunto, tão pouco opinar sobre ele, nele procuramos abordar o assunto e explaná-lo de uma forma sucinta que possa contribuir com aquele que dele se utilizar para conhecer um pouco do referido assunto.

BIBLIOGRAFIA

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência** (Tentativa de Sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: 1988. Brasília: Câmara dos deputados, coordenação de Publicações, 2004.

_____. **Decreto Lei nº 1608**, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília-DF, Seção 1. 13 de outubro de 1939, p 24369.

_____. **Lei 5.869/1973** Código de Processo Civil. Biblioteca jurídica, 2010.

_____. **Lei nº 8952**, de 13 de dezembro de 1994. Altera dispositivos do código de Processo Civil sobre o Processo de Conhecimento e o processo Cautelar. **Diário Oficial da União**. Brasília-DF, Seção 1 de 14 de dezembro de 1994 p. 19391.

_____. **Lei nº 10.444** de 07 de maio de 2002. Altera a lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Brasília-DF. **Diário Oficial da União**. Seção 1 08 de maio de 2002, p. 1.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil 4**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BURNIER JUNIOR, João Penido. **Curso de Direito Processual Civil**. Campinas, SP: Copola, 2000.

BUZAID, Alfredo. **Estudos e pareceres de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim, atualizada por J.E. Carreira Alvim. **Tutela Antecipada na Sentença**. Curitiba: Juruá, 2010.

CARREIRA ALVIM, J.E. **Tutela Antecipada**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Tutela Antecipada na Reforma Processual**. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

COSTA MACHADO, Antonio Cláudio da. **Tutela Antecipada**. São Paulo; Oliveira Mendes, 1998.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Dicionário Compacto de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2007 .

DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **A Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1988.

FREIDE, Reis. **Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Fontes históricas das formas básicas de tutela cautelar**. In: Genesis Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v.4, ano II. 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **A Antecipação de Tutela**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil**. São Paulo; Malheiros, 1996.

_____. **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005.

_____. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992.

NERY JUNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PASSOS, J.J. Calmon de. **Inovações no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SANCHES, Sydney. **Poder Cautelar Geral do Juiz no Processo Civil brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

SIDOU, Othon J.M., **Processo Civil Comparado Histórico e Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1997.

SIMAS, Hugo. **Comentários ao Código de Processo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1940.

SANTORO, Gláucia Carvalho. **Tutela Antecipada: A Solução**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VILLAR, Willard de Castro. **Medidas Cautelares**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Agravos no CPC brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

ANEXOS

ANEXO**TJES - Agravo de Instrumento: AG 24069005742 ES 024069005742****Dados Gerais**

Processo: AG 24069005742 ES 024069005742

Relator(a): SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR

Julgamento: 30/05/2006

Órgão Julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Publicação: 30/08/2006

Parte(s): AGRAVANTE: ITAÚ SEGUROS S/A

AGRAVADO: CLEMENTINO NUNES.

Decisão

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Itaú Seguros S/A em face da antecipação dos efeitos da tutela concedida na sentença de fls. 13/53. O magistrado a quo, ao proferir sentença, concedeu a antecipação dos efeitos da tutela, in verbis: Determino, ainda, em sede de tutela antecipada de obrigação de fazer, a imediata reintegração do veículo a primeira requerida, devendo esta proceder isoladamente com a devolução dos valores despendidos pelo autor a título de aquisição e, solidariamente com a seguradora, pelas despesas de manutenção extraordinária nos termos comprovados nos autos, pelas notas fiscais colacionadas; tudo conforme determinado na parte dispositiva desta sentença. Com alternativa de sua responsabilidade, poderá a revendedora providenciar a imediata substituição do veículo por outro do mesmo modelo e compatível com o preço cobrado. O Agravante alegou, em suas razões recursais, fls. 05/11, em síntese: a) que a antecipação dos efeitos da tutela só pode ser concedida antes da sentença; b) que a tutela deferida pelo magistrado de primeiro grau possui caráter definitivo; c) que existe o perigo de irreversibilidade do provimento; d) que a tutela deferida consiste em uma obrigação de pagar; e) que o Agravado não demonstrou perigo de dano irreparável que ensejasse tal deferimento; f) que as alegações do Agravado são inverídicas; g) que não é possível a imposição de multa por descumprimento de obrigação de pagar. Requereu a concessão do efeito suspensivo, na forma do artigo 558 do CPC. E, quando do julgamento, requereu o provimento do recurso, para revogar a decisão atacada. Alternativamente, caso a decisão seja mantida, requereu a redução do valor da multa imposta pelo magistrado de primeiro grau, por se mostrar excessiva. Ao realizar a análise do pedido de efeito suspensivo, proferi decisão de fls. 103/104, concedendo parcialmente antecipação da tutela recursal. O Agravado apresentou contra-razões às fls. 109/114. Preliminarmente, requereu que fosse negado seguimento ao recurso, por falta de interesse recursal, vez que o recurso cabível seria apelação. No mérito, argüiu a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela na sentença. Alegou que o Agravante tentou minimizar os danos decorrentes de sua prática ilícita para se eximir de cumprir a sentença. Destacou que a impossibilidade de imposição de multa em obrigação de pagar encontra-se disciplinada no artigo 475-I e seguintes do CPC, acrescentado pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Por fim, requereu, preliminarmente, que fosse negado seguimento ao recurso, por ser o mesmo manifestamente inadmissível e improcedente. Alternativamente, requereu a improcedência da apelação, para confirmar a decisão atacada. O Agravante opôs Embargos de Declaração, fls. 116/118, face à decisão de fls. 103/104, que decidiu a tutela de urgência. Argüiu omissão

quanto à alegação de ausência dos requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela, e quanto à natureza da obrigação. Alegou contradição quanto à suposta redução da multa, vez que a sentença não condenou ao pagamento de multa diária. Assim, requereu o acolhimento dos embargos, para ver sanadas as omissões e contradição apontadas. Brevemente relatados. DECIDO . A matéria encontra-se consolidada nos Tribunais Superiores, bem como nesse Tribunal de Justiça. Assim sendo, julgo com base no art. 557 do CPC. Não obstante o Agravante ter apresentado Embargos de Declaração face à decisão de fls. 103/104, entendo por julgar o mérito recursal. Isso porque, as omissões e contradição apontadas pelo Embargante/Agravante serão sanadas definitivamente. **Preliminar de inadequação do Agravo de Instrumento Cumpre analisar a preliminar suscitada pelo Agravado acerca da utilização do agravo para atacar decisão de antecipação dos efeitos da tutela contida na sentença. O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que o recurso cabível em face de antecipação dos efeitos da tutela na sentença é apelação, e não agravo de instrumento.** Contudo, a apelação não é interposta diretamente no TJES, e o atraso pode acarretar dano irreparável. Para minimizar essa hipótese, a lei faculta à parte, a tutela de urgência em sede recursal, por intermédio de medida cautelar. A tutela de urgência pleiteada pelo Agravante deveria ter sido proposta via medida cautelar. Assim, recebo o presente recurso como ação cautelar para analisar a possibilidade de suspender a eficácia da antecipação dos efeitos da tutela proferida pelo magistrado de primeiro grau. No presente caso, há dúvida objetivamente justificável, pois o STJ já admitiu agravo em face de tutela antecipada em sentença. Entendo que não conhecer do agravo mesmo existindo dúvida objetivamente justificável, significa trazer a sobreposição do formalismo sobre o direito material. Após firmar tal premissa, cumpre discorrer acerca do princípio da instrumentalidade e fungibilidade das formas processuais. O Colendo Superior Tribunal de Justiça aplica os princípios supra citados, conforme arestos abaixo: **TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. HOMOLOGAÇÃO DE CÁLCULO DE LIQUIDAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. ERRÔNEA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. TEMPESTIVIDADE. 1.** Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. **2.** Interposição de apelação ao invés de agravo impede a incidência do princípio da fungibilidade, posto dilatar o prazo do recurso corretamente cabível. **3.** Isto porque, consoante tivemos oportunidade de destacar em sede doutrinária: "O cabimento é a adequação do recurso em confronto com a decisão impugnada. Há uma tipicidade legal para os recursos, de sorte que as decisões, pela sua relevância e colocação na ordem dos atos processuais, desafiam recursos diferentes nos seus regimes jurídicos. Assim, da sentença cabe apelação, cuja devolutividade ampla é o seu traço característico; da decisão interlocutória cabe agravo, que se volta contra decisão que não termina o procedimento em primeiro grau etc. Assim, recurso incabível é aquele incorretamente interposto à luz da decisão recorrida. Contudo, em face do princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual o ato deve ser aproveitado a despeito de seu defeito formal, se atingida a finalidade para a qual foi ditado, aproveita-se o recurso erroneamente interposto caso não tenha havido má-fé do recorrente ou erro grosseiro. É que decorre da instrumentalidade um outro princípio, que se infere do art. 250, do CPC, que é o da fungibilidade recursal, outrora consagrado no art. 810, do Código de Processo de 1939. A análise desses pressupostos negativos de aplicação do princípio - inexistência de má-fé ou erro grosseiro - é casuística, sendo certo que a tempestividade do recurso incorreto é pré-requisito inafastável para receber o benefício da fungibilidade." **4.** In casu, verifica-se que a decisão objurgada foi publicada em 10/06/2002,

consoante certidão de fl. 273, ao passo que o recurso de apelação somente foi interposto em 24/06/2002 (fl. 274). 5. Agravo regimental desprovido. (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 748959/RS, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJ de 28.4.2006). Grifo nosso. **PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DO REVISOR NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. NULIDADE ABSOLUTA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. 1.** O defeito de forma só deve acarretar a anulação do ato processual impassível de ser aproveitado (art. 250 do CPC) e que, em princípio, cause prejuízo à defesa dos interesses das partes ou sacrifique os fins de justiça do processo. Consagração da máxima *pas des nullité sans grief*. 2. Deveras, informado que é o sistema processual pelo princípio da instrumentalidade das formas, somente a inutilidade que sacrifica os fins de justiça do processo deve ser declarada. 3. A doutrina e os tribunais, todavia, com todo acerto, desconsideram a aparente ressalva contida nas palavras sem cominação de nulidade, entendendo que, mesmo quando absoluta a nulidade e ainda quando esteja cominada pela lei, a radicalização das exigências formais seria tão irracional e contraproducente quanto em caso de nulidade relativa; (Cândido Rangel Dinamarco, in *Instituições de Direito Processual Civil* v. II, 2002, Malheiros, p. 600-601). 4. As situações consolidadas pelo decurso de tempo devem ser respeitadas, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC. Teoria do fato consumado. Precedentes da Corte. 5. O estudante que, por força de decisão liminar, matriculou-se em instituição de ensino, e já concluiu o curso, tem o seu direito consolidado pelo decurso do tempo. Teoria do fato consumado. 6. Recurso parcialmente provido para reconhecer a aplicação do art. 462, do CPC. (Recurso Especial nº 532.577/DF, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJ de 24.11.2003). Grifo nosso. A aplicação dos princípios da instrumentalidade e fungibilidade das formas processuais pelo Colendo STJ apenas referenda o entendimento sustentado por José Roberto dos Santos Bedaque. Nesse sentido: A noção de *instrumentalidade das formas* como mecanismo destinado a conferir validade a atos processuais viciados - o que implica valorizar o fim em detrimento da tipificação legal - pode ser comparada à interessante idéia filosófica de permuta civilizatória, segundo a qual o progresso e os ganhos objetivos decorrentes do bem-estar podem representar perda subjetiva da felicidade, mas constituem opção da sociedade. Também em direito processual, entre dois valores - forma do ato processual e objetivo a ser alcançado -, adota-se este último sem qualquer hesitação. (...) Desde que observado o contraditório e não sejam prejudiciais a qualquer das partes, adaptações do procedimento às necessidades do caso concreto atendem à idéia do processo justo, tal como regulado pela Constituição. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos Bedaque. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, pp. 54-59). Pelo exposto, conheço do agravo como ação cautelar, e rejeito a preliminar argüida. Mérito O Agravante alegou a impossibilidade de a sentença a quo antecipar os efeitos da tutela pretendida pelo Agravado. O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que, em consonância com o princípio da efetividade do processo, é possível antecipar os efeitos da tutela em sede de decisão definitiva, conforme arestos abaixo transcritos: **RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 520, VII, DO CPC, INOCORRÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONCEDIDA NA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. 1.** A violação do art. 535 do CPC ocorre quando há omissão, obscuridade ou contrariedade no acórdão recorrido. Inocorre a violação posto não estar o juiz obrigado a tecer comentários exaustivos sobre todos os pontos alegados pela parte, mas antes, a analisar as questões relevantes para o deslinde da controvérsia. 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 idéia 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 decisum. 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 (art. 273, 3.º), como, também, há referência a descumprimento de sentença ou decisão antecipatória (art. 287), ao que devem suceder-se consequência (s) coercitiva (s) por causa dessa resistência ilícita, mercê da aplicação do art. 461, 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. (Recurso Especial nº 706252, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJ de 26.9.2005).** Grifo nosso.

Processual civil. Recurso especial. Antecipação de tutela. Deferimento na sentença. Possibilidade. Apelação. Efeitos. - A antecipação da tutela pode ser deferida quando da prolação da sentença. Precedentes. - **Ainda que a antecipação da tutela seja deferida na própria sentença, a apelação contra esta interposta deverá ser recebida apenas no efeito devolutivo quanto à parte em que foi concedida a tutela.** Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (Recurso Especial nº 648886/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, DJ de 6.9.2004). Antecipação de tutela. Deferimento por ocasião da sentença. Precedentes da Corte. 1. A Corte admite o deferimento da tutela antecipada por ocasião da sentença, não violando tal decisão o art. 273 do Código de Processo Civil. 2. Recurso especial não conhecido. (Recurso Especial nº 473069/SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJ de 17.12.2003). Assim, após firmar tal premissa, passo a analisar se os requisitos para a concessão da tutela antecipada encontram-se presentes, sanando a omissão apontada nos embargos de fls. 116/118. O Agravado, em sua exordial, fls. 67/82, ao expor acerca do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, afirmou que se encontra impossibilitado de exercer seu ofício. Aduziu que o veículo adquirido não é seguro, vez que se trata de automóvel que foi dado perda total decorrente de acidente de trânsito. O magistrado de primeiro grau, ao analisar o pedido de antecipação da tutela, afirmou, *in verbis*: Assim, como a verossimilhança das alegações é comprovada pela explanação lógica das provas inequívocas inseridas nos autos pelo autor, assim como patente é o perigo da demora, haja vista que o exercício do duplo grau de jurisdição procrastinará ainda mais a realização do melhor direito estampado nos verbetes contratuais e, por via reflexa, os princípios gerais do contrato, mormente o consensualismo, vinculação e intangibilidade, hei por bem, na forma do art. 461 5º do CPC. Entendo que o *periculum in mora* encontra-se presente. O Agravado necessita do veículo para exercer suas atividades. Não deve arcar com os prejuízos advindos da conduta ilícita do Agravante, vez que adquiriu veículo com perda total, como se fosse somente um automóvel usado. Após a instrução processual, verifico que o magistrado a quo convenceu-se da prova inequívoca da verossimilhança das alegações. Destaco que o Agravante apenas

afirmou que não há prova nos autos das alegações do Agravado. No entanto, não apresentou qualquer fundamento ou prova em contrário. Quanto ao perigo de irreversibilidade do provimento suscitado pelo Agravante, entendo que este não se apresenta. A medida é plenamente reversível, bastando subtrair a presente decisão para retornar ao statu quo ante. O Colendo TJES entende que a decisão que antecipa os efeitos da tutela deve ser mantida quando presentes os seus requisitos autorizadores, conforme ementa abaixo: **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - EFEITO SUSPENSIVO - INDEFERIMENTO - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE - INOCORRÊNCIA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.** Restando devidamente fundamentada a decisão que indeferiu o efeito suspensivo, e não verificando o Relator qualquer ilegalidade ou abuso de poder decorrente da decisão proferida pelo magistrado monocrático, há de ser mantida a decisão que antecipa os efeitos da tutela pretendida, quando presentes os seus requisitos autorizadores, quais sejam a verossimilhança das alegações do autor e o perigo de dano irreversível na demora da prestação jurisdicional. Recurso improvido. **(Agravamento Regimental no Agravamento de Instrumento nº 003059000046, Relator Desembargador José Luiz Barreto Vivas, Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, DJ de 21.7.2005).** Grifo nosso. O magistrado a quo, ao proferir a decisão atacada, determinou que o Agravado entregasse o veículo ao vendedor, Bruno Veículos - J.S. Veículos. Em contrapartida, Bruno Veículos - J.S. Veículos deve proceder a devolução dos valores despendidos pelo Agravado à título de aquisição, R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais). Tal quantia será acrescida de juros legais (1% a.m.), e correção monetária pelo INPC, desde a data da celebração da compra e venda. Alternativamente, Bruno Veículos poderá entregar ao Agravado outro veículo do mesmo modelo e compatível com o valor de sua condenação. Verifico que a obrigação acima descrita é de fazer, sendo possível a imposição de multa para seu cumprimento. Antes de analisar a condenação do Agravante, cumpre discorrer acerca do valor da multa imposta. Ao proferir a decisão de fls. 103/104, alterei a multa fixa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para R\$ 1.000,00 (hum mil reais) diários, após analisar o pedido formulado pelo Agravante às fls. 10, in verbis: Em hipótese remota de manutenção do deferimento da tutela, requer a seguradora que seja reduzido drasticamente o valor da multa diária estabelecido pelo juízo a quo. Isto porque o montante de R\$ 10.000,00 se mostra excessivo e incompatível com a obrigação imposta pelo comando sentencial, podendo, aliás, levar ao enriquecimento ilícito do ora Agravado. Grifo nosso. No trecho supra transcrito o Agravante alegou que a multa estabelecida pelo magistrado de primeiro grau seria diária. Tal afirmação justificou a decisão de fls. 103/104. Todavia, a multa imposta não é diária, mas fixa, conforme consta da parte dispositiva da sentença às fls. 52. Assim, entendo por manter a multa arbitrada pelo magistrado de primeiro grau. O valor estabelecido é razoável, e em consonância com a obrigação de fazer imposta às partes. Por fim, cumpre analisar a natureza jurídica da obrigação imposta ao Agravante. O magistrado de primeiro grau determinou que o Agravante e Bruno Veículos - J.S. Veículos Ltda., solidariamente, deveriam pagar ao Agravado, a quantia de R\$ 8.851,03 (oito mil, oitocentos e cinquenta e um reais e três centavos), devidamente atualizados. Este valor corresponderia a manutenção extraordinária do veículo adquirido pelo Agravado. Verifico que tal obrigação é de pagar quantia certa. Assim, restaria inviável a imposição de multa por descumprimento, no que diz respeito à execução de medidas judiciais concedidas antes da vigência da Lei 11.232/2005. Consoante entendimento do STJ: **PROCESSUAL CIVIL. FAZENDA PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA. ASTREINTES. NAO-CABIMENTO. PRECEDENTE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NAO-DEMONSTRADA.** 1. Consoante a jurisprudência do STJ, em se tratando de obrigação de fazer (art. 461, 4º, do CPC), bem como de entrega de coisa (art. 461-A, 3º, do CPC), o juiz, de

ofício ou a requerimento da parte, pode fixar multa cominatória contra a Fazenda Pública para forçá-la ao cumprimento da obrigação no prazo determinado. 2. No entanto, na hipótese de obrigação de pagar quantia certa, predomina no STJ o entendimento de que "a multa é meio executivo de coação, não aplicável a obrigações de pagar quantia, que atua sobre a vontade do demandado a fim de compeli-lo a satisfazer, ele próprio, a obrigação decorrente da decisão judicial. (...) Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 do CPC e CF, art. 100 da CF)"(REsp n. 784.188/RS, relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 14.11.2005). 3. Não se conhece de alegada divergência jurisprudencial nas hipóteses em que o recorrente, desatendendo o disposto nos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, 2º, do RISTJ, não realiza o necessário cotejo analítico nem demonstra a similitude fática entre os arestos confrontados. 4. **Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido. (Recurso Especial nº 371004/RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJ de 6.4.2006).** Grifo nosso. Atualmente, a Lei nº 11.232/05 encontra-se em vigor. E a única multa admitida pelo citado diploma é a de 10% (dez por cento) após o prazo de cumprimento espontâneo (art. 475 - I do CPC). Alguns autores, como José Roberto dos Santos Bedaque, entendem que a multa é devida inclusive na execução provisória. A tese parece-me bastante sedutora. Mas a discussão ficará para outra ocasião, pois, no presente caso, a questão surgiu antes da vigência da Lei nº 11.232. Assim, tenho que a eficácia da multa sobre obrigação de pagar quantia certa deve ser afastada, até ser confirmada ou não com o julgamento da apelação. Constatado que a obrigação de pagar não interfere na obrigação de fazer determinada pelo magistrado de primeiro grau. O Agravado poderá exercer suas atividades, sem qualquer prejuízo, independentemente do recebimento do mencionado valor. Entendo não restarem preenchidos os requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela, no que tange a obrigação de pagar. Ante o exposto, nos termos da fundamentação acima, conheço do agravo como ação cautelar. Retifique-se registro e distribuição. **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido, para manter a antecipação dos efeitos da tutela concedida na sentença quanto a obrigação de fazer, e quanto a multa imposta. **SUSPENDO** a eficácia da decisão impugnada para excluir a multa pelo descumprimento da obrigação de pagar. Intimem-se. Oficie-se o MM. Juízo de primeiro grau sobre o teor desta decisão. Publique-se na íntegra. Vitória/ES, 21 de agosto de 2006. . SAMUEL MEIRA BRASIL JÚNIOR Desembargador Substituto em exercício