

NOVOS TIPOS DE TUTELA NO MODERNO DIREITO PROCESSUAL

MARCOS AFONSO BORGES

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Características da Jurisdição. 3. Tutelas Jurisdicionais Clássicas. 4. Novas tutelas de conhecimento. 4.1. Tutela antecipada. 4.2. Tutela Específica. 4.3. Tutela de conhecimento sumária. 4.4. Tutela de conhecimento ordinário. 4.5. Tutela de urgência. 4.6. Tutela conforme o estado do processo. 5. Conclusões.

1. Nos dias atuais, constitui uma das grandes preocupações dos juristas e legisladores o franquear acesso rápido à justiça para todos os integrantes da sociedade, mediante a utilização de meios alternativos de solução de conflitos, e de processos e procedimentos mais rápidos, para se conseguir a prestação jurisdicional do Estado, a Jurisdição.

2. Esta atuação estatal possui as seguintes características: a) constitui uma função pública decorrente da soberania do Estado; b) em assim sendo, conseqüentemente, ela é exercida de forma exclusiva; c) tem por escopo a atuação do Direito Objetivo, a realização da norma e, por isso, pressupõe a lei; d) é uma atividade desinteressada, pois ao Estado-Jurisdição importa, somente, a efetivação do direito, dando razão a quem efetivamente a tem, restaurando, destarte, a tranqüilidade da sociedade; e) por último, a jurisdição é inerte, estática; a máquina judiciária somente se movimenta, a não ser em raríssimos casos, previstos expressamente em lei, mediante o ato de provocação denominado de ação.

3. Como função provocada que é, a jurisdição se manifesta por meio de três formas; a) decisão, caracterizando a tutela jurisdicional de conhecimento; b) execução, consubstanciada na tutela jurisdicional de execução, e c) a cautela, consumada na tutela jurisdicional cautelar.

Ela adquire a forma de decisão, quando a parte ou o interessado pleiteia a solução de um conflito ou a sanção judicial para que o direito não litigioso produza efeito, por meio de sentença. No entanto, para que o Poder Judiciário possa decidir, torna-se necessário e imprescindível conhecer a amplitude do que está sendo postulado, permitindo-se não somente às partes como também aos interessados a apresentação dos seus argumentos. Sem esse material não tem o Judiciário condições de julgar. Desta forma, antes de decidir, via sentença, precisa o julgador conhecer, e esse conhecimento se caracteriza pelo fornecimento, pelas partes ou interessados, dos fatos, os quais servirão de base para que o Judiciário aplique o direito.

Pode ocorrer, e normalmente é o que se verifica, que após a decisão, o vencido na demanda não cumpre a ordem emanada da sentença, embora haja utilizado todos os meios recursais regulados pela lei processual para modificar o ato decisório. Se tal ocorrer, uma vez que não é dado ao vencedor o direito de obrigar pessoalmente a parte contrária ao cumprimento da sentença, torna-se necessário que novamente o vencedor solicite ao Poder Judiciário medidas para o restabelecimento integral de seu direito. Nesta hipótese, a parte vencedora não deseja do órgão uma sentença, porque já a tem. O que ele quer é o cumprimento da decisão. Para tanto, pleiteia uma forma de jurisdição, a chamada tutela jurisdicional de execução, que se caracteriza pela prática de atos, por meio dos quais o vencido, coercitivamente se necessário, é obrigado a cumprir a ordem judicial, consubstanciada na decisão, na sentença, ou em documento a que a lei dá força executiva.

A terceira forma é a cautelar, tutela jurisdicional de cautela. Pode acontecer que o direito da parte é de tal ordem, que, se ela ingressar em juízo a fim de obter uma decisão, por via de tutela jurisdicional de conhecimento ou de execução quando o Poder Judiciário der a prestação jurisdicional, ela chegará tardiamente, e desta forma o direito da parte torna-se irremediavelmente perdido. Em face desta possibilidade é que surge esta terceira forma. Neste caso, o que o sujeito ativo pede é uma decisão e execução rápidas e provisórias, afim de garantir a eficácia da prestação jurisdicional a ser manifestada em processo principal.

Destarte estas três formas nós a denominamos de tutelas jurisdicionais clássicas.

4. No nosso sentir, deixando de lado o estudo das origens e tendo por suporte a legislação processual brasileira, que desde a ano de 1993 vem sofrendo uma série de modificações, podemos asseverar que são as seguintes as tutelas de conhecimento, ou tutelas conseguidas por meio de processo de conhecimento.

Tutela antecipada (art. 273, §§) (1), tutela específica (art. 461, §§), tutela de conhecimento sumária (art. 319 e segs.), tutela de conhecimento ordinária (art. 274), tutela de urgência e tutela conforme o estado do processo (art. 330 e incisos).

4.1. A primeira está assim disciplinada:

“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 e:

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 concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

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

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

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

De leitura da norma acima transcrita defluiu-se, salvo melhor juízo: a) a decisão antecipada é de mérito e provisória, já que poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo; b) não pode ser concedida de ofício; c) a antecipação poderá ser concedida, se pedida pelo autor, no caso do inciso I, “initio litis” e “inaudita altera parte”, ou após citação do réu, com ou sem apresentação da defesa; d) na hipótese do inciso II, somente após a citação e da resposta, pois só após a sua formulação é que poderá ficar caracterizado o abuso do direito de defesa; e) prova inequívoca quer dizer concludente, e esta será a documental, ou pré-constituída, não se admitindo incidente probatório para a concessão da antecipação, decorrendo disso, salvo melhor juízo, não se justificar a antecipação se o processo encontrar-se em fase de instrução em audiência; f) verossimilhança que incide sobre as alegações do autor, significando que devem tais alegações estar revestidas de uma grande probabilidade de serem verdadeiras, uma probabilidade superior ao “fumus boni iuris” da cautelar; g) o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação vem a constituir-se em um justificado receio, tirado dos elementos probatórios existentes nos autos, por parte do dirigente do processo; h) perigo de irreversibilidade, quer dizer impossibilidade da volta das coisas ao estado anterior

à concessão da tutela, situação que deve ser analisada “cum grano sales”, e de forma objetiva, i) a execução da tutela antecipada, que é provisória obedece ao disposto nas incisos II e III do artigo 588 do Código de Processo Civil, sendo, portanto dispensável a prestação de caução (inciso I) j) uma vez que foi mantido o recurso de agravo, contra os atos decisórios interlocutórios, pela sistemática do diploma processual a revogação ou modificação somente será possível mediante provocação da parte, via de remédio específico.

4.2. A segunda inserta no artigo 461 e §§ do diploma instrumental está assim disciplinada.

“Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providência que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

§1º — A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º — A indenização por perdas e danos dar-se-a sem prejuízo da multa (art. 287).

§3º — Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º — O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º — Para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial.

Tendo por suporte o que ficou transcrita acima verificasse que; a) a tutela específica pode ser utilizada nas ações de conhecimento e é provisória; b) não pode ser decretada de ofício; c) é possível a sua concessão mediante pedido do sujeito ativo, ‘initio litis’ e ‘inaudita altera parte’, desde que a prova seja documental ou pré-constituída, em sendo necessário justificação prévia esta somente se realizará após a citação do sujeito passivo; d) o juiz poderá impor multa diária independentemente de pedido do autor, sendo relevante o funda-

mento da demanda e havendo justo receio de ineficácia do provimento final; e) para obter o cumprimento específico da obrigação, pode o juiz, de ofício, ou mediante provocação, determinar as medidas cautelares nominadas e inominadas que entender necessárias; f) as perdas e danos e a multa, pelo retardo do cumprimento da obrigação, são cumuláveis; g) aqui também, como na tutela antecipada, e pelos mesmos motivos, a revogação ou modificação da tutela concedida inicialmente, somente é possível mediante provocação da parte, via de remédio específico, o recurso de agravo; h) a execução aqui, também é provisória.

4.3. A terceira espécie de tutela é a sumária, e pode ocorrer quando o réu citado, não contesta a ação, hipótese em que ele é considerado revel e em consequência reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor (art. 319 do CPC).

Em isso se dando, e não sendo o caso de: pluralidade de réus, e se for o caso nenhum deles contestar o pedido; de o litígio versar sobre direitos indisponíveis, e da necessidade da juntada com a inicial de documento público, que a lei considere indispensável à prova do ato (incisos I, II e III do art. 320 do CPC), o juiz conhecerá diretamente do pedido proferindo sentença (art. 330, inciso II do CPC), se o autor com a inicial já provou os fatos constitutivos do pedido (prova documental ou pré-constituída) e ele o juiz, em face do princípio da persuasão racional acerca da prova, entender que já tem elementos suficientes nos autos para o julgamento de fundo.

Neste caso o ato decisório é de mérito, final e definitivo, propiciando, em sendo necessário, a execução definitiva da sentença, havendo transito em julgado.

4.4. A quarta espécie é aquela em que se obtém a tutela somente após a citação do réu, e o esgotamento da fase instrutória, em audiência ou não, com o propiciamento de uma prova ampla (art. 331 e §§ do CPC).

Como no caso anterior aqui também o ato decisório é de mérito final e definitivo, executável definitivamente.

4.5. A quinta traz como característica principal a sua natureza satisfativa, ou seja, concedida a tutela embora provisoriamente, ao ser cumprida torna se definitiva, uma vez que não haverá possibilidade de retorno ao estado anterior. Ela na maioria das vezes é concedida, liminarmente e sem a audiência da parte contrária, para evitar o risco da ocorrência de dano irreparável de um direito. Na hipótese é utilizado o procedimento do processo cautelar (*fumus boni iuris*, *periculum in mora*); e a execução é definitiva.

4.6. A sexta, consiste na concessão da tutela, mediante o conhecimento, por parte do juiz, diretamente do pedido, quando, a questão de mérito for

unicamente de direito, ou sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência (art. 330, inciso P do CPC). Tal proceder somente é possível após a citação e a apresentação da defesa por parte do sujeito passivo. Aqui a decisão é final e não provisória, e também a execução, em sendo é definitiva.

5. Sem embargo do ensinamento da doutrina principalmente no que diz respeito à tutela antecipada e sua concessão de forma pródiga por parte dos magistrados liminarmente e sem a audiência da parte contrária, a prática está a nos demonstrar que está havendo abuso em seus deferimentos, que têm causado aos sujeitos passivos danos irreparáveis.

Quer parecer-nos, e repetimos, a experiência está a nos demonstrar, que já há necessidade de se limitar estes deferimentos, possibilitando-se a concessão, “in limine litis” e “inaudita altera parte”, somente nos casos de urgência, devidamente demonstrados com prova documental ou pré-constituída, pois os princípios do contraditório e da isonomia são, no direito brasileiro, garantias de ordem constitucional.

Creemos que o interesse das partes e da sociedade de uma solução rápida do conflito, se pode conseguir sem a violação das garantias constitucionais acima enumeradas, com a utilização da tutela conforme o estado do processo e com o cumprimento, por parte do Ministério Público e dos Magistrados dos prazos processuais, uma vez que os referidos lapsos de tempo para os advogados são preclusivos.