

A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM GRAU RECURSAL COMO FORMA DE MELHOR ACESSO À JUSTIÇA

Recebimento do artigo: 30/09/2006

Aprovado em: 10/10/2006

Cláudio Roberto Freddi Beraldo

Orientador: Antonio Cláudio da Costa Machado

Sumário

1 A Efetividade do Direito Material pelo Processo Civil Brasileiro. 2 A antecipação da tutela em grau recursal como solução possível de maior efetividade processual e efetivo acesso à justiça.

Resumo

Análise do acesso à justiça sob o enfoque processual de antecipação dos efeitos da tutela em grau recursal. A efetividade do direito material pelo processo. Exame da efetividade processual pelo instituto da antecipação dos efeitos da tutela.

Palavras-chave

Antecipação de tutela. Acesso à justiça.

Abstract

Analysis of access to justice with a procedural focus on the effects of appealing tutelage. The effectiveness of substantive law through legal action. Examination of the institute's legal effectiveness in anticipating the effects of tutelage.

Key words

Appealing tutelage. Access to justice.

1 A efetividade do direito material pelo processo civil brasileiro

O legislador vem buscando atender ao pleito de maior acesso à justiça e maior efetividade do processo; com isso, nos últimos tempos, surgiram inúmeras reformas processuais, visando dar solução à morosidade do Poder Judiciário para alcançar maior eficiência.

No âmbito do *Direito Processual*, a questão da efetividade adquire um novo matiz. Não se trata de saber se as normas de Direito Processual se atualizam no mundo fático, mas se tal concreção, contribui ou não, para a efetividade das normas e aspirações consagradas nos chamados ramos do direito substantivo. Sendo o Direito Processual caracterizado por seu aspecto instrumental, a “efetividade do processo” há de ser compreendida não como um fim em si, mas, como um postulado necessário para viabilizar a efetivação dos demais ramos jurídicos.

Do ponto de vista do direito substantivo, o processo é o próprio meio de efetivação. Assim, para atingir o objetivo que se acha por trás do clamor da sua efetividade – o de direito material –, eventualmente, será necessário, até mesmo, preconizar a revogação de certas disposições processuais e relativizar determinados princípios tradicionalmente caros ao direito.

Nessa seara, Marcia Brandão Zollinger¹ entende que:

O direito processual civil vem passando por uma mudança paradigmática rumo à proteção efetiva dos direitos materiais, especialmente dos fundamentais, por meio do processo. A compreensão formalista do processo, como um fim em si mesmo, abstrato e autônomo em relação ao direito material, vai sendo abandonada em prol de uma compreensão instrumental daquele, que encontra sua razão de existir justamente na promoção da concretização, na realidade fática, do desejo das normas de direito material.

O princípio da efetividade para o processo civil assume uma conotação diferenciada que deve ser compreendida em consonância com o princípio da instrumentalidade. Não são as normas processuais, por si mesmas, que pretendem realizar-se no mundo dos fatos. Não é o procedimento, previsto abstratamente na lei, que deve ser garantido e concretizado a qualquer custo, de forma inflexível e formalista. Ao contrário. É necessário indagar, antes, se as normas processuais viabilizam a concretização efetiva dos diferentes direitos materiais, tomando em conta as diferentes posições sociais dos litigantes em

¹ **Proteção processual dos direitos fundamentais.** Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 13.

consonância, ainda, com os valores jusfundamentais. Pois é este o objetivo do processo: realizar o direito material.

Em síntese: mais importante do que a efetividade do processo é a efetividade (do direito material) pelo processo!

Ainda sobre o assunto, Cândido Rangel Dinamarco², em lição balizadora, já alertava:

aqui está a síntese de tudo. É preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de “alterar o mundo”, ou seja, de conduzir as pessoas à “ordem jurídica justa”. A maior aproximação do processo ao direito, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem, com o instrumental e as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço da sua técnica.

Nesse mesmo sentido, adverte Antônio Cláudio da Costa Machado³, “... não só a rapidez é sinônimo de efetividade, mas também a garantia de que o credor poderá gozar, por meio do resultado do processo, exatamente o bem de vida que a ordem jurídica material lhe atribui.”

Se assim não fosse, haveríamos de indagar, então, de que adiantaria o processo? Certamente nada.

Neste norte, muito tem sido questionado pelos doutrinadores atuais, acerca de um antigo e conhecido problema, ou seja, a necessidade cada vez maior de que o Poder Judiciário dê uma resposta eficaz àqueles que reclamam seus direitos.

Talvez, como parte de uma solução, fosse aplicando, com maior assiduidade, o “instituto da antecipação dos efeitos da tutela”, quer seja pelos de primeiro grau, quer seja em grau recursal, pois já passou a hora de deixarmos de atender a pleitos antecipatórios em grau recursal ao mero argumento de que, sobre eventual efeito suspensivo atribuído ao recurso aviado, não houve qualquer insurgência da parte recorrente, nem tampouco darmos as costumeiras desculpas de insuficiência de juízes, tribunais abarrotados de processos, funcionários mal treinados, falta de recursos e tantas outras que incansavelmente temos ouvido.

Se continuarmos a lastimar, logo teremos que “fechar as portas do judiciário”, deixando os jurisdicionados desamparados, o que aliás, é muito comum ouvir dos operadores do direito pelos Tribunais à fora deste País.

Ademais, a tendência, é que cada vez mais haja crescimento da população e com isso, o respectivo aumento das lides a serem solucionadas, trazendo preocupação cada vez maior, com a efetividade processual.

² **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 297.

³ Direito e processo. Processo e efetividade. **Revista do Mestrado em Direito do UNIFIEO**, Osasco, ano 1, n. 1, 2001, p. 66.

2 A antecipação da tutela em grau recursal como solução possível de maior efetividade processual e efetivo acesso à justiça

O *novel* instituto da tutela antecipada, realmente, veio em prestígio do princípio da *efetiva entrega da prestação jurisdicional*, de modo a tornar o processo apto a alcançar seus objetivos e melhor servir à sociedade sem que, com isso, ofenda direitos fundamentais sobretudo o do *due process of law*. Com este escopo, o legislador positivou, principalmente, através do artigo 273 do CPC, o referido princípio, oportunizando ao Judiciário sua aplicação, observados, logicamente, seus elementos essenciais.

Todavia, observando que ele transcende, quanto aos seus efeitos, às fases iniciais e finais de um processo em primeira instância, para alcançar situações além da sentença, *não restringe, a regra, sua aplicação somente naquelas instâncias*, o que seria um contra-senso jurídico, principalmente em um processo em que todas as suas fases de cognição já foram praticadas, esmiuçadas, investigadas e sentenciadas.

Melhor cenário de análise, sem qualquer sombra de dúvidas, resulta às instâncias superiores para a certificação dos seus elementos essenciais, à vista dos princípios *das provas inequívocas e verossimilhança das alegações* do direito que se pleiteia, garantindo, provisoriamente, um direito autenticado em juízo *primevo*, até que ocorra o trânsito definitivo da decisão.

Porém, antes de continuarmos, é imperioso que se faça crítica e indagação do porquê não se utilizar, com mais frequência, de institutos já consagrados no ordenamento processual vigente, que poderiam “perfeitamente” agilizar o alcance da tal *efetividade processual* sem necessidade de inúmeras alterações na legislação processual civil pátria, como vêm ocorrendo, e que muitas vezes se contrapõem umas as outras, trazendo instabilidade aos resultados práticos acerca dos *seus objetivos processuais*.

Embora se reconheça que no começo da vigência da Lei n. 8.952 de 13.12.1994 houve maior resistência dos julgadores em aplicar de imediato o instituto antecipatório, passados mais de 10 (dez) anos, esta mesma resistência vem sendo diminuída, principalmente, pelo julgadores de primeiro grau, quiçá pelos julgadores de segundo grau, hoje aplicando com maior assiduidade o referido instituto, mas não ainda num nível que possamos dizer satisfatório.

Ainda há relutância na concessão da antecipação dos efeitos da tutela em grau recursal, o que, *data vênia*, muito obstrui a almejada efetividade, principalmente, àqueles que se socorrem do judiciário para ver seus direitos atendidos e conseqüentemente, alcançarem a eficácia de uma sentença reconhecida, sem que se espere seu trânsito em julgado.

Daí talvez, devessem os julgadores, principalmente os de segundo grau, atentarem-se para a possibilidade de conceder pleitos antecipatórios com maior frequência do que temos visto, pois como mencionado, é incabível que um recurso de apelação (como no

caso do Tribunal de Justiça de São Paulo) leve mais de 05 (cinco) anos para ser distribuído e julgado sem que a parte possa desfrutar dos *efeitos* de uma sentença de procedência.

A bem da verdade, antecipar os efeitos da tutela

...representam indubitável e concretamente a perspectiva de efetividade para o processo de rito comum. Em primeiro lugar, pela eliminação do fator tempo como obstáculo à realização de justiça. Em segundo, pela extensão da tutela jurisdicional rápida a todos os direitos, o que também significa a acessibilidade conferida a quaisquer supostos titulares de direito à via antecipatória, tudo isso sem prejuízo da ampla atividade de provar que é assegurada pelo procedimento cognitivo comum.⁴

Talvez, por causa disso, o Tribunal de Justiça de São Paulo vem proferindo um volume maior de decisões, antecipando os efeitos da tutela recursal (efeito ativo – principalmente em recursos de agravo de instrumento) em detrimento à lentidão processual.

E não se entende o porquê da inaplicabilidade do instituto na fase de apelação. Uma das hipóteses, talvez, seja o receio em tornar o Tribunal de Justiça dos Estados mais abarrotados de processos, atrasando mais e mais o já tardio julgamento dos recursos de apelação recebidos com efeito suspensivo (art. 520, do CPC).

Quicá, seja mesmo este o motivo de tal relutância, ainda que custe maior sacrifício ao jurisdicionado. Como exemplo, poderíamos citar aquele cidadão que, tendo o seu direito reconhecido por sentença (no caso hipotético de uma ação possessória de reintegração de posse oriunda de imóvel adquirido por contrato quitado), julgada procedente, teria que esperar por mais de 05 (cinco) anos (no caso do Tribunal de Justiça de São Paulo), sem que pudesse desfrutar da propriedade, simplesmente porque a parte sucumbente recorreria da decisão para ver o processo protelado, sob o manto da suspensividade, restando apenas para a vencedora aguardar que seja reapreciada a sentença, e neste ínterim, pagando condomínio, impostos, etc. E pior, para somente depois, tentar se ressarcir de eventuais prejuízos em anos de discussão judicial.

Nesses casos, ao nosso ver, seria imperioso, deferir-se medidas antecipatórias dos efeitos da sentença em grau recursal em caráter incidental, evitando chicanas processuais, tão comuns no sistema processual brasileiro, rechaçando dessa forma, verdadeiro instrumento de malícia da parte sucumbente com a interposição de recurso de apelação com efeito suspensivo, principalmente sabendo que nunca alcançará qualquer direito sobre o imóvel, levando à conclusão lógica, de que sua pretensão recursal apenas lhe conferiria a garantia de continuar gozando do efeito suspensivo recursal até o trânsito em julgado da sentença, e pior, sem nenhuma razão de direito,

⁴ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Direito e processo. Processo e efetividade. **Revista de Mestrado em Direito**, Osasco, ano 3, n.3, 2003, p. 66.

218 senão com o fim de *ardis capciosos* ou o positivado em norma de: '*abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório*' (art. 273, II, CPC).

Por isso, defendemos o pedido incidental de antecipação dos efeitos da tutela em sede de recurso, como aliás, alguns julgadores têm entendido plenamente possível, e que, diga-se de passagem, nada tem a ver com os efeitos no qual é recebido o recurso de apelação (art. 520, CPC – *devolutivo e suspensivo*), mas sim, pedido simples de antecipação dos efeitos da tutela interposto originariamente no Tribunal de Justiça competente, principalmente, por já ter-se esgotado as vias ordinárias, esperando apenas o julgamento em superior instância.

William Santos Ferreira⁵, analisando a possibilidade de apreciação de pedido de tutela antecipada em sede de apelação, face aos efeitos em que o recurso é recebido, preleciona que:

Por fim, não se pode olvidar que, para as hipóteses de tutela antecipada em sede de apelação, a apreciação pelo relator não ficará restrita aos casos em que não há efeito suspensivo.

Isto porque:

- a) se a sentença foi de procedência, mas a apelação tem o efeito suspensivo, será o apelado (autor da ação) quem requererá a tutela antecipada;
- b) se a sentença foi de improcedência, será o apelante (autor) quem a requererá, independentemente de recurso ter ou não efeito suspensivo, já que tal efeito não tem qualquer influência para obstar eventual perigo de dano (art. 273, I, CPC).

Sérgio Shimura⁶ em artigo recente, ao tratar *Os efeitos dos recursos – Influência e garantia dos direitos fundamentais*, bem retrata a importância de instrumentos processuais adequados e ágeis a proporcionar a efetividade da prestação jurisdicional, ao aduzir que, *verbis*:

O direito ao processo, como canal de expressão da cidadania, insere-se no rol dos direitos fundamentais. Sua implementação depende de instrumentos processuais adequados, econômicos e ágeis, tudo a proporcionar a efetividade da prestação jurisdicional em prazo razoável. E um dos mecanismos reside na questão recursal e nos seus efeitos.

⁵ **Tutela antecipada no âmbito recursal.** São Paulo: RT, 2000, p. 267.

⁶ **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 4, n. 4, 2004.

Nesse contexto, é que defendemos a possibilidade e a importância do *pedido de antecipação de tutela recursal em caráter incidental* em processo sentenciado favoravelmente ou não ao autor, desde que, logicamente, estejam presentes os requisitos ensejadores da pretensão antecipatória (*verossimilhança das alegações* e principalmente o *periculum in mora*).

Coadunando com o entendimento acima esposado, Luiz Guilherme Marinoni⁷, aduz que:

É preciso dizer, ainda, que é possível o requerimento de tutela antecipatória no Tribunal deveras, é importante lembrar que o fundado receio de dano pode surgir em segundo grau de jurisdição e assim, abrir oportunidade para a tutela antecipatória no Tribunal.

Recentemente, o extinto Tribunal de Alçada Mineiro, hoje Tribunal de Justiça de Minas Gerais, analisando situação semelhante, aplicou o instituto da tutela antecipada, para não se ver um inútil instrumento de entrega jurisdicional, gerando a seguinte ementa:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE E INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS - CESSÃO DE DIREITOS DECORRENTES DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - POSSIBILIDADE - PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM SEDE RECURSAL - ADMISSIBILIDADE, DESDE QUE PREENCHIDOS OS SEUS PRESSUPOSTOS.

O cedente de direitos oriundos de compromisso de compra e venda só transmite ao cessionário o direito que tem: o de posse enquanto quite das prestações; e o de obter a escritura definitiva quando paga a última prestação, conforme a escritura.

Não se exige, para a validade e subsistência de tal contrato, o prévio registro do compromisso de compra e venda no competente cartório de registro de imóveis.

Em princípio, desde que verificados os pressupostos do art. 273 do CPC, é possível a concessão de tutela antecipada em grau recursal, sendo tal conclusão extraída da exegese do sobredito artigo e amparada pela mais atual doutrina sobre o tema.⁸

No corpo do acórdão mineiro, rico em conteúdo, se fez transcrever lições de outros doutrinadores, quanto à aplicação deste instituto, valendo conhecê-los, a seguir:

⁷ **A antecipação da tutela.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 190.

⁸ TAMG, Apel. Cív. 413.919-7, 4a. Câmara Cível, Rel. Des. Domingos Coelho, j. 03.12.2003, v.u.

Afinal, resta analisar o pedido de antecipação de tutela feito nas contra-razões recursais, no sentido de que sejam os recorridos reintegrados de imediato na posse do imóvel em cotejo, afastando-se o efeito suspensivo de que goza o presente remédio recursal.

A doutrina, como um todo considerado, ainda é vacilante sobre a possibilidade de concessão de tutela antecipada em sede recursal, vez que inexistente disposição expressa autorizando-a neste caso.

Lado outro, também não há na norma insculpida no art. 273 do codex processual qualquer vedação à sua concessão em segundo grau de jurisdição, seja a partir de uma interpretação literal, seja através de interpretação finalística ou teleológica.

*Consoante leciona Cândido Rangel Dinamarco, “a lei não especificou o modo de conceder a antecipação de tutela, com o que deixa um leque indefinido de possibilidade à disposição do juiz segundo as peculiaridades do caso (apud FRIEDE, Reis. **Aspectos fundamentais das medidas liminares em mandado de segurança, ação cautelar, tutela específica, tutela antecipada.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 514).”*

O entendimento doutrinário mais avançado sobre o tema, com efeito, perfilha a tese de que, uma vez previstos os seus pressupostos, pode a tutela antecipada ser concedida pelo Tribunal, até como meio de se dar concretude ao princípio da efetividade do processo.

Nesta senda, importa trazer à baila os seguintes escólios:

*A AT também pode ser requerida e deferida estando o processo em grau de recurso, sendo então o pedido (mais freqüentemente pela incidência do art. 273, II) formulado ao relator. A urgência pode inclusive caracterizar-se, em nível recursal, pela previsível demora decorrente do acúmulo de processos, ou resultar da necessidade de remessa dos autos - máxime nos tribunais superiores - para parecer do Ministério Público. (CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela no processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 67)*

A antecipação da tutela só tem sentido prático nas hipóteses em que comportar antecipação do ato de execução. Nos demais casos, será inócua e, por isso mesmo, desnecessária. E sendo desnecessária, é incabível (princípio da necessidade). Mas, isso remete à outra indagação: será legítima a antecipação (e, portanto, a execução antecipada) dos efeitos da futura sentença, nas hipóteses em que a própria sentença, porque sujeita a recurso

com efeito suspensivo ou a reexame necessário, não tem executividade imediata?

A resposta é certamente positiva e decorre do próprio sistema agora instalado no direito processual. O legislador, ao construir a solução normativa para dirimir as tensões entre o direito à efetividade do processo e o direito à segurança jurídica, criou mecanismos de prevalência do primeiro. Ora, essa opção do legislador deverá ser considerada, daqui por diante, como princípio de interpretação das demais normas do sistema processual. Ou seja, as normas processuais deverão ser interpretadas e aplicadas em conformidade com o referido princípio, de modo a que se obtenha, do ponto de vista sistemático, resultados convergentes e direcionados a alcançar o valor jurídico privilegiado (ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 79) (grifei)

Ou seja: a antecipação da tutela, uma vez atendidos os pressupostos elencados no sobredito art. 273 do digesto processual, não só é possível na seara recursal como é até corolário do princípio da efetividade do processo, que busca assegurar a este um resultado útil.

Ainda no específico caso dos autos, em que a tutela antecipada recursal foi requerida em contra-razões, a meu ver, pode ela ser concedida em determinadas situações, de molde a se mitigar o efeito suspensivo de que goza o recurso de apelação.

Neste diapasão, também pode-se colher da doutrina:

*Proferida a sentença, em tese não haveria mais interesse processual na obtenção da medida antecipatória da tutela de mérito, porque apreciada definitivamente a pretensão. Pode ser, entretanto, que o autor tenha sentença a seu favor, mas haja necessidade de obter a execução dos efeitos da mesma sentença. Neste caso é possível requerer a própria tutela concedida na sentença, ou seus efeitos, com força de verdadeira execução provisória (CPC 587 e 588). Se já foi interposto o recurso, recebido no efeito suspensivo, a competência para a concessão da tutela será sempre do tribunal, pois a matéria impugnada restou devolvida ao conhecimento do tribunal, saindo da esfera de competência do juiz. Incide, por extensão, o CPC 800 par. ún., na redação dada pela Lei n. 8952/94. A tutela antecipada, portanto, pode ser concedida em grau de recurso (In: NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 7 de julho de 2003**, Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 650)*

(...) merece análise a possibilidade ou não de requerimento de tutela antecipatória no tribunal. Ao primeiro exame poderia

parecer incabível a tutela antecipatória na fase recursal, principalmente quando já tivesse sido proferida sentença, quando o recurso contra ela é o de apelação, recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo. Entretanto, a tutela pode ser antecipada, mesmo depois de interposto o recurso, seja de que natureza for.

É o caso, v.g., do recurso de apelação interposto pela parte vencida com manifesto propósito protelatório e abuso do direito de defesa, circunstância que autoriza a concessão da chamada tutela antecipatória pura, independentemente da urgência ou perigo na demora (art. 273, II, do CPC). Ocorrendo isto, pode o apelado pleitear a antecipação dos efeitos da sentença, iniciando uma espécie de execução provisória, que é o escopo da tutela antecipada. Seria, por assim dizer, obter-se o processamento da apelação no efeito meramente devolutivo por outras vias. O sistema permite ao vencedor da demanda, portanto, executar a sentença provisoriamente, ainda que o vencido interponha apelação recebida no duplo efeito.

A competência, *in casu*, para conceder a tutela antecipatória, cabe ao relator. Nos tribunais superiores, notadamente no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o relator também tem função de juiz preparador podendo, portanto, conceder medidas antecipatórias, *ad referendum* do juízo colegiado. (ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante**. 2. ed. São Paulo: Método, 2002, p. 155)

Ora, a tutela que se pretende antecipar refere-se a pedido que se mostra incontroverso nos autos, já que o próprio apelante reconhece o direito dos apelados de obter a rescisão do contrato e a reintegração de posse do bem. Mesmo em grau de apelação, é esta a sua manifestação, que ademais repete em linhas gerais o contido na peça contestatória:

Portanto, tem todo o direito os recdos à rescisão do contrato e reintegração de posse se o quiserem, porém, foram os causadores do não cumprimento e devem indenizar o réu e não pedir-lhe indenização como o faz.

Percebe-se, já daí, que com relação ao pedido de reintegração de posse e rescisão do contrato não há controvérsia nos autos. Significa dizer que tem inteira aplicação o disposto no novo § 6º do art. 273 do CPC, com redação dada pela Lei n. 10.444, de 07.05.2002, que assim dispõe:

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

É justamente a hipótese em enfoque: o pedido de reintegração de posse - bem como o de rescisão do contrato, que lhe é umbilicalmente vinculado - é incontroverso, não havendo então qualquer razão lógica ou jurídica para que se aguarde até o trânsito em julgado desta decisão para que se possa reintegrar os apelados na posse de seu imóvel.

Aliás, este é um perfeito exemplo de aplicação do princípio da efetividade, uma vez que ao admitir-se o contrário seria exigir o demorado fim de um processo, ainda sujeito a recursos aos Tribunais Superiores, para se poder obter uma tutela que já é líquida e certa, pelas próprias manifestações das partes nos autos.

Frise-se, de qualquer forma, e com o escopo de espancar qualquer dúvida sobre o tema, que os pressupostos do caput e do inciso I do art. 273 também se encontram presentes no caso, o que já autorizaria a antecipação pleiteada.⁹

Primorosa e até mais evoluída é a decisão registrada em ‘acórdão’ proferido pelo extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil Paulista, em “*Pedido de Tutela Antecipada*” n. 807955-1/2 (voto 7388, julgado de 04.08.2004, votação unânime), originária da Quinta Câmara, tendo como relator o magistrado Luiz de Carvalho, cuja ementa passo a transcrevê-la, *litteris*:

COMPRA E VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO –
AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – MORA
COMPROVADA – PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE
TUTELA FEITO PELO CREDOR, PARA QUE O BEM
RETORNE IMEDIATAMENTE ÀS SUAS MÃOS –
CABIMENTO – PEDIDO ACOLHIDO.

É cabível ao autor de ação de busca e apreensão de bem objeto de compra e venda com reserva de domínio a antecipação de tutela em sede recursal, desde que preenchidos os requisitos legais e especialmente que a mora esteja devidamente comprovada.

Destaca-se do voto do eminente relator paulista, o fato de que o pedido de tutela antecipada poderia se dar antes mesmo que o recurso de apelação tivesse sua distribuição, certamente por conhecer o tempo em que medeia entre a subida do recurso de apelação e sua distribuição e apreciação, atualmente em prováveis cinco (05) anos ou mais.

⁹ TAMG, Apel. Civ. 413.919-7, 4a. Câmara Cível., v.u., Rel. Domingos Coelho, j. 03.12.2003.

Vale transcrever os fundamentos acolhidos para a decisão pelo colegiado da lavra do relator que traz, ainda, em seu bojo, doutrina de João Batista Lopes, verifica-se:

Merece prosperar o pedido.

Em primeiro lugar, cumpre tecer algumas considerações a respeito da possibilidade do pedido de antecipação dos efeitos da tutela feita em segundo grau.

Segundo o escólio de João Batista Lopes, in *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, Saraiva, 2001, 'A tutela antecipada, no sistema do processo civil brasileiro, tem natureza de incidente processual resolvido por decisão interlocutória. Em geral, a decisão concessiva da tutela é proferida *in limine litis*, vale dizer, reveste-se da natureza liminar (do latim *limen, inis* = a soleira da porta, a parte inicial da casa). Entretanto, não estabelecendo a lei limite temporal para o deferimento da medida, pode o autor pleiteá-la a qualquer tempo, em primeira ou segunda instância e até mesma na ação rescisória, (...).

Após citar exemplos de doutrinadores que entendem pelo descabimento da antecipação da tutela a qualquer tempo, como Calmon de Passos (no sentido de a impossibilidade de antecipação antes do esgotamento da instrução) e Carreira Alvim (que entende pela possibilidade de concessão a qualquer tempo, mas sempre antes da sentença), o ilustre professor assevera que

Em segundo grau, há de se ter cautela quanto à concessão, de forma tal que, se se permitir ao relator do recurso antecipação, é também de se conceder a possibilidade de recurso, seja no caso de deferimento, seja de indeferimento, para o colegiado. Em verdade, razão alguma existe para se estabelecer limite temporal à concessão da tutela antecipada. O adjetivo antecipada não significa que a tutela deva ser concedida liminarmente. Indica, sim, que a providência está sendo concedida antes do momento normal, em razão da urgência. Esse entendimento está em perfeita harmonia com as tendências atuais do processo civil, que privilegiam a efetividade e a presteza da jurisdição. Não se pode descurar, ao propósito, da função publicística e do caráter social do processo, que ficam comprometidos com a morosidade da justiça. Ademais, em rigor técnico, não existe um momento próprio para a antecipação da tutela, seja na hipótese do inciso I, seja na do inciso II do art. 273.¹⁰

Como vimos, qualquer uso de direito recursal que alcance a suspensividade dos efeitos decisórios, apesar de não contrariar a lei procedimental (art. 520, CPC), atende

¹⁰ *Op. cit.*, p. 75-76.

somente, na maioria das vezes, a um propósito para o sucumbente: o de *'manifesto propósito protelatório do réu'* (art. 273, II, CPC), e como consequência disso, a sujeição da parte vencedora a um *'dano irreparável ou de difícil reparação'* (art. 273, I, CPC), de natureza financeira e material e mesmo legal, à vista do direito exposto pelos seus vários ordenamentos indicados no preâmbulo deste artigo.

Outro fato a se destacar seria que, após o julgamento de primeira instância, seria muito mais fácil observarem-se os requisitos do *caput* do artigo 273, plenamente identificados pela própria instrução do feito, que teria esgotado com eficiência o campo de provas para as partes litigantes.

Cândido Rangel Dinamarco, expondo passagem da *'história do direito'* dando a idéia de que o tempo não pára e o direito, apesar de evoluir, ainda assim preserva suas essências, que dirá, para o momento atual, menciona que:

É muito antiga a preocupação pela presteza da tutela que o processo possa oferecer a quem tem razão. Os "interdicta" do direito romano clássico, medidas provisórias cuja concessão se apoiava no mero pressuposto de serem verdadeiras as alegações de quem as pedia, já eram meios de oferecer proteção ao provável titular de um direito lesado, em breve tempo e sem complicações de um procedimento regular. No direito moderno, a realidade dos pleitos judiciais e a angústia das longas esperas são fatores de desprestígio do Poder Judiciário (como se a culpa fosse só sua) e de sofrimento pessoal dos que necessitam da tutela jurisdicional.¹¹

Desse modo, por todo o exposto, esperamos que os instrumentos de direito, especialmente os processuais mencionados, venham a ser aplicados com maior assiduidade em sede recursal e possam fazer valer a prestação jurisdicional de forma efetiva e eficaz, relativizando os efeitos suspensivos do recurso de apelação aviados com intuito único de alcançarem a suspensividade dos efeitos da sentença, superando-se, assim, as anomalias estruturais que hoje envolvem o Poder Judiciário Nacional. Tal ocorre por desleixo, é claro, dos Poderes Executivo e Legislativo, além das dicotomias processuais que devem ser ultrapassadas pela própria evolução do direito e das exigências da sociedade, resultando dessa forma, em verdadeira contribuição à almejada busca da efetividade processual.

¹¹ A reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 1995, *apud* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, por Rodolfo de Mancuso Camargo, p. 170.

226 **Referências**

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 1995. In: CAMARGO, Rodolfo de. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: RT, 2000.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Direito e processo. Processo e efetividade. **Revista de Mestrado em Direito**, Osasco, ano 3, n. 3, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SHIMURA, Sérgio. Os efeitos dos recursos. Influência e garantia dos direitos fundamentais. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 4, n. 4, 2004.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. **Proteção processual dos direitos fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2006.