

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

DIEGO FERNANDES ESTEVEZ

**INSTRUMENTALIDADE E EFETIVIDADE DO PROCESSO:
RESSISTEMATIZAÇÃO DAS TUTELAS ANTECIPADAS**

Porto Alegre
2008.

DIEGO FERNANDES ESTEVEZ

**INSTRUMENTALIDADE E EFETIVIDADE DO PROCESSO:
RESSISTEMATIZAÇÃO DAS TUTELAS ANTECIPADAS**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre em Direito
pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade
de Direito da Pontifícia Universidade Católica do
Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner

Porto Alegre

2008

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E79i Estevez, Diego Fernandes
Instrumentalidade e efetividade do processo:
ressistemização das tutelas antecipadas. / Diego
Fernandes Estevez. – Porto Alegre, 2008.
116 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de
Direito, PUCRS.
Orientação: Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner.

1. Direito Processual Civil. 2. Tutela Antecipada.
3. Tutela Cautelar. 4. Litisregulação. 5. Tutela Urgente
Satisfativa Autônoma. 6. Responsabilidade Objetiva.
I. Tesheiner, José Maria Rosa. II. Título.

CDD 341.46

Ficha elaborada pela bibliotecária Cíntia Borges Greff CRB 10/1437

DIEGO FERNANDES ESTEVEZ

**INSTRUMENTALIDADE E EFETIVIDADE DO PROCESSO:
RESSISTEMATIZAÇÃO DAS TUTELAS ANTECIPADAS**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre em Direito
pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade
de Direito da Pontifícia Universidade Católica do
Rio Grande do Sul.

Aprovado em: ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Orientador: José Maria Rosa Tesheiner

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Félix e Vera, por acreditarem em mim desde os primeiros passos de minha vida.

Aos meus irmãos, André e Rafael, brilhantes advogados, pessoas que sempre me acompanharam e ajudaram.

A todos os familiares que sempre estiveram ao meu lado a cada realização.

Aos meus colegas de escritório que com o seu apoio, ajuda e compreensão, tornaram possível a realização deste trabalho.

Aos componentes de minha banca, os brilhantes professores Daniel Francisco Mitidiero e Sérgio Gilberto Porto pelas críticas sinceras que muito contribuíram para este texto.

Ao meu orientador, José Maria Rosa Tesheiner, não apenas pela orientação segura, mas também pelos incontáveis ensinamentos que me proporcionou.

RESUMO

O presente estudo concentra-se numa análise das disposições do CPC no que tange à antecipação de tutela e à tutela cautelar, com vistas a uma ressystematização *de lege ferenda*, buscando, assim, propiciar maior instrumentalidade ao processo, tornado-o mais efetivo. Atualmente, nosso código de processo trata das medidas antecipadas e cautelares em dispositivos dispersos. Neste trabalho, sugere-se a concentração de todos os dispositivos no livro III, originalmente destinado apenas às tutelas cautelares. Pretende-se ainda demonstrar a necessidade de uma maior aproximação procedimental das tutelas cautelares e antecipadas. São abordadas propostas de reformas legislativas que buscam oferecer significativas mudanças aos institutos. Ainda, são apresentadas questões relativas à antecipação de tutela e ao sistema recursal.

Palavras-Chave: Tutela Antecipada. Tutela Cautelar. Litisregulação. Instrumentalidade. Efetividade. Estabilização. Tutela Urgente Satisfativa Autônoma. Sentença. Recurso. Responsabilidade Objetiva.

ABSTRACT

The present study concentrates on an analysis of the dispositions of the Code of the Civil Process related to the anticipation of injunction and to precautionary injunction, towards a resystematization *de lege ferenda*, trying to propitiate a larger instrumentality to the process, turning it more effective. Nowadays, our code of process covers the anticipated measures and injunctions in dispersed points. In this work it is suggested to concentrate all aspects in book III, originally destined specifically to precautionary injunctions. It is still intended to demonstrate the need of proximity to processes for anticipated and precautionary injunctions. Legislative reforms are proposed to offer significant changes to the institutes. Still, some points related to anticipation of injunction and to the appealing system are seen.

Key-Words: Anticipated Injunction. Precautionary Injunction. Litisregulation. Instrumentality. Effectiveness. Stabilization. Urgent Satisfied Permanent Injunction. Sentence. Appeal. Objective Responsibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 TEMPO, PROCESSO E TUTELA JURISDICIONAL	15
2.1 O PROCESSO COMO INSTRUMENTO PARA A ENTREGA DA TUTELA JURISDICIONAL	22
2.2 O PROCEDIMENTO ORDINÁRIO.....	24
2.3 O PROCEDIMENTO CAUTELAR.....	27
2.4 DIFERENÇAS ENTRE OS PROCEDIMENTOS ORDINÁRIO E CAUTELAR.....	29
2.5 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E A TUTELA CAUTELAR.....	31
2.5.1 Hipóteses de Antecipação.....	35
2.5.2 Prova Inequívoca (Verossimilhança do Direito)	37
2.5.3 Urgência (perigo na demora).....	39
2.5.4. Abuso do Direito de Defesa.....	41
2.5.5 Sentença Parcial de Mérito (Parte Incontroversa)	43
2.5.6 Eficácias Antecipáveis.....	47
2.5.7 Efetivação	51
2.5.8 Sincretismo Processual - Fungibilidade das Tutelas	53
3 PROPOSTA DE REFORMULAÇÃO LEGISLATIVA	59
3.1 LITISREGULAÇÃO.....	62
3.2. A UNIFICAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS CAUTELAR E ANTECIPATÓRIO ...	65
3.3 A TRANSFORMAÇÃO DO PROCESSO CAUTELAR EM PROCESSO ANTECEDENTE OU ACESSÓRIO	68
3.4 TUTELA URGENTE SATISFATIVA AUTÔNOMA.....	69
3.4.1 Responsabilidade Objetiva	72
3.4.2 Requerimento Da Parte	74
3.4.3 Irreversibilidade	75
3.5 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA.....	78
4 SENTENÇA, ACÓRDÃO E O CUMPRIMENTO IMEDIATO DA MEDIDA	83
4.1 A EXECUÇÃO IMEDIATA DAS DECISÕES SEM EFEITO SUSPENSIVO	83
4.2 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E SENTENÇA.....	85
4.3 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM SENTENÇA	91
4.4 DECISÕES DE CUMPRIMENTO IMEDIATO E O RISCO DE DANO AO JURISDICIONADO	92
4.5 A MEDIDA CAUTELAR.....	94
4.6 SENTENÇA E RISCO DE DANO IRREPARÁVEL.....	100
4.7 ACÓRDÃO E RISCO DE DANO IRREPARÁVEL.....	104
5 CONCLUSÕES	107
REFERÊNCIAS	110

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a estudar idéias de ressystematização das tutelas antecipadas em nosso sistema processual, a fim de tornar mais claras as regras pertinentes ao instituto e, por conseqüência, tornar o processo mais efetivo. A opção do trabalho é por uma visão reflexiva, visto que busca identificar problemas e oferecer soluções *de lege ferenda*.

O marco inicial do estudo é o Código de 1973, o qual será também referido como o código de Buzaid, contrapondo-se ao código reformado, embora, formalmente, seja o mesmo. Marinoni e Mitidiero são precisos ao afirmar que com o advento das Leis 8.952/1994, 10.444/2002 e 11.232/2005 temos dois Códigos, o de Buzaid e o Reformado.¹

O CPC de 1973 preconizava uma divisão estanque entre os processos de conhecimento, execução e cautelar. O processo de conhecimento não autorizava nenhum traço de execução, enquanto a execução não autorizava conhecer. O processo cautelar seria um *tertium genus* que comportaria ao mesmo tempo as funções de conhecimento e execução, com o elemento específico de prevenção.² Tal divisão já não mais persiste. O processo atual é sincrético, ou seja, autoriza a parte, em uma mesma relação jurídico-processual, conhecer, executar e acautelar. A antecipação de tutela no bojo do processo de conhecimento autorizou atos executivos antes da sentença. O parágrafo 7º do art. 273 do CPC autorizou o deferimento de medida cautelar sem a necessidade de ação autônoma. A sentença condenatória é executada nos próprios autos da ação de conhecimento pelo simples pedido de cumprimento da sentença, não exigindo nova ação autônoma, pela nova redação do art. 475 do CPC.

O código também foi modificado no que tange ao sistema recursal. O código de Buzaid previa a apelação como recurso cabível de sentença que extinguisse o

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 93.

² Exposição de motivos do Código de Processo Civil, ponto 11.

processo e agravo para resolver questão incidente.³ Pela redação dada ao art. 475 – M, parágrafo 3º do CPC, a decisão que resolver a impugnação é recorrível por agravo de instrumento, salvo quando importar em extinção da execução, caso em que caberá apelação.

A classificação das eficácias sentençiais do CPC de 1973, seguindo a tradição italiana, era trinária, não admitindo, portanto, ao menos expressamente, as eficácias executiva *lato sensu* e mandamental. Tais eficácias, atualmente, são plenamente admitidas, conforme melhor será demonstrado em capítulo específico.

Os exemplos dados demonstram que o código hoje vigente em muito se distanciou daquele de Buzaid, seja em razão de mudanças estruturais, seja por reformas pontuais.

A investigação aqui feita, por sua vez, se aprofundará mais sobre a doutrina após o código de 1973. Ou seja, a doutrina clássica sobre a matéria, dentre os quais, Tesheiner, Ovídio, Teori, Marinoni, Athos, bem como os clássicos italianos, que por todos, se lembrará de Calamandrei, autores esses que já desvendaram com maestria o caminho traçado. Neste estudo a proposta será outra, a de identificar problemas no sistema posto, mirando o futuro, já não o passado. Por outro lado, claro que a evolução do Código de Buzaid e os principais elementos da antecipação de tutela serão abordados.

O fato é que o mundo sofreu muitas modificações. Dentre outros fatores, a fortificação do acesso à justiça, a massificação das relações obrigacionais e a evolução da informática, desencadearam um sensível aumento no número de demandas ajuizadas. Apenas para se ter uma idéia desse crescimento, em 1973, ano de sua edição, embora tenha passado a vigorar apenas no ano seguinte, foram distribuídos 7.854 processos junto ao STF, enquanto que em 2007 foram 112.938.⁴

³ Exposição de motivos do Código de Processo Civil, ponto 33.

⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: 22 nov. 2008.

Portanto, as reformas não são apenas positivas, mas fundamentais ao processo moderno. É dever do legislador positivo oferecer instrumentos para que a jurisdição seja prestada observando os princípios constitucionais da celeridade, efetividade e razoável duração do processo.

Entretanto, muitas vezes as reformas acarretam problemas de sistematização. Trata-se de uma tarefa árdua a redação de um texto legal, sem dubiedade ou lacuna, ainda mais quando trata-se de uma reforma de um código. A dúvida entre reformar o CPC de 1939 ou criar um novo assaltou Buzaid quando da criação do atual CPC, tendo assim se manifestado:

Ao iniciarmos os estudos depararam-se-nos duas sugestões: rever o Código vigente ou elaborar Código novo. A primeira tinha a vantagem de não interromper a continuidade legislativa. O plano de trabalho, bem que compreendendo a quase-totalidade dos preceitos legais, cingir-se-ia a manter tudo quanto estava conforme com os enunciados da ciência, emendando o que fosse necessário, preenchendo lacunas e suprimindo o supérfluo, que retarda o andamento dos feitos.

Mas a pouco e pouco nos convencemos de que era mais difícil corrigir o Código velho que escrever um novo. A emenda ao Código atual requereria um concerto de opiniões, precisamente nos pontos em que a fidelidade aos princípios não tolera transigências. E quando a dissensão é insuperável, a tendência é de resolvê-la mediante concessões, que não raro sacrificam a verdade científica a meras razões de oportunidade. O grande mal das reformas parciais é transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções. Dessas várias reformas tem experiência o país; mas, como observou Lopes da Costa, umas foram para melhor, mas em outras, a emenda saiu pior que o soneto.

Depois de demorada reflexão, verificamos que o problema era muito mais amplo, grave e profundo, atingindo a substância das instituições, a disposição ordenada das matérias e a íntima correlação entre a função do processo civil e a estrutura orgânica do Poder Judiciário. Justamente por isso a nossa tarefa não se limitou à mera revisão. Impunha-se refazer o Código em suas linhas fundamentais, dando-lhe novo plano de acordo com as conquistas modernas e as experiências dos povos cultos. Nossa preocupação foi de realizar um trabalho unitário, assim no plano dos princípios, como no de suas aplicações práticas.⁵

Passados mais de trinta anos da edição do Código de Buzaid, não seria descabido falar em um novo código, que redistribuísse as matérias. Tal hipótese, por

⁵ Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, ponto 1.

outro lado, enfrentaria problemas diversos a começar pela demora, sem olvidar as questões que envolvem a política legislativa. Assim, a melhor solução, no atual estágio, é a manutenção das reformas.

Como já referido, o que se pretende no presente estudo é uma ressystematização das medidas que antecipam a tutela, além de oferecer algumas sugestões com base em projetos de lei. As palavras de José Miguel Garcia Medina vêm de encontro ao espírito proposto neste trabalho: "Concretizar nossa principal aspiração, qual seja, a de contribuir para com a simplificação do processo, que sendo instrumento para a realização do direito material, não pode e não deve ser complicado."⁶

Os dispositivos que cuidam da antecipação de tutela satisfativa e da tutela cautelar geram sérios problemas de interpretação. Embora o intérprete tenha formas de suprir lacunas, a falta de uma orientação clara é prejudicial à jurisdição, pois gera dificuldade de atuação dos operadores do direito. Os advogados postulam de forma equivocada, os juízes julgam de forma desuniforme. Tal situação contribui para a proliferação desenfreada dos recursos, ao mesmo tempo em que gera uma desconfiança do jurisdicionado no sistema. Ressalte-se, a lei é a principal fonte de nosso direito e a clareza em sua redação somente contribui com a instrumentalidade do processo e a efetividade da jurisdição.

Resta claro que as reformas, por si só, não bastarão para resolver as dificuldades da jurisdição, até porque outros problemas há. Os entraves surgem desde os bancos escolares, passam pela falta de atualização dos profissionais por meio de cursos de extensão e pós-graduação, esbarram em problemas financeiros enfrentados por um país pobre, que se refletem em deficiente estrutura física e humana dos tribunais.

Outra razão do abarrotamento dos foros é atribuída ao número de advogados, ou da falta de cultura em buscar soluções não litigiosas. A verdade é que um Judiciário abarrotado reflete o grau de justiça de um país. Trata-se de mero equilíbrio

⁶ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Parte Geral e Processo de Conhecimento 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 07.

natural das coisas. Não se está aqui a defender as lides temerárias ou as postulações desqualificadas, pelo contrário. Apenas se busca deixar claro que tantas ações serão ajuizadas quantos forem os números de ilegalidades praticados por empresas ou pelo Poder público. É fenômeno natural e inafastável.

A busca pela evolução da jurisdição deve ser constante e de ação conjunta. Compete aos órgãos do executivo a implementação de políticas educacionais. Cabe às instituições o incentivo à atualização profissional, sejam de advogados, juízes, promotores, procuradores, enfim, de todos aqueles que no processo atuam. É necessária a racionalização dos gastos na administração dos tribunais. Academicamente, buscamos cumprir a nossa parte, oferecendo análise e proposta de reformas como por ora se faz.

O trabalho divide-se em três capítulos principais, que são divididos em sub-capítulos. Ao fim são apresentadas pontualmente as conclusões. A idéia central é a reunião dos dispositivos que tratam das tutelas cautelares antecipatórias satisfativas no livro III do CPC, que atualmente trata das tutelas cautelares. Assim, devem ser deslocados os dispositivos previstos nos artigos 273 e 461. Busca-se, ainda, uma maior aproximação procedimental de tais tutelas.

O primeiro capítulo buscará, inicialmente, um panorama geral sobre a jurisdição e o processo como instrumento para a entrega da tutela jurisdicional. Prosseguirá como uma demonstração da evolução do CPC de Buzaid, com ênfase ao processo ordinário, cautelar e as medidas de antecipação de tutela.

No capítulo seguinte, o estudo abordará propostas de reforma legislativa, com a finalidade de aumentar a instrumentalidade do processo no que tange especificamente as medidas de antecipação de tutela e cautelares.

Por fim, serão abordadas questões relativas à antecipação de tutela e o sistema recursal, oferecendo, igualmente, sugestões de reformas do código.

5. CONCLUSÕES

É dever do Estado oferecer a tutela jurisdicional de forma efetiva, célere e em tempo razoável.

O processo é o instrumento para a prestação da tutela jurisdicional.

É dever do Estado proteger a prestação *in natura* e não oferecer apenas o ressarcimento pelo equivalente.

Liminar é o provimento judicial proferido no início do processo, não se confundindo com antecipação de tutela satisfativa ou tutela cautelar.

A antecipação de tutela poderá ser satisfativa ou cautelar.

A antecipação de tutela satisfativa observa requisitos mais rígidos que a antecipação de tutela cautelar para a sua concessão.

São antecipáveis as cinco eficácias sentenciárias, quais sejam, declaratória, constitutiva, condenatória, executiva e mandamental.

Antecipa-se a tutela e não apenas os seus efeitos.

A antecipação de tutela poderá ser deferida em razão da urgência, abuso de defesa e evidência.

A antecipação de tutela de parte incontroversa, trata-se, em verdade, de julgamento antecipado da lide e é apta a produzir coisa julgada material e comporta execução definitiva.

O recurso cabível da sentença parcial de mérito é o agravo de instrumento.

A fungibilidade das tutelas de urgência autoriza irrestritamente tanto o requerimento de medida cautelar no bojo do processo de conhecimento como o de medida satisfativa em processo cautelar antecedente.

Litisregulação é o termo que melhor define uma tutela antecipada, seja ela cautelar ou satisfativa.

Deve haver reforma legal a fim de que os procedimentos cautelar e antecipatórios de tutela sejam expressamente unificados.

O processo cautelar deverá ser designado apenas de processo antecedente ou acessório.

O processo antecedente deverá comportar tanto a tutela satisfativa como a cautelar, o mesmo ocorrendo com o processo ordinário.

O sistema atual não admite a “tutela urgente satisfativa autônoma”.

As tutelas irreversíveis devem ser evitadas, porém, são admissíveis em nosso sistema jurídico.

A responsabilidade objetiva pelos danos causados pro aquele que usufrui de tutela antecipada acarreta um desequilíbrio processual em favor do réu.

Deve ser responsabilizado subjetivamente aquele que obteve tutela antecipada por meio de atos caracterizados como má—fé processual.

A adoção da “tutela urgente satisfativa autônoma” em nosso sistema jurídico viria a contribuir com a instrumentalidade e efetividade do processo, mostrando-se, portanto, positiva.

Para a adoção da “tutela urgente satisfativa autônoma” em nosso sistema deverão ser excluídas a responsabilidade objetiva daquele que usufrui a tutela antecipada e a necessidade do prosseguimento do processo até o final.

A estabilização da tutela antecipada simplifica o processo, mostrando-se em sintonia com as propostas de otimização do processo, sendo recomendável sua adoção.

A estabilização da tutela antecipada não suprime o contraditório, torna-o eventual.

A antecipação de tutela deferida em sentença é apta a irradiar efeitos de forma imediata.

A decisão que revoga a antecipação de tutela em sentença não gera efeitos imediatos.

É recomendável que haja mudança legislativa para que seja recebida no efeito meramente devolutivo a apelação da sentença que decida sobre a antecipação de tutela, não apenas a que a confirme.

O presidente do Tribunal é competente para conhecer de medida urgente antes da interposição do recurso especial ou extraordinário.

Após o juízo de admissibilidade feito pelo Tribunal de origem, compete ao STF ou STJ, dentro de suas competências, conhecer de medida urgente, por via de Medida Cautelar.

Excepcionalmente o STJ, diferentemente do STF, admite a análise de Medida Cautelar antes do juízo de admissibilidade pela presidência do Tribunal de origem.

O mérito da ação não se confunde com o risco de dano ao jurisdicionado. É facultado ao juiz julgar procedente uma ação e suspender a sua execução, como também pode julgar improcedente a ação e manter em favor do autor alguma decisão antecipada que o proteja de eventual dano; da decisão que decide sobre a antecipação de tutela em sentença, é cabível agravo de instrumento, sem prejuízo do apelo a ser interposto sobre o mérito da ação.