

Antecipação dos efeitos da tutela de mérito - acesso à ordem jurídica justa

Acceleration of merit tutelage effects - access to the just legal order

Emília Simeão Albino Sako*

* Especialista em Ciência Política e Desenvolvimento Estratégico pela Universidade do Norte do Paraná (UNOPAR). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Doutoranda pela Universidade Castilla de La-Mancha. Professora de graduação, pós-graduação e curso preparatório para a magistratura do Trabalho. Juíza do Trabalho da 9ª Região.
e-mail: <emiliasako@sercomtel.com.br>

Resumo

O Art. 273 do CPC permite a antecipação dos efeitos da tutela a fim de recompor o direito lesado antes da decisão de mérito, seu trânsito em julgado e a execução. O juiz pode antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela de mérito sempre que houver receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Dentre as normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se afirmar, sem dúvida, que este é o dispositivo que assegura maior grau de efetividade do processo.

Palavras-chave: Processo. Tutela antecipada. Efetividade. Juiz.

Abstract

The article 273 of the Civil Process Code assures an acceleration of the tutelage effects in order to immediately recompose an aggrieved right, without having to wait for the decision upon the merit, its transit in rem judicatam and execution. The judge may accelerate totally or partially the tutelage effects whenever there is fear of irreparable damage or that of difficult redress, or whenever the abuse of defense right is characterized or the defendant's postponing purpose is manifested. Within the existing norms in the Brazilian legal system, it may be said that this is doubtlessly the device which contains the highest degree of effectiveness of the process.

Keywords: Process. Accelerated tutelage. Effectiveness. Judge.

1 Introdução

O Estado social pós-moderno tem procurado imprimir maior dinamismo e efetividade ao processo judicial a fim de proteger direitos e distribuir justiça. No Brasil, o legislador conferiu à parte uma tutela específica e imediata para recomposição de direitos lesados ou ameaçados de lesão – é o instrumento jurídico a que se denominou chamar de “antecipação dos efeitos da tutela de mérito”. O Art. 273 do CPC autoriza o juiz a antecipar os efeitos da tutela de mérito, assegurando desde logo o resultado final do processo, realizando, de imediato, o direito material ou imaterial afirmado pela parte.

2 Tutela Jurídica e Tutela Jurisdicional

Tutela significa proteção. Juridicamente, é a proteção que o Estado confere à pessoa para que realize as situações consideradas eticamente desejáveis, segundo os valores vigentes na sociedade, seja em relação aos bens, seja em relação a outros membros do convívio, por meio de preceitos reguladores da convivência e as atividades destinadas à efetividade desses preceitos (DINAMARCO, 2001, v. 2). A vida, a saúde, a liberdade, o patrimônio, a propriedade, a personalidade etc., são bens especiais e necessários à sobrevivência digna do homem, e a eles o Estado dispensa especial proteção, vedando condutas que possam restringi-los, destruí-los ou eliminá-los. A convivência pacífica entre os povos

pressupõe a existência de regras de conduta destinadas a regular o comportamento humano, assegurar direitos, disciplinar comportamentos, impor deveres. Tutela jurídica é a proteção de direitos assegurada pelas leis produzidas pelo Estado, segundo critérios de validade formal e material, e pelos princípios do direito.

Distinguem-se tecnicamente e quanto aos efeitos práticos tutela jurídica e tutela jurisdicional. Tutela jurídica é a proteção assegurada pela lei e pelos princípios do direito, enquanto tutela jurisdicional é a proteção conferida pelo juiz no processo. Tutela jurisdicional é “o pronunciamento estatal sobre o litígio posto ao conhecimento do Poder Judiciário” (PAULA, 2001, p. 100). O juiz, detentor do poder político emanado da Constituição, e no exercício desse poder, realiza no processo o direito, pacificando e eliminando os conflitos intersubjetivos de interesses. Segundo Cândido Rangel Dinamarco (2001, v. 2), compete aos órgãos jurisdicionais outorgar proteção àquele cuja pretensão seja merecedora dela.

A tutela jurídica, tutela abstrata, realiza-se no processo de forma real e efetiva. É no processo que o juiz concretiza a proteção conferida pela lei, por meio de procedimentos destinados à realização plena do direito buscado pela parte. A tutela jurisdicional classifica-se em: 1) tutela de conhecimento, quando o juiz resolve o conflito, acolhe ou rejeita a pretensão, proferindo uma sentença; 2) tutela de execução, quando o juiz pratica atos executórios, de *imperium*, visando à realização plena do direito já reconhecido pela ordem jurídica. O devedor, coercitivamente,

é obrigado a cumprir a ordem judicial; 3) tutela cautelar, quando o juiz pratica atos destinados a evitar a perda ou o perecimento do direito em razão da demora do processo de conhecimento ou de execução. Visa garantir a efetividade do processo e a integridade do direito até que se solucione a causa principal (DOWER, 1999, v. 1). Segundo Bellinetti (1996), a tutela jurisdicional pode ser satisfativa ou não-satisfativa, simples ou diferenciada, antecipada ou final, urgente e não-urgente. As tutelas jurídica e jurisdicional formam um sistema de garantias destinadas a prevenir, impedir ou reparar lesões de direito.

3 Acesso à Tutela Jurisdicional

Nos Estados democráticos, o acesso à justiça, ou seja, aos órgãos do poder judiciário, é um direito de todos os cidadãos. A base do acesso à justiça repousa nos direitos humanos, como decorrência natural da valorização da pessoa humana e de sua dignidade. Em situações conflitantes, a proteção jurisdicional é imprescindível para afastar o risco, o perigo, para determinar a reparação do dano (ONU, 1993).

Em épocas passadas, somente tinha acesso à justiça quem podia suportar o custo do processo. Os menos favorecidos economicamente não tinham acesso ao Poder Judiciário, pois realizar os comandos da norma jurídica, a fim de prevenir ou reparar lesão a um direito implicava custos além de uma longa espera. Aquele que necessitava do provimento jurisdicional para obter a declaração de que tinha razão deveria suportar o ônus da demora e de arcar com os elevados custos do processo. Embora a desigualdade econômica ou social representasse óbice à justiça, durante muito tempo não foi motivo de preocupações do Estado. Mas, com a evolução e o desenvolvimento dos direitos sociais, foram sendo afastadas as causas que impediam ou dificultavam o acesso ao judiciário, a fim de manter a igualdade de todos perante a lei. O Estado passou a promulgar leis que simplificaram o processo e tornaram o judiciário mais acessível.

As Constituições, os Tratados e as Convenções Internacionais consagram o princípio da isonomia no processo, em caráter de universalidade. O acesso simples, fácil e sem custos ao judiciário, bem como a obtenção de uma resposta dentro de um espaço de tempo razoável, representa garantia de justiça social. Nas últimas décadas, as instituições públicas foram aprimoradas visando garantir uma justiça acessível a todos e que fosse capaz de oferecer respostas dentro de um curto espaço de tempo, com vistas a assegurar uma igualdade material de todos perante a lei. A Constituição do Brasil, em seu Art. 5º, inciso LXXVIII, proclama como direito individual fundamental, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (BRASIL, 1988).

A igualdade de acesso ao judiciário, independentemente da condição econômica, financeira ou social do indivíduo, passou a ser uma aspiração de todos os Estados democráticos. A igualdade no processo, traduzida como igualdade de oportunidades, forma a base do princípio da isonomia, no qual se funda o acesso à justiça. Mas,

não basta que a lei assegure a igualdade de acesso ao judiciário; é preciso garantir também o acesso à justiça, ou seja, a certeza de uma decisão rápida e justa. É o juiz, na sentença, que realiza a justiça, eliminando o conflito de interesses, extraindo do ordenamento jurídico as diretrizes que orientam a sua decisão, partindo da premissa de que toda regra jurídica abstrata se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana e visa proteger os direitos fundamentais do homem. O acesso ao judiciário não é um simples princípio do direito, mas sim concreta e efetiva tutela de direitos (MARINONI, 2000). A igualdade de acesso e a celeridade no provimento jurisdicional conduzem à ordem jurídica justa, e o acesso à ordem jurídica justa é uma aspiração de toda a sociedade.

4 A Antecipação dos Efeitos da Tutela - Coroamento do Acesso à Ordem Jurídica Justa

O maior óbice ao acesso às tutelas jurídica e jurisdicional é, e sempre foi, o tempo de duração dos processos, pois a demora do processo judicial conspira contra os ideais de justiça. Muitos fatores contribuíram e ainda contribuem para que o processo se prolongue no tempo, e dentre eles, destacam-se a deficiência ligada à estrutura arcaica do poder judiciário, a burocracia imposta pelo sistema legal, que confere mais prerrogativas processuais ao devedor, ao réu, do que ao credor, à vítima, o comodismo e a indulgência dos juízes que se mantêm apegados a fórmulas antigas de direção e condução do processo, permitindo que os processos se prolonguem mais do que o tempo necessário. Outros, como insuficiência de recursos materiais e humanos, o aumento gradativo e acentuado do número de demandas e a existência de um sistema recursal irresponsável e irracional, que posterga a entrega da prestação jurisdicional. A morosidade do processo atinge principalmente aqueles que contam com menos recursos econômicos. Estudos sociológicos revelam que não só a justiça é cara, mas ela pode ser mais cara para os menos favorecidos (MARINONI, 2000).

Para amenizar o problema da demora na entrega da prestação jurisdicional, o legislador brasileiro criou uma regra que permite à parte obter uma tutela imediata a fim de satisfazer de plano o direito lesado, sem ter de aguardar a decisão de mérito, seu trânsito em julgado e a execução. O Art. 273 do CPC autoriza o juiz a antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida na inicial sempre que houver receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Dentre as normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se afirmar, sem dúvida, que este é o dispositivo que contém maior grau de efetividade do processo. Conforme acentua Marinoni (1996), o legislador corrigiu o equívoco de um procedimento que lançava os ônus do processo à parte lesada, que tinha de ficar aguardando longos períodos de tempo para ter a declaração de que tinha razão. Criou uma regra geral que, além de proteger direitos urgentes na iminência de sofrer danos irreparáveis ou de difícil reparação, permite a realização antecipada desses

direitos, principalmente, nos casos de abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, resgatando a idéia de que os ônus do processo não podem ser suportados apenas pelo autor. Trata-se de um importante instrumento de realização de direitos porque possibilita um resultado imediato. O juiz pode antecipar os efeitos da sentença de mérito antes de sua prolação com base em juízo de probabilidade. Não é faculdade do juiz concedê-la; embora o Código tenha empregado o termo “poderá”, se presentes os requisitos exigidos para sua concessão, o juiz deverá antecipar os efeitos da tutela de mérito, pois obter de imediato a declaração de certeza é um direito da parte (CÂMARA, 2001). A antecipação dos efeitos da tutela é um direito do autor; o réu não poderá requerê-la, salvo nos casos de reconvenção e pedido contraposto formulado na contestação (CÂMARA, 2001), e desde que preenchidos os requisitos exigidos pela lei.

5 Requisitos Exigidos à Antecipação dos Efeitos da Tutela

Preceitua o Art. 273 do CPC que o juiz concederá a antecipação dos efeitos da tutela se constatar no processo a existência de “prova inequívoca” que o convença da “verossimilhança” da alegação. Essas duas expressões usadas pelo legislador são, aparentemente, antagônicas. Prova inequívoca é aquela que não deixa dúvidas, traz em si o juízo de certeza, de probabilidade do direito afirmado pela parte; verossimilhança, ao contrário, tem mera aparência de verdade. Segundo Marinoni (1996), quando o legislador utilizou essas duas expressões, pretendeu retratar uma cognição sumária que leva à formação de juízos de probabilidade da existência do direito afirmado pela parte – *fumus boni iuris*. A demonstração de dano irreparável ou de impossível reparação é outro requisito exigido para que o juiz possa antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela de mérito; é o risco de perecer o próprio direito material – *periculum in mora* – caso não seja concedida a providência solicitada pela parte. Contudo, para a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, o CPC não exige prova robusta e incontestável do direito, sendo suficiente que o juiz se convença da verdade da alegação, podendo valer-se de presunções e indícios que são, em essência, elementos de convicção. As presunções e os indícios, embora não sejam meios de prova, têm acentuado valor na disciplina da prova, pois permitem ao juiz tirar conclusões a partir dos fatos narrados, podendo ainda deslocar o ônus da prova, além de contribuir para demonstração de alegações de difícil comprovação. Muitas vezes, quem pode produzir a prova e contribuir mais eficazmente para o convencimento do julgador é o réu. O juiz pode transferir-lhe o ônus da prova a fim de alcançar o escopo do processo, que é não a simples composição, mas a justa composição da lide. Segundo Russomano (1990, v. 1), toda e qualquer regra relativa à prova está sujeita ao chamado “princípio ontológico” de sua teoria (Malatesta), segundo o qual o ordinário pode ser presumido como verdadeiro, porque tem a seu favor a voz universal das coisas e a experiência universal das pessoas, e o extraordinário

necessita ser demonstrado, porque tem contra si a voz da experiência que nasce dos fatos vividos e sofridos. Nos casos de provimento antecipado, a prova inequívoca nem sempre poderá ser exigida, sob pena de incidir o julgador em formalismo e preciosismo exagerados e desnecessários, prejudicando exatamente a parte que a ordem jurídica pretendeu proteger.

Presentes os requisitos legais, o juiz deverá antecipar os efeitos da tutela de mérito, até mesmo nos pedidos cumulados, quando um deles ou parte de um deles tornar-se incontroverso no curso do processo (CPC, Art. 273, § 6º). Não seria lógico e razoável que a lei permitisse a cumulação de pedidos, mas não admitisse a fragmentação dos julgamentos, porque isso implicaria prejuízos à parte que tem razão. Se o direito provável não admite protelação, o direito incontroverso, muito menos (MARINONI, 1996).

6 Antecipação dos Efeitos da Tutela nos Provimentos Irreversíveis

Diverge a doutrina e a jurisprudência também não é pacífica sobre a possibilidade do juiz antecipar os efeitos da tutela em casos de irreversibilidade do provimento. O anteprojeto da Lei n. 10.444, de 7/5/2002, inseria no § 2º do Art. 273 do CPC a previsão de antecipação dos efeitos da tutela ainda quando irreversível o provimento judicial, sempre que a denegação pudesse resultar, manifestamente, maior e irreversível prejuízo ao autor do que benefício ao réu. Na exposição de motivos do Anteprojeto da Lei foi empregada a expressão “irreversibilidade recíproca” para designar os casos em que a negativa de antecipação é igualmente suscetível de ocasionar o perecimento do direito do demandante, o que constituiria dano maior e irreversível ao direito da parte. Contudo, esse parágrafo foi vetado pelo Presidente da República e não chegou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, o que representou um grande retrocesso no sistema de tutela de direitos.

Diz o Art. 273, § 2º, que “não se concederá antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. Essa regra não é absoluta e não pode ser interpretada literalmente. Em inúmeros casos, embora o provimento antecipado seja irreversível, se o juiz negar a antecipação, estará negando a própria justiça, causando à parte danos mais graves do que o deferimento equivocado. É o que ocorre, por exemplo, em caso de transfusão de sangue, amputação de membro, apreensão de jornais. A negativa judicial poderá ensejar a morte ou prejuízos irreparáveis à saúde, à imagem etc. Assim, diante de dois interesses igualmente relevantes, estando ambos na iminência de dano irreparável, e sendo possível tutelar apenas um deles, o juiz concederá a antecipação dos efeitos da tutela sempre que a denegação puder ensejar prejuízo maior do que a concessão. Moreira (2001) afirma que, em princípio, exclui-se a possibilidade da antecipação quando houver perigo de irreversibilidade da situação resultante da decisão antecipatória, mas não ignora a forte tendência de atenuar, em casos graves, o rigor da proibição. Assim, em caso de conflito entre interesses igualmente relevantes, e sendo possível ao juiz tutelar liminarmente apenas um deles, deverá fazer opção por aquele que for o mais

relevante no sentir social, observando as circunstâncias de cada caso concreto. A doutrina defende a aplicação do princípio da proporcionalidade. Mas, se o juiz tiver de escolher entre dois interesses igualmente relevantes apenas um deles, como por exemplo, a liberdade religiosa e a vida, não se pode falar em proporcionalidade, já que um interesse exclui, necessariamente, o outro. Na ocorrência desse fato, o juiz deverá decidir com base em juízo de razoabilidade tendo em vista a efetividade do processo e a relevância dos bens jurídicos em discussão. Em casos extremos, em que estão em confronto dois interesses igualmente importantes, como a vida e a liberdade religiosa, como por exemplo, autorização para transfusão de sangue em uma pessoa cuja seita religiosa não permite esse procedimento, a decisão é extremamente difícil. Por um lado, de que adianta preservar a crença religiosa se o indivíduo não puder sobreviver para cultuá-la? De outro, porque mantê-lo vivo se a sua vida, daquele momento em diante, for de tristeza por ter sido ferido um direito inalienável? O argumento mais utilizado, nesse caso, para se optar pela vida em detrimento da crença religiosa, é que a crença pode se modificar com o passar do tempo, ao contrário da vida, que tem caráter irreversível. Nesses casos e em outros, considerados trágicos, o juiz, segundo critérios de equidade, adotando princípio da razoabilidade, verificando que valores a sociedade mais preza naquele momento histórico, decidirá, e a sua decisão será a melhor se for a mais justa.

Sendo imprescindível para salvaguardar o direito da parte, o juiz deverá conceder a antecipação dos efeitos da tutela em qualquer caso, ainda que irreversível o provimento. É no mínimo equivocados afirmar que o juiz não pode antecipar os efeitos da tutela em casos extremos quando a antecipação é imprescindível ao direito da parte, pois isso equivaleria dizer que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de provocar dano irreversível ao direito que deveria proteger. Em situações emergenciais e em casos extremos, deverá o juiz valorar os benefícios pessoais e sociais que a antecipação poderá acarretar e os riscos que poderão ser ocasionados em caso de negativa da antecipação. Na dúvida, deverá sempre conceder a providência pedida pela parte, uma vez que poderá, inclusive de ofício, modificar ou revogar o ato antecipatório a qualquer tempo (CPC, Art. 273, § 4º). A lentidão da justiça exige que o juiz assuma responsabilidades ética e social, lembrando sempre que, salvo em situações excepcionais, a parte que aparentemente tem razão não pode suportar o ônus da demora e os prejuízos advindos.

7 Tutela Satisfativa de Urgência

Determinadas situações da vida exigem provimentos judiciais urgentes, sob pena de perecimento do direito. Os efeitos antecipados do provimento exaurem-se em si mesmos, não exigindo do juiz uma atividade complementar. É o que ocorre, por exemplo, quando o juiz concede autorização para viagem de menor, quando impede a circulação de um jornal ou a divulgação do resultado de uma pesquisa, quando determina o fechamento de um estabelecimento comercial em dia de domingo ou

feriado, quando autorização a demolição de uma obra que coloca em risco a vida e a saúde de uma pessoa ou um grupo de pessoas. Nessas hipóteses, concedida à antecipação dos efeitos da tutela o juiz nada mais tem a fazer porque a pretensão foi integralmente satisfeita, restando, apenas, conforme o caso, a execução *lato sensu* de medida imposta como necessária à obtenção do resultado, não havendo necessidade de se instaurar formalmente o processo executivo. O processo é unitário e, decidido o mérito, mediante sentença que antecipa os efeitos da tutela, seja de natureza condenatória, declaratória, constitutiva ou mandamental, em regra, não se realizam outros atos destinados à satisfação do credor porque a obrigação já foi satisfeita.

Do ponto de vista da efetividade do processo, os resultados obtidos são positivos porque propiciaram uma tutela jurisdicional menos burocrática e mais rápida. Nesses procedimentos, chamados de “procedimentos de urgência”, a tutela jurisdicional é satisfativa por ter preservado ou restaurado de forma definitiva o direito da parte, não dependendo de qualquer outro complemento para alcançar a definitividade (BELLINETTI, 1996). A decisão que antecipa a tutela de mérito faz coisa julgada formal e não poderá, após efetivada, ser discutida dentro do mesmo processo. Mas, por se tratar de cognição sumária, havendo uma limitação natural de produção das provas, produzindo-se apenas as necessárias à averiguação da existência do direito a fim de permitir a formação de juízos de probabilidade e de verossimilhança, a declaração de certeza não é absoluta, o que permite, futuramente, em outro processo, ser novamente discutida a questão. Nesse caso, havendo reconhecimento de que aquele direito que supostamente existia, na verdade, não existiu, o juiz poderá determinar que a parte beneficiada com a decisão primeira repare eventuais prejuízos causados, podendo ainda, aplicar penalidades pela litigância de má-fé. A decisão fundada em juízo de probabilidade exige adequação ao momento procedimental, à natureza do direito e aos fatos afirmados em cada caso concreto. Como a cognição sumária é simples instrumento destinado a tutelar um direito provável, não contendo em si uma declaração absoluta de sua certeza, exigir o máximo de probabilidade seria impor um rigor excessivo, inoportuno e desnecessário, com prejuízos à parte que necessita com urgência da tutela jurisdicional.

A certeza do direito controvertido não é exigida na cognição sumária, e por isso a decisão não faz coisa julgada material, e não conta com o caráter de definitividade previsto no Art. 467 do CPC. Forma-se, nesse caso, a coisa julgada meramente formal. A cognição sumária limita, no plano vertical ou horizontal, a atividade probatória, o contraditório e a ampla defesa. Isso decorre da necessidade de, em determinadas situações, o juiz ter de adotar procedimentos diferenciados porque são os únicos capazes de tutelar o direito afirmado pela parte. Valoriza-se a celeridade em detrimento da certeza, o que permite o surgimento de uma sentença com força de coisa julgada em tempo inferior àquele que seria necessário ao exame de mérito do conflito. Segundo Marinoni, algumas situações não podem esperar o tempo necessário para a cognição exauriente, com

produção de provas admitidas na cognição exauriente. Por tal razão, a tutela urgente, na maioria das vezes, é prestada com base em cognição sumária (MARINONI, 2000). O réu, que teve sua prova e defesa limitadas, poderá rediscutir em outro processo, os pontos não suficientemente esclarecidos, e requerer a reparação do dano eventualmente sofrido.

A antecipação dos efeitos da tutela satisfativa de urgência evita o perecimento do direito em situações emergenciais. Este tipo de provimento não foi regulado pelo Código de Processo Civil, cabendo ao juiz, segundo seu livre e prudente arbítrio, conceder ou negar a medida, atendo-se às circunstâncias de cada caso concreto, sem maiores formalismo ou rigores exagerados, sob pena de fazer perecer o direito que tinha o dever de proteger.

8 Tutela Antecipada nas Obrigações de Fazer e Não-fazer

Prevê o Art. 287 do CPC, fazendo expressa referência ao § 4º do Art. 461 e 461-A, que

Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória da tutela.

Estabelece ainda o § 5º do Art. 461 que

para efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como imposição de multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário, com requisição de força policial.

O § 6º acrescenta que “O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verificado que se tornou insuficiente ou excessiva”. E, finalmente, o art. 461-A dispõe que “Na ação que tenha por objeto entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação”. O § 1º diz que

Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

O § 2º acrescenta que

Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel – § 3º aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do artigo anterior.

A multa prevista no § 5º do art. 461 do CPC tem por objetivo obrigar o devedor a cumprir de imediato a decisão. O § 6º estipula a variação do valor da multa quando se torne excessivo ou insuficiente. Sempre que o juiz antecipar o provimento de mérito, deverá impor sanção para o caso de não cumprimento da obrigação, sob pena de, não o fazendo, emitir uma ordem que não

obrigará o seu cumprimento, pois o comando emitido na decisão cairá no vazio porque desprovido de força executiva.

Para fixar o valor da multa o juiz deverá fazer uma análise objetiva da questão, sob o prisma da responsabilidade e da lesão. A penalidade precisa ser coerente e adequada, atentando-se para a posição financeira do réu, a fim de que possa responder integralmente pela pena imposta, sem prejuízo de ter de reparar o dano que eventualmente venha a causar ao autor, seja de ordem moral ou patrimonial. A imposição de penalidade pecuniária para o caso de não cumprimento da ordem visa atenuar os efeitos e sentimentos negativos da lesão.

9 Tutela Antecipada e Execução

As tutelas concedidas em obrigações de fazer e não-fazer se executam mediante a imposição de multa. O § 3º do Art. 273 do CPC, com a nova redação dada pela Lei n. 10.444/2002, remete a execução da tutela antecipada ao disposto no Art. 588 do mesmo Código, visando com isso compatibilizar a efetivação da tutela antecipada com as alterações inseridas no Art. 588 do CPC relativas à execução provisória da sentença, e com as técnicas de efetivação de tutela específica previstas no Art. 461, §§ 4º e 5º e Art. 461-A.

Dispõe o Art. 588 que

a execução provisória de sentença far-se-á da mesma forma que a definitiva, observadas as seguintes normas: I – corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer; II – não permite, sem a prestação de caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro, nem a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado; III – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior; IV – eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo – § 1º – No caso do n. III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução – § 2º – A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de sessenta vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade.

A alteração do Art. 588 do CPC imprimiu um dinamismo especial à sistemática de recursos, atribuindo à execução provisória maior eficácia, permitindo ao exequente auferir de imediato o direito reconhecido e declarado no julgado, porém, sob caução, salvo em se tratando de crédito de natureza alimentar, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade. O legislador verificou que o direito tradicional encontra-se totalmente superado e despido de eficácia prática. Conforme consta na exposição de motivos do Anteprojeto da Lei n. 10.444/2002, na Alemanha e em Portugal a alienação de bens, na execução provisória, é possível após a prestação de caução (ZPO, § 720 e Art. 47.3, respectivamente). No direito italiano, a execução provisória atua *ope legis*

(Art. 282), podendo levar à expropriação independente de caução.

O crédito trabalhista, de natureza alimentar, pode ser amparado integralmente pela medida acautelatória, independentemente de caução, pois na maioria das vezes o trabalhador afastado do trabalho fica longos períodos de tempo desempregado, em estado de necessidade. E, não só o desempregado. Também insere-se no conceito de “necessitado” o trabalhador que, embora trabalhando, recebe baixo salário, insuficiente para satisfazer as suas necessidades vitais e de sua família.

Em se tratando de execução para pagamento de soma em dinheiro, segundo Marinoni (2000), se fosse necessário que a tutela antecipatória se submetesse em todos os casos à regra do inciso II do Art. 588 do CPC, o pagamento de soma de dinheiro não passaria de mera aceleração da atividade executiva, porque serviria apenas para assegurar o juízo e dar segurança ao credor. O pagamento de soma em dinheiro não objetiva tais fins, mas sim evitar que o direito que depende da realização imediata do direito de crédito seja irreparavelmente lesado. É imperioso, pois, que a antecipação de pagamento de soma de dinheiro não se submeta à regra citada, que escraviza a execução provisória da sentença. Prossegue dizendo que o pagamento de soma de dinheiro, em regra, não visa à garantia do juízo, mas sim à saúde e à própria sobrevivência, caso a urgência decorra de necessidade imperiosa de aquisição de medicamentos, tratamento médico, alimentos etc. Nesses casos, o credor não pode ser obrigado a prestar caução ou ver seu direito de crédito transformado em direito à penhora, porque isso representa o mesmo que prestar a tutela pela metade (MARINONI, 1996).

10 O Dever de Fundamentar as Decisões que Antecipam os Efeitos da Tutela

A decisão que antecipa os efeitos da tutela deverá ser fundamentada de modo claro e preciso, sendo essa uma condição de validade do provimento judicial, e uma exigência extraída do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. A fundamentação da decisão é, sem dúvida, uma garantia de justiça, e objetiva, em última análise, assegurar a dignidade do poder judiciário. A fundamentação revela o caminho que o juiz percorreu para chegar à conclusão. Se errou em algum ponto do percurso, os fundamentos irão indicar em que altura do caminho o magistrado se desorientou, facilitando a correção. Isto não significa que a fundamentação da decisão deva ser estritamente silogística; é suficiente que não falem argumentos lógicos, e que o magistrado não se afaste dos deveres impostos pelo ordenamento jurídico vigente.

A decisão é fácil de ser compreendida quando o juiz desenvolve um raciocínio lógico, conduzindo os fatos em direção à justiça, orientando-se mais por princípios do que pela lei expressa. Nessa caminhada, deverá observar as questões relevantes que preponderantemente envolvam o conflito, o que exige a participação dialética do fato, valor e norma (REALE, 1990). Nas controvérsias sobre fatos, a argumentação é livre, mas o juiz deverá observar as presunções legais. Os indícios e as

presunções não podem ser ignorados, embora nem sempre conduzam a uma certeza absoluta; mas, nos tempos atuais, a certeza absoluta não é exigida na solução dos litígios. Quando o juiz utiliza argumentos claros e bem redigidos, é possível conhecer as operações mentais que realizou a caminho do dispositivo ou da conclusão. Os argumentos são a melhor e mais preciosa garantia das partes, e protegem o juiz contra qualquer falso raciocínio ou qualquer pressão que possa influenciá-lo. Os motivos permitem apreciar os valores que foram considerados em maior ou menor grau pelo juiz para concluir num ou noutro sentido. Além de sensata, equitativa, socialmente útil, a decisão deve buscar a adesão das partes e da opinião pública (PERELMAN, 2002). A solução aceitável induz à paz social e sua tarefa não é apenas jurídica, mas também política, pois harmoniza a ordem jurídica legislativa com a idéia de justo e equitativo. Segundo Rigaux (2000), toda decisão de justiça deve ser motivada, e essa é uma exigência do Estado democrático. O juiz deve respeito a essa exigência, que se traduz como uma das pedras angulares do controle de legalidade. A solução justa do conflito não é simplesmente, como afirmara o positivismo, o fato da decisão estar conforme a lei, pois a aplicação do direito não é simples processo lógico dedutivo, mas uma adaptação constante dos dispositivos legais aos valores sociais em conflito.

11 Tutela Antecipada e Medidas Cautelares

O Art. 273, § 6º do CPC, autoriza o juiz a conceder medida cautelar incidental se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, desde que presentes os pressupostos exigidos. As medidas antecipatória e cautelar não se confundem, e não é provisoriedade o traço distintivo entre uma e outra. A tutela cautelar não pode satisfazer, ainda que provisoriamente, o direito acautelado, sob pena de se converter em tutela de cognição sumária, não podendo dar de imediato ao autor o resultado prático que ele procura obter com a tutela final. A tutela cautelar é provisória e não pode satisfazer o interesse do autor que busca uma resposta imediata à satisfação do direito material. Mas se o direito foi violado, a tutela sumária poderá repará-lo imediatamente ou apenas assegurar a efetividade de sua reparação? Aí reside a diferença entre tutela antecipatória e tutela cautelar. As tutelas antecipatórias ou reintegratórias antecipadas, como, por exemplo, a que pretende a demolição de obra, não se destinam a assegurar a viabilidade de reparação do direito já violado. Em caso de inadimplemento de obrigação contratual, a tutela antecipada garante ao autor o resultado do adimplemento, ao contrário da cautelar, que apenas assegura que tal resultado seja obtido. A tutela que realiza o direito material afirmado pelo autor, ainda que com base em cognição sumária, não pode ser definida como cautelar. Embora tenha caráter provisório, não é dotada de instrumentalidade, não é um instrumento que se destina a assegurar a utilidade da tutela final, pois realiza o próprio direito material afirmado pela parte (MARINONI, 1996).

Ao admitir expressamente a possibilidade de adoção da fungibilidade do procedimento, a nova redação do § 6º do Art. 273 do CPC prestigia os princípios da economia processual, simplicidade e celeridade, na medida em que dispensa a parte de requerer, em novo processo, medida cautelar adequada ao caso. Diante da previsão contida no Art. 273 do CPC, que permite a antecipação dos efeitos da tutela de mérito em todo o tipo de procedimento, as medidas cautelares incidentais podem ser recebidas como pedido de antecipação dos efeitos da tutela, em substituição às tradicionais medidas cautelares, que perderam utilidade prática. A antecipação dos efeitos da tutela é um instrumento útil e adequado à realização plena e imediata dos direitos lesados ou ameaçados de lesão, e assim, as cautelares previstas no Código caíram em completo desuso, porque substituídas por outro meio de prevenção e reparação de direitos lesados, mais célere e eficaz.

12 Conclusão

A antecipação dos efeitos da tutela de mérito é o mais importante instrumento de realização de direitos, já concebido em toda história do direito processual. Atualmente, a certeza jurídica da existência ou inexistência do direito afirmado em juízo, ou de fato constitutivo visando à criação, modificação ou extinção da relação jurídica, não poderá ser exigida. Na moderna sistemática processual, todos os direitos podem ser realizados plenamente, de imediato, não havendo necessidade de aguardar a declaração de sua existência. O Art. 273 do CPC autoriza a antecipação da tutela de mérito em todos os tipos de procedimento e não apenas no procedimento condenatório, não exigindo, em nenhum momento, a certeza absoluta de existência do direito alegado pela parte. Mas, os juízes ainda têm grande receio em manejar esse instrumento legal de proteção, principalmente quando o provimento é ou parece ser irreversível. O medo de errar compromete a efetividade do processo e contribui para manter privilégios, perpetua a opressão e a injustiça, colocando em descrédito o processo judicial e o próprio judiciário. É preciso abandonar o hábito comodista de apego puro e simples à letra da lei, pois a visão positivista do direito não mais se adapta aos tempos modernos. Os operadores do direito não podem se instalar no hábito porque o hábito entorpece a curiosidade e elimina a crítica. As transformações sociais vivenciadas nas últimas décadas exigem mudanças de mentalidade, principalmente, dos juízes. É nos tribunais que o direito adquire vida e sentido, se realiza, se dinamiza e é capaz de suprir todo tipo de carência social. É também nos tribunais que ele pode se tornar inoperante ou tirânico e, sob o manto de aparente legalidade, permitir o domínio do poder econômico, manipulações, violações aos direitos humanos, o crescimento da violência e da miséria. O juiz constrói o direito em cada caso submetido à sua apreciação e, por meio de interpretações dinâmicas, criativas e ações destemidas, pode imprimir transformações no ambiente social desigual. Se o judiciário permanecer inerte e alheio às mudanças, se seus membros não questionarem o direito posto e/ou imposto, se pacificamente aceitarem as interferências políticas dos demais poderes do Estado, se ignorarem o avanço de forças ocultas que querem

eliminar, precarizar e flexibilizar o direito, se tiverem receio de aplicar os instrumentos legais que garantem justiça, fatalmente perderão parcelas de poder, ficarão desacreditados, e serão substituídos, porque estarão contribuindo para o dano social. A autorização conferida aos juízes para anteciparem os efeitos da tutela de mérito é uma forma superior de pacificação social, mais humana, justa e solidária, na medida em que permite a realização imediata de direitos lesados, numa época em que o ser humano encontra-se destituído de garantias, sem esperanças e sem forças para agir e reagir. A antecipação dos efeitos da tutela de mérito realiza os ideais de acesso à ordem jurídica justa, assegura a reparação do direito lesado dentro de um curto espaço de tempo. Realiza, de imediato, os direitos fundamentais do homem social, resgata seus valores mais significativos, reduzindo os óbices de acesso às tutelas jurídica e jurisdicional.

Referências

- BELLINETTI, L. F. Tutela jurisdicional satisfativa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 98-103, jan./mar. 1996.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 1973.
- CÂMARA, A. F. *Lições de direito processual civil*. 5 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.
- DINAMARCO, C. R. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2001. v. 2.
- DOWER, N. G. B. *Curso de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Nelpa, 1999. v. 1.
- MARINONI, L. G. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- _____. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- MOREIRA, J.C.B. *O novo processo civil brasileiro*. 21.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos: Assembléia Geral da ONU, 10 de dezembro de 1948*. Bauru: Edipro, 1993.
- PAULA, J. L. M. *Teoria geral do processo: jurisdição, ação, defesa, processo*. 2. ed. São Paulo: Editora de Direito, 2001.
- PERELMAN, C. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- REALE, M. *Noções preliminares de direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- RIGAUX, F. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RUSSOMANO, M. V. *Comentários à CLT*. 13. ed. São Paulo: Forense, 1990. v. 1.

