

TUTELA ANTECIPADA: CONCEITO, REQUISITOS E CARACTERÍSTICAS

Antônio Joaquim de Oliveira Couto Júnior

Mestrando em Direito Empresarial
Faculdade de Direito Milton Campos

1. Modificação legislativa. 2. Conceito. 3. Objeto. 4. Pressupostos sempre concorrentes. 4.1 Prova inequívoca. 4.2 Verosimilhança da alegação. 5. Pressupostos alternativos. 5.1 Casos de antecipação de tutela. 5.2 Periculum in mora. 5.3 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. 6. Legitimação. 6.1 Necessidade de requerimento da parte. 6.2 O sentido da expressão "o juiz poderá". 7. Momento ou oportunidade. 8. Extensão. 9. Reversibilidade. 10. Provisoriedade. 11. Exaurimento do processo. 12. Motivação. 13. Execução. 14. Natureza jurídica e recurso. 15. Diferença entre tutela antecipada e tutela cautelar. 16. Referências.

1. MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA

A Lei nº 8.953/94, reformulando o art. 273, inclusive com acréscimo de cinco parágrafos, introduziu no sistema processual brasileiro, a exemplo de outras legislações, mas com traços peculiares, a tutela antecipada dos efeitos da decisão de mérito (SANTOS, 1996, v. 1, p. 313-314).

O primitivo art. 273 do Código de Processo Civil brasileiro tinha a seguinte redação:

"Art. 273. O procedimento especial e o procedimento sumaríssimo regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário."

A atual redação é a seguinte:

"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 verosimilhança 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 da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

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

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

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

2. CONCEITO

O que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza é, nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento liminar que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio

Não se trata de simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da Justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou.

Com o novo expediente, o juiz, antes de completar a instrução e o debate da causa, antecipa uma decisão de mérito, dando provisório atendimento ao pedido, no todo ou em parte.

Diz-se, na espécie, que há antecipação de tutela porque o juiz se adianta para, antes do momento reservado ao normal julgamento do mérito, conceder à parte um provimento que, de ordinário, somente deveria ocorrer depois de exaurida a apreciação de toda a controvérsia e prolatada a sentença definitiva.

Mais do que um julgamento antecipado da lide, a medida autorizada pelo art. 273 do CPC vai ainda mais longe, entrando, antes da sentença de mérito, no plano da atividade executiva. Com efeito, o que a lei permite é, em caráter liminar, a execução de alguma prestação que haveria, normalmente, de ser realizada depois da sentença de mérito e já no campo da execução forçada. Realiza-se, então, uma provisória execução, total ou parcial, daquilo que se espera venha a ser o efeito de uma sentença ainda por proferir (THEODORO JR, v. II, p. 606-607).

Dá-se o nome de tutela antecipada ao adiantamento dos efeitos da decisão final, a ser proferida em processo de conhecimento, com a finalidade de evitar dano ao direito subjetivo da parte (NUNES, 1999, p. 165).

É o deferimento provisório do pedido inicial, no todo ou em parte, com força de execução, se necessário (FÜHRER, 1999, p. 18).

A tutela jurisdicional antecipada objetiva a outorga da própria tutela vindicada a ser concedida, futuramente, por intermédio de sentença (DIAS, 1999, p. 67-68).

3. OBJETO

Por meio da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, busca-se assegurar a efetividade da jurisdição naquela mesma demanda onde está formulado ou é possível formular aquele pedido de antecipação da tutela.

Por isso, para que se cogite de antecipação da tutela, é imprescindível que o objeto do respectivo pedido de antecipação, ou coincida exatamente, ou se ache contido no objeto próprio da mesma ação em que é formulado o pedido de antecipação da tutela. Se não houver essa coincidência, poderá ser cabível pedido de medida cautelar, através da competente ação cautelar, mas não pedido de tutela antecipada. Só é possível antecipar aquela mesma prestação jurisdicional (ou parte dela) que se pretende obter em definitivo mais adiante.

Constitui objeto da antecipação a própria tutela pedida pelo autor, seja ela total ou parcial. A técnica adotada pelo art. 273 visa conceder rapidamente àquele que veio ao processo pleitear determinada solução para uma situação fática descrita justamente aquilo que foi pedido.

Embora se trate de tutela provisória, é no entanto fundamental que a antecipação concedida se conforme ao pedido formulado, sob pena de ser considerada como extra ou ultra petita (DIAS, 1999, 71-72).

4. PRESSUPOSTOS SEMPRE CONCORRENTES

4.1 Prova inequívoca

Para qualquer hipótese de tutela antecipada, o art. 273, caput, do Código de Processo Civil, impõe a observância de dois pressupostos genéricos:

- a) "prova inequívoca"; e
- b) "verosimilhança da alegação".

Por se tratar de medida satisfativa tomada antes de completar-se o debate e instrução da causa, a lei a condiciona a certas precauções de ordem probatória. Mais do que a simples aparência de direito (*fumus boni iuris*) reclamada para as medidas cautelares, exige a lei que a antecipação de tutela esteja sempre fundada em "prova inequívoca".

A antecipação não é de ser prodigalizada à base de simples alegações ou suspeitas. Haverá de apoiar-se em prova preexistente, que, todavia, não precisa ser necessariamente documental. Terá, no entanto, que ser clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável.

É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo. Dir-se-á que, então, melhor seria decidir de vez a lide, encerrando-se a disputa por sentença definitiva. Mas não é bem assim. O julgamento definitivo do mérito não pode ser proferido senão a final, depois de exaurido todo o debate e toda a atividade instrutória. No momento, pode haver prova suficiente para a acolhida antecipada da pretensão do autor. Depois, porém, da resposta e contraprova do réu, o quadro de convencimento pode resultar alterado e o juiz terá de julgar a lide contra o autor (THEODORO JR, 1997, v. II, p. 611-612).

Por prova inequívoca, entende-se a prova suficiente para levar o juiz a acreditar que a parte é titular do direito material disputado. Trata-se de um juízo provisório. Basta que, no momento da análise do pedido de antecipação, todos os elementos convirjam no sentido de aparentar a probabilidade das alegações.

Pouco importa se, posteriormente, no julgamento final, após o contraditório, a convicção seja outra. Para a concessão da tutela antecipada, não se exige que da prova surja a certeza das alegações, contentando-se com a verosimilhança delas, isto é, a aparência da verdade (NUNES, 1999, p. 166-167).

É importante salientar que o art. 273 não exige exclusivamente prova documental, para demonstração do "fundado receio de dano irreparável". Disto decorre, no entanto, uma dificuldade exegética. O silêncio do legislador quanto à previsão de uma instrução liminar, para produção de outras provas que não a documental, oferecida com a petição inicial, terá de ser interpretada como vedação desta forma de dilação probatória? Ovídio A. Baptista da Silva crê que não. Ele considera que são aplicáveis, analogicamente, as regras que disciplinam a liminar no processo cautelar, pois, no que diz respeito à demonstração de periculum in mora, não há diferença significativa entre proteção cautelar e proteção antecipatória (SILVA, 3001, v. 1, p. 145).

A prova inequívoca é aquela que não admite erro, que conduz ao que é verdadeiro. Entretanto, muito embora a análise do que seja inequívoca seja buscada através de parâmetros valorativos, terá sempre forte dose de subjetivismo e dependerá sempre do maior ou menor grau de percepção de quem analisa a prova (OLIVEIRA, 1997, p. 58).

Prova inequívoca não é prova pré-constituída, mas a que permite, por si só ou em conexão necessária com outras também já existentes, pelo menos em juízo provisório, definir o fato, isto é, tê-lo por verdadeiro. Exemplos: a qualidade de funcionário público do autor, a prova contratual do negócio, a transcrição provando a propriedade, a lesão por auto de corpo de delito, o acidente informado por exame pericial etc (SANTOS, 1996, v. 1, p. 316).

Assim, o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta -, que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução - mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade (ZAVASCKI, 1997, p. 76).

4.2 Verosimilhança da alegação

Quanto à "verosimilhança da alegação", refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu (THEODORO JR, 1997, v. II, p. 612).

A verosimilhança guarda relação com a plausibilidade do direito invocado, com o *fumus boni iuris*. Entretanto, na antecipação da tutela, exatamente porque se antecipam os efeitos da decisão de mérito, exige-se mais do que a fumaça: exige-se a verosimilhança, a aparência do direito (NUNES, 1999, p. 167).

No processo cautelar, para a concessão da cautela, exige-se apenas o *fumus boni iuris*, isto é, a simples possibilidade de ser a pretensão satisfeita. Na antecipação, há de haver verosimilhança, isto é, juízo de convencimento da definição jurídica pleiteada, apenas que não definitivo. Por isso não se diz apenas verdadeiro (*vero*), mas *verossímil*. O conteúdo dos julgamentos antecipado e definitivo, no entanto, qualitativamente, é o mesmo (SANTOS, 1996, v. 1, loc. cit).

5. PRESSUPOSTOS ALTERNATIVOS

5.1 Casos de antecipação de tutela

Diante da natureza constitucional do princípio da segurança jurídica contido na garantia do contraditório e da ampla defesa (CR/88, art. 5º, inc. LV), a antecipação de tutela somente será admissível quando estiver em risco de frustrar-se a garantia maior da efetividade da jurisdição.

Daí ter o legislador ordinário, no art. 273 do CPC, procurado definir quando se considera em desprestígio o direito fundamental à justa e efetiva tutela

jurisdicional. E o fez apontando duas situações excepcionais em que não se poderia, razoavelmente, exigir da parte que aguardasse a longa marcha normal do procedimento. São elas:

a) quando estiver configurado "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação"; ou

b) quando estiver evidenciado o "abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu" (art. 273, incs. I e II).

No primeiro caso, a injustiça que se visa a coibir decorre da inutilização, pelo perigo da demora, da própria tutela jurisdicional. No segundo, a injustiça está na demora em coibir o flagrante atentado ao direito subjetivo da parte que tem razão, cometido por quem usa da resistência processual apenas por espírito de emulação ou abuso de defesa.

As duas situações têm configurações próprias e não são cumulativas. Qualquer delas é suficiente para justificar a antecipação de tutela, dentro da sistemática do art. 273 do CPC (THEODORO JR, 1997, v. II, p. 610).

5.2 Periculum in mora

Além dos pressupostos sempre concorrentes, o art. 273 do CPC condiciona o deferimento da tutela antecipada a dois outros requisitos, a serem observados de maneira alternativa. O primeiro deles é "o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação" (inc. I).

Receio fundado é o que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verosimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave.

Os simples inconvenientes da demora processual, aliás inevitáveis dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, só por si, justificar a antecipação de tutela. É indispensável a ocorrência do risco de dano anormal cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte (THEODORO JR, 1997, v. II, p. 610).

A conclusão de que as "antecipações" do art. 273 não são cautelares não deve invalidar-se com a referência feita no inc. I desse artigo ao pressuposto de que igualmente se vale a tutela cautelar, qual seja a existência de "fundado receio de dano irreparável". Certamente seria preferível que o legislador empregasse, aqui, a categoria conhecida como *periculum in mora*, muito mais adequada à idéia de antecipação e historicamente ligada às execuções provisórias, reservando a categoria indicada como "perigo de dano irreparável" para as cautelares.

O que, todavia, irá caracterizar a natureza do provimento será seu respectivo conteúdo. Se ele antecipar efeitos da sentença de procedência, em demanda satisfativa ante o "fundado receio de dano irreparável" -, o provimento terá naturalmente caráter também satisfativo, logo não-cautelar. Se, ao contrário, ante o mesmo "fundado receio de dano irreparável", protege-se o direito, sem satisfazê-lo, apenas assegurando sua futura satisfação (realização), então o provimento será cautelar.

Ao que tudo indica, porém, está na iminência de se inverter o emprego dos dois conceitos, teimando em conjugar o pressuposto do *periculum in mora* com as cautelares, para ligar o "receio de dano irreparável" às antecipações satisfativas, quando eles, para manterem-se fiéis às suas origens históricas e dogmáticas, deveriam inverter as respectivas posições, passando o *periculum in mora* a determinar execução urgente, reservando-se a alegação de "receio de dano irreparável" para a tutela cautela (SILVA, 2001, v. 1, p. 140).

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação que poderá dar ensejo à tutela antecipada não é aquele que reside em sede subjetiva da parte. O risco deve ser concreto, objetivamente demonstrado, não hipotético. Deverá ser atual vale dizer que se apresente de imediato no curso do processo. Deverá revestir-se de tal gravidade que poderá prejudicar a parte de forma irreversível. Disso resulta que ainda que haja risco revestido de gravidade, mas não seja iminente, não haverá razão para a antecipação da tutela (OLIVEIRA, 1997, p. 58).

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela.

É conseqüência lógica do princípio da necessidade (ZAVASCKI, 1997, p. 77).

5.3 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu

O inc. II do art. 273 autoriza a mesma antecipação dos efeitos da tutela pretendida pelo autor, quando fique caracterizado o "abuso do direito de defesa" ou "manifesto propósito protelatório do réu".

Na hipótese anterior (inc. I), o juiz, ante o "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação", concede a antecipação dos efeitos da tutela; aqui (inc. II), convencendo-se igualmente da verosimilhança do direito do autor, ante a prova de que o réu abusa do direito de defesa, ou comporta-se com

"manifesto propósito protelatório", poderá o juiz igualmente antecipar os efeitos da tutela pretendida pelo autor.

O que o legislador quis significar, quando outorgou ao juiz a faculdade de antecipar os efeitos da tutela, nos casos do inc. II do art. 273, não foi, de modo algum, a consideração de que essa antecipação teria caráter punitivo contra a litigância temerária. O que se dá, com a conduta do réu, nestes casos, é que o índice de verossimilhança do direito do autor eleva-se para um grau que o aproxima da certeza. Se o juiz já se inclinara por considerar verossímil o direito, agora, frente à conduta protelatória do réu, ou ante o exercício abusivo do direito de defesa, fortalece-se a conclusão de que o demandado realmente não dispõe de nenhuma contestação séria a opor ao direito do autor. Daí a legitimidade da antecipação da tutela.

Melhor teria sido que o legislador evitasse condicionar a concessão do provimento antecipatório, nas situações previstas pelo art. 273, inc. II, à ocorrência de "abuso do direito de defesa" ou de "manifesto propósito protelatório" do réu. Quem conhece a experiência judiciária brasileira e, principalmente, as raízes culturais que tornam extremamente tolerante a reação contra todas as formas de litigância temerária, não terá muito otimismo quanto à utilização da prerrogativa constante deste dispositivo. Ao contrário, talvez o aceno a esses pressupostos seja uma boa razão para não se conceder a antecipação da tutela, mesmo que a verossimilhança se tenha reforçado em razão da litigância temerária, preferindo o juiz de espírito mais conservador ou mais tímido negá-la, sob o fundamento de que não estaria caracterizado quer o abuso do direito de defesa quer o propósito protelatório, condutas estas, de difícil comprovação.

O legislador francês foi mais sábio, ao permitir a concessão de análogas medidas antecipatórias, sempre que o juiz não vislumbre a existência de alguma contestação séria a ser oposta ao direito invocado pelo autor (arts. 808 e 872 do Nouveau Code de Procédure Civile). É verdade que o Código francês, para concessão desses provimentos, exige, como o brasileiro, a demonstração da urgência em prover, para afastar o periculum in mora. Mas nada impediria que eles fossem empregados em nosso sistema, nos casos indicados pelo art. 273, inc. II, sempre que o juiz, ante a resposta do demandado, considere-a incapaz de abalar os fundamentos do direito invocado pelo autor, independentemente da alegação de periculum in mora. A recusa em prover, nestas hipóteses, antes de preservar a pretensa neutralidade do juiz, significará sempre a concessão ao demandado, cuja vitória é improvável, do benefício recusa do ao autor.

É evidente que o comportamento indesejável do réu, nas hipóteses indicadas pelo art. 273, inc. II, faz presumir que ele não disponha realmente de nenhuma "contestação séria", a opor ao autor. Neste caso, a antecipação será concedida porque a verossimilhança do direito do autor tornara-se ainda mais

consistente ante a conduta do réu, sem que o juiz esteja necessariamente obrigado a fundá-la nos pressupostos indicados por este dispositivo (SILVA, 2001, v. 1, p. 142-143).

Saber-se da existência de abuso do direito de defesa ou do intuito protelatório não será tarefa fácil, mormente em se sabendo que as leis processuais permitem a protelação através de infinidades de remédios processuais (OLIVEIRA, 1997, P. 59).

Sem necessidade de ocorrer *periculum in mora*, a antecipação pode ser concedida se ficar evidenciado abuso de defesa do réu ou intuito protelatório, o que é indicado em cada caso particular, podendo apenas afirmar-se que sempre haverá abuso quando o réu argüir defesa contra a evidência dos fatos e de sua conclusão ou requerer provas ou diligências reveladas como absurdas pelas circunstâncias do processo. Em reivindicação de imóvel, por exemplo, o réu, ao título legítimo de domínio (transcrição), opõe um recibo de compra, sem nenhuma formalidade. Depois de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, o Estado insiste em contestar o pedido de declaração negativa da dívida, caso em que possível será a antecipação do reconhecimento provisório da própria inexistência que impeça até a execução fiscal. No rol de testemunhas, sem nenhuma razão plausível, o réu arrola pessoas de difícil comparecimento, com o presidente da República, o governador do Estado etc.

Na antecipação fundada em abuso do direito de defesa ou intuito protelatório, a medida só se concede após a apresentação da defesa ou das medidas reconhecidamente protelatórias (SANTOS, v. 1, p. 317).

O autor instrui a inicial com documento comprobatório da propriedade do veículo, e o réu pretende infirmá-lo com prova testemunhal. No mesmo caso, o réu requer expedição de cartas rogatórias para diversos países, ficando evidenciado que só pretendia procrastinar o andamento do feito (NUNES, 1999, p. 317).

A inovação trazida pelo legislador com a inclusão de tais manobras do réu como ensejadoras do pedido de tutela antecipada objetivou evitar a utilização do aparelho judiciário com o propósito iníquo de servir ao retardamento da própria prestação jurisdicional, verdadeiro desvio de finalidade que realmente ocorre na Justiça brasileira.

Até então, o decurso do tempo no processo vinha onerando sobremaneira o autor, beneficiando o réu que, nas situações onde, não sendo cabível medida cautelar, mantinha o *status quo* até o momento da execução da sentença trânsita em julgado (DIAS, 1999, p. 80).

"Abuso de direito de defesa" e "manifesto propósito protelatório do réu" são expressões fluidas, de conteúdo indeterminado, sujeitas, em consequência, a preenchimento valorativo, caso a caso. Todavia, a atividade de identificação das hipóteses subsumíveis ao preceito não pode ser arbitrária. Deve, sim, obediência estrita à finalidade da norma. Se o que se busca é privilegiar a celeridade da prestação jurisdicional, há de se entender que na fluidez das expressões da lei somente se contém atos ou fatos que, efetivamente, constituam obstáculo ao andamento do processo. É criticável, sob este aspecto, a expressão "manifesto propósito protelatório do réu", cuja acepção literal sugere a possibilidade de antecipar efeitos da sentença ante mera intenção de protelar. Na verdade, o que justifica a antecipação não é o propósito de protelar, mas a efetiva prática, pelo réu, de atos ou omissões destinados a retardar o andamento do processo. Nessa compreensão, bem se vê, "propósito protelatório" é expressão que na sua abrangência comportaria, a rigor, também os "abusos de direito de defesa".

Tratando-se, todavia, de expressões que o legislador considera de conteúdos distintos, é de mister que se busquem critérios para distingui-las. Ora, a referência a abuso do direito de defesa demonstra que o legislador está se referindo a atos praticados para defender-se, ou seja, a atos processuais. Por isso, por abuso do direito de defesa não se entendem os atos protelatórios praticados no processo. Já o manifesto propósito protelatório há de ser assim considerado o que resulta do comportamento do réu - atos e omissões - fora do processo, embora, obviamente, com ele relacionados. Por exemplo: ocultação de prova, não atendimento de diligência, simulação de doença.

Em qualquer hipótese, a antecipação da tutela só se justificará se necessária (princípio da necessidade), ou seja, se o comportamento do réu importar, efetivamente, o retardamento. O ato, mesmo abusivo, que não impede, nem retarda, os atos processuais subseqüentes não legitima a medida antecipatória. Assim, a invocação, pelo réu, na contestação, de razões infundadas, por si só não justifica a antecipação da tutela. Se justificasse, com mais razão se deveria antecipá-la sempre que ocorresse revelia. Para tais hipóteses, o sistema já oferece a solução do julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC).

Enfocadas pelo princípio da necessidade, evidenciam-se escassas, na prática, as hipóteses de concessão de tutela antecipatória por abuso do direito de defesa. É que o juiz dispõe de poderes para combater, por meios ordinários, procedimentos abusivos desta natureza que se tente praticar dentro do processo, tais os previstos nos arts. 125 e 130, que lhe permitem, inclusive, indeferir providências inúteis ou protelatórias. Da mesma forma, ao sanear o processo, ao juiz competirá fixar os pontos controvertidos e determinar que as provas a serem produzidas fiquem restritas a esses limites. É o que decorre do disposto no § 2º do art. 331 do Código de Processo Civil, com a redação que lhe deu a Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994. Desse modo, os casos de abuso do direito de defesa

poderão ser prevenidos ou superados, no geral das vezes, pelo indeferimento de providências impertinentes ou pela técnica do julgamento antecipado da lide, com base no inc. I do art. 330, o que tornará desnecessária a antecipação da tutela (ZAVASCKI, 1997, p. 77-78).

6. LEGITIMAÇÃO

Quanto à legitimação para pleiteá-la, é bom lembrar que a antecipação de tutela é medida que o art. 273 põe à disposição do autor, porque é ele a parte que postula medida concreta a ser decretada, em caráter definitivo, pela sentença, contra o outro sujeito do processo. É o autor quem formula o pedido que constituirá o objeto da causa, e não o demandado. O réu, ao defender-se, apenas resiste passivamente ao pedido do autor. É claro que algumas vezes formula também contra-ataque e apresenta pedido de providência de mérito contra o autor. Quando, todavia, isto ocorre, deixa de ser apenas réu e assume posição cumulativa também de autor, dentro da mesma relação processual em que, inicialmente, fora citado para defender-se. É o caso da reconvenção ou da resposta em ação de natureza dúplice (possessória, renovatória, divisória, demarcatória etc.). Já em tal conjuntura, também o réu poderá pleitear antecipação de tutela, mas não como sujeito passivo do processo, e sim como sujeito ativo do contra-ataque desfechado ao autor primitivo (THEODORO JR, 1997, v. 1, p. 371).

6.1 Necessidade de requerimento da parte

A tutela antecipada não pode ser concedida de ofício pelo juiz (RODRIGUES, 2000, v. 1, p. 136).

O fundamento, de ordem publicista, da cautela é a não-permissão de que o processo, em sua realidade prática, perca a eficácia. Na antecipação de efeitos satisfativos, cuida-se, antes, de proteção realmente efetiva a um direito subjetivo, de tal forma que, se a evidência é tanta, mais danosa passa a ser a protelação do exercício do direito do que a remota possibilidade de sua inexistência. Esta é a razão pela qual, tendo a antecipação, como fim imediato, não a eficácia propriamente dita do processo, mas o próprio direito a se proteger, não pode o juiz agir de ofício nem empregar qualquer juízo de fungibilidade em sua decisão antecipatória. A antecipação só pode ser dada a requerimento, ficando o juiz adstrito exclusivamente ao pedido da parte, pedido que pode ser para efeito total ou parcial do que se requer, mas que também pode ser deferido total ou parcialmente dentro dos limites da pretensão (SANTOS, v. 1, p. 314).

Por aplicação do princípio da demanda, que condiciona à iniciativa das partes a prestação da atividade jurisdicional, o art. 273 coloca, como primeiro

requisito à concessão do instituto, que haja requerimento da parte. Proíbe, portanto, que a antecipação seja concedida de ofício pelo julgador.

Põe-se, nesse passo, em sintonia com a norma do art. 2º do diploma processual, que consagra a regra da inércia da jurisdição, ao dispor que nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando requerida pela parte ou interessado. A atuação do juiz ficará delimitada ou contida nos parâmetros estabelecidos pelas partes, seja quanto à iniciativa e natureza do pedido, seja quanto à utilização dos meios de prova e convencimento de que dispuserem (DIAS, 1999, p. 74).

Já para Francisco Antonio de Oliveira, na sistemática do Direito Processual do Trabalho, é cabível a concessão da tutela antecipada de ofício pelo juiz. Ele ensina que o legislador, ao idealizar as mudanças do Código de Processo Civil, em nenhum momento, sequer, pensou em termos trabalhistas. Disso resulta que o emprego da norma civilista em âmbito trabalhista deve ser adaptado a esta realidade. E muito embora a lei (art. 273) fale em requerimento da parte, o regramento legal não teria sentido e restaria mesmo neutralizado se persistisse a exigência em sede trabalhista, onde a presença do advogado não é obrigatória e onde o crédito buscado tem natureza alimentar.

Esperar que um "peão de obra" faça o requerimento ao juízo da antecipação da tutela é delirar da realidade e flutuar no etéreo. Do juiz não se espera nem se admite tanta simplicidade. E muito menos do Juiz do Trabalho que se mantém em distância epidérmica da realidade social, onde se discute não o simples patrimônio mas muitas vezes a própria sobrevivência familiar (DIAS, 1999, p. 62-63).

6.2 O sentido da expressão "o juiz poderá..."

Atendidos os requisitos, a tutela antecipada torna-se direito subjetivo da parte requerente, e não mera discricionariedade do juiz.

Não se trata de simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da Justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou (THEODORO JR, 1997, v. II, p. 606).

Presentes os pressupostos do art. 273 do Código de Processo Civil, é dever do juiz deferir o pedido, assim como, em caso contrário, imperativa será a decisão denegatória. O que está em jogo, em incidentes dessa natureza, são direitos constitucionais fundamentais, cuja garantia não pode ficar sujeita nem ser objeto

de disposição arbitrária de quem quer que seja, principalmente do juiz, cuja missão é a de zelar pela efetividade dos direitos (ZAVASCKI, 1997, P. 108).

7. MOMENTO OU OPORTUNIDADE

Não há uma oportunidade certa e única imposta com força preclusiva pela lei. Como liminar, a medida encontrará local adequado para ser requerida na própria petição inicial, dispensando a formulação em petição separada para autuação como se fosse um pedido de medida cautelar. Trata-se de um simples incidente do processo de cognição e não de uma medida do processo cautelar. Por isso, o juiz poderá concedê-la na decisão de deferimento da petição inaugural do processo, desde que instruída com prova documental inequívoca. A prévia citação ou audiência da parte contrária dependerá da urgência da medida aferível pelo juiz diante das circunstâncias de cada caso (THEODORO JR , 1997, v. I, p. 372).

A providência da tutela antecipada pertence ao grande campo das medidas liminares já conhecidas e adotadas, de longa data, no processo civil brasileiro, e que sempre admitiram deferimento in limine litis. O que fez o art. 273 do CPC, em seu novo texto, foi simplesmente criar uma previsão genérica para essa modalidade de tutela, que, assim, deixou de ser apanágio apenas de alguns procedimentos especiais para converter-se em remédio utilizável em qualquer processo de conhecimento, ordinário, sumário ou especial, desde que presentes os requisitos traçados pelo novo dispositivo de lei.

O que realmente quis o art. 273 do CPC foi deixar a matéria sob um regime procedimental mais livre e flexível, de sorte que não há um momento certo e preclusivo para a postulação e deferimento da antecipação de tutela. Poderá tal ocorrer no despacho da inicial, mas poderá também se dar ulteriormente, conforme o desenvolvimento da marcha processual e a superveniência de condições que justifiquem a providência antecipatória.

Mesmo após a sentença e na pendência de recurso, será cabível a antecipação de tutela, caso em que a medida será endereçada ao Tribunal, cabendo ao relator deferi-la, se presentes os seus pressupostos.

Da mesma forma, se o juiz de primeiro grau a indeferir, a parte poderá manejar o agravo de instrumento e, de plano, terá condições de obter liminar junto ao relator, se puder demonstrar a urgência da medida e a configuração de todos os seus pressupostos legais (THEODORO JR , 1997, v. I, p. 613-614).

Cabe observar que os provimentos antecipatórios do art. 273, não sendo, como realmente não o são, sempre medidas liminares, nada impede que eles sejam concedidos pelo juiz nas fases subseqüentes do procedimento, inclusive na sentença final de procedência, pois, sendo em regra recebida a apelação no duplo

efeito, pode muito bem ser antecipada a execução provisória, por ordem do juiz (ope iudicis).

Idêntico raciocínio autoriza a conclusão de que o relator do recurso poderá conceder antecipação dos efeitos da tutela, sempre que estejam presentes os pressupostos do art. 273 (SILVA, 2001, p. 144).

Também para definir o momento de antecipar a tutela deverá o juiz ter presente o princípio da menor restrição possível: o momento não pode ser antecipado mais que o necessário. O perigo de dano, com efeito, pode preceder ou ser contemporâneo ao ajuizamento da demanda, e, nesse caso, a antecipação assecuratória será concedida liminarmente. Porém, se o perigo, mesmo previsível, não tem aptidão para se concretizar antes da citação, ou antes da audiência, a antecipação da tutela não será legítima senão após a realização desses atos. Quanto à antecipação punitiva, esta certamente supõe a ocorrência de fatos que emperrem o curso do processo, e dificilmente se poderia imaginá-los praticados antes da citação ou da resposta (ZAVASCKI, 1997, P. 80).

8. EXTENSÃO

Permite a lei a antecipação total ou parcial. Vale dizer: a medida antecipada pode corresponder à satisfação integral do pedido ou apenas de parte daquilo que se espera alcançar com a futura sentença de mérito.

A fixação dos limites da tutela antecipada não é ato discricionário do juiz. Este estará sempre vinculado ao princípio da necessidade, de sorte que somente afastará a garantia do normal contraditório prévio (princípio da segurança jurídica), nos exatos limites do que for necessário à efetividade da tutela jurisdicional. Apenas, portanto, quando houver comprovado risco de inutilização da prestação esperada pela parte é que será cabível a inversão da seqüência natural e lógica entre os atos de debate, acerto e execução (THEODORO JR , 1997, v. II, p. 610).

Para determinar a extensão da antecipação deve o juiz observância fiel ao princípio da menor restrição possível: porque importa limitação ao direito fundamental à segurança jurídica, a antecipação de efeitos da tutela somente será legítima no limite estritamente necessário à salvaguarda do outro direito fundamental, considerado, no caso, prevalente. Nada mais. Assim, v. g., havendo cumulação de pedidos e estando apenas um deles sob risco de dano, não será legítima a antecipação da tutela em relação ao outro; da mesma forma, se a antecipação de alguns efeitos da tutela é, por si só, apta a afastar o perigo, não será cabível - e, sim, será vedada - a antecipação dos demais (ZAVASCKI, 1997, p. 75)

9. REVERSIBILIDADE

Para não transformar a liminar satisfativa em regra geral, o que afetaria, de alguma forma a garantia do devido processo legal e seus consectários do direito ao contraditório e ampla defesa antes de ser o litigante privado de qualquer bem jurídico (incs. LIV e LV do art. 5º da CR/88), a tutela antecipatória submete a parte interessada às exigências da prova inequívoca do alegado na inicial.

Além disso, o juiz para deferi-la deverá restar convencido de que, o quadro demonstrado pelo autor, caracteriza, por parte do réu, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, ou, independentemente da postura do réu, haja risco iminente para o autor, de dano irreparável ou de difícil reparação, antes do julgamento de mérito da causa.

Justamente para assegurar o contraditório, ainda que a posteriori, é que a lei não admite que o juiz conceda antecipação de tutela "quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado" (§ 2º) (THEODORO JR , 1997, v. I, p. 370-371).

A necessidade de valorização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional não deve ser pretexto para a pura e simples anulação do princípio da segurança jurídica. Adianta-se a medida satisfativa, mas preserva-se o direito do réu à reversão do provimento, caso a final seja ele, e não o autor, o vitorioso no julgamento definitivo da lide.

O periculum in mora deve ser evitado para o autor, mas não à custa de transportá-lo para o réu (periculum in mora inversum). Em outros termos: o autor tem direito a obter o afastamento do perigo que ameaça seu direito. Não tem, todavia, a faculdade de impor ao réu que suporte dito perigo. A antecipação de tutela, em suma, não se presta a deslocar ou transferir risco de uma parte para outra.

A regra da irreversibilidade, em casos extremos, pode ser não observada (THEODORO JR , 1997, v. I, p. 615).

§ 2º do art. 273 exagerou na prudência que deve orientar o magistrado na concessão das antecipações de tutela, proibindo-lhe de concedê-las quando "houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado". Pode acontecer - e esta ocorrência não é rara na prática forense - que o estado perigoso imponha ao juiz uma opção entre alternativas capazes, em qualquer sentido que a decisão seja tomada, de gerar risco de irreversibilidade dos efeitos práticos, seja esta irreversibilidade decorrente do "estado perigoso" contra o qual se busca a tutela, seja uma irreversibilidade análoga provocada pela concessão da medida. Pode ocorrer que o risco de irreversibilidade seja uma consequência tanto da concessão

quanto do indeferimento da medida antecipatória. Se a verossimilhança pesar significativamente em favor do autor, o magistrado estará autorizado a sacrificar o direito improvável, em benefício do direito que se mostre mais verosímil.

Pode ocorrer igualmente que o índice de verossimilhança de ambos os direitos em conflito seja equivalente, ou apresente diferenças pouco significativas, mas um deles tenha relevância, para o ordenamento jurídico, expressivamente superior à de seu antagonista. Neste caso ante a "bilateralidade" do risco de dano irreparável que poderá ocorrer sempre que a não concessão da medida possa causar também um dano irreversível ao autor -, estará o juiz autorizado a sacrificar o interesse considerado menos relevante (SILVA, 2001, v. 1, p. 143-144).

A reversibilidade diz respeito à possibilidade de volta ao status quo anterior, não bastando que o dano causado pela irreversibilidade possa ser reparado por indenização em dinheiro (RODRIGUES, 2000, P. 136).

Como a antecipação em seus efeitos processuais é provisória, nunca poderá ser concedida se não comportar reversibilidade. A irreversibilidade traduz-se na impossibilidade material de as coisas voltarem ao seu estado anterior. Como, por exemplo, reconhecer-se antecipadamente a inexistência de servidão, proibindo-se o uso, se tal importar destruição de obra que inviabilizará por completo o direito, na hipótese de decisão posterior diversa?

A lei (art. 273, § 2o) foi até mais além, pois não falou apenas em irreversibilidade, mas em perigo de irreversibilidade. A irreversibilidade ou o perigo desta, no entanto, devem ser focados, exclusivamente, sob o aspecto material da situação e não da própria situação relativizada. No exemplo dado da servidão, bastaria que, para efetivar a situação do não-uso da coisa serviente, alguma coisa devesse ser feita que pusesse em risco a própria existência do direito, se depois reconhecido, mas não será negada a antecipação se o autor tiver, por exemplo, dificuldades financeiras de ressarcir prejuízos futuros ou de voltar as coisas ao seu estado anterior (SANTOS, 1996, v. 1, p. 143-144).

No particular, o dispositivo do § 2o do art. 273 do CPC observa estritamente o princípio da salvaguarda do núcleo essencial: antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo.

Reitere-se, contudo, que esta vedação deve ser relativizada, sob pena de comprometer quase por inteiro o próprio instituto da antecipação de tutela. Com efeito, em determinadas circunstâncias, a reversibilidade corre algum risco, notadamente quanto à reposição in natura da situação fática anterior. Mesmo

nestas hipóteses, é viável o deferimento da medida desde que manifesta a verossimilhança do direito alegado e dos riscos decorrentes da sua não fruição imediata. Privilegia-se, em tal situação, o direito provável em relação ao improvável. Entretanto, impõe-se ao juiz, nessas circunstâncias, prover meios adequados à reversibilidade da situação, como, por exemplo, exigindo caução, pelo menos para garantir a reparação de eventuais indenizações.

Não se pode confundir irreversibilidade com satisfatividade. Todas as medidas antecipatórias são, por natureza, satisfativas, isto é, permitem a fruição, ao menos em parte, do bem da vida reclamado pelo autor da demanda. A satisfatividade, todavia, pode ter consequência reversível ou irreversível no plano dos fatos. Será reversível quando permitir a recomposição integral da situação fática anterior ao seu deferimento e irreversível na situação inversa. Insista-se no ponto: a reversibilidade diz com os fatos decorrentes do cumprimento da decisão, e não com a decisão em si mesma. Esta, a decisão, é sempre reversível, ainda que sejam irreversíveis as consequências fáticas decorrentes de seu cumprimento. À reversibilidade jurídica (revogabilidade da decisão) deve sempre corresponder o retorno fático ao status quo ante. Não foi feliz, como se percebe, a redação do dispositivo citado, ao falar em irreversibilidade do "provimento".

O princípio que decorre da vedação estabelecida pelo § 2º do art. 273 vale não apenas para a concessão como também para a execução da medida antecipatória: mesmo quando se tratar de provimento por natureza reversível, o dever de salvaguardar o núcleo essencial do direito fundamental à segurança jurídica do réu impõe que o juiz assegure meios para que a possibilidade de reversão ao status quo ante não seja apenas formal, mas que se mostre efetiva na realidade fática. Não fosse assim, o perigo de dano não teria sido eliminado, mas apenas deslocado, da esfera do autor para a do réu.

Casos haverá, e esses certamente são casos extremos, em que o conflito entre segurança e efetividade é tão profundo que apenas um deles poderá sobreviver, já que a manutenção de um importará o sacrifício completo do outro. Na Justiça Federal, por exemplo, não são incomuns pedidos para liberação de mercadorias perecíveis, retidas na alfândega para exame sanitário que, por alguma razão (greve dos servidores, por exemplo) não é realizado. Nesses casos, a concessão liminar da tutela pedida compromete irremediavelmente o direito à segurança jurídica a que faz jus o demandado (liberada e comercializada a mercadoria, já não há que se falar em seu exame fitossanitário); seu indeferimento torna letra morta o direito à efetividade do processo, porque, deteriorando-se o produto, inútil será sua posterior liberação. Em casos dessa natureza, um dos direitos fundamentais colidentes será sacrificado, não por vontade do juiz, mas pela própria natureza das coisas. Ad impossibilia nemo tenetur. Caberá ao juiz, com redobrada prudência, ponderar adequadamente os bens e valores colidentes e tomar a decisão em favor dos que, em cada caso,

puderem ser considerados prevalentes à luz do direito. A decisão que tomar, em tais circunstâncias, é, no plano dos fatos, mais que antecipação provisória: é concessão ou denegação da tutela em caráter definitivo (ZAVASCKI, 1997, p. 97-98).

A antecipação da tutela é concedida com base num juízo provisório, formado a partir dos fatos unilateralmente narrados. Pode ser que na decisão final, em razão do contraditório e das provas apresentadas pela parte adversa, o juiz mude seu convencimento e decida contrariamente aos interesses daquele que foi beneficiado com a antecipação. Por isso é necessário que seja possível a reversibilidade.

Porém, o perigo da irreversibilidade não pode ser visto em termos absolutos. O objetivo da medida antecipatória é evitar danos ao direito subjetivo das partes. Assim, é indispensável que o juiz sopesse os valores dos bens em conflito, decidindo com bom senso. Em ação declaratória, na qual se questiona o ato de tombamento e a negativa para demolição, a prudência recomenda não antecipar os efeitos da decisão final. Solução diversa poderá ser dada se o imóvel, em razão de perigo de desmoronamento, acarretar grave risco para a vizinhança (NUNES, 1999, p. 168).

10. PROVISORIEDADE

Para garantir o direito ao contraditório, é que, além da reversibilidade da medida (tratada supra) e as cautelas na sua execução (que serão tratadas infra), o § 4o do art. 273 destaca a completa provisoriedade da tutela antecipada dispondo que "a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada", como, aliás, se passa também com as cautelares (art. 807) (THEODORO JR, 1997, v. I, p. 371).

O § 4o do art. 273 exagerou no que se refere à precariedade do provimento antecipatório, dispondo que a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada "a qualquer tempo", exigindo apenas que a modificação ou revogação se faça em decisão fundamentada. As medidas antecipatórias não devem ter sua estabilidade tão ou mais precária do que o seriam as medidas cautelares. Seria recomendável que o legislador tivesse condicionado a modificação ou revogação da tutela antecipada à ocorrência de modificações nas circunstâncias (SILVA, v. 1, p. 144-145).

Ernane Fidélis dos Santos ensina que poderá haver revogação tácita. Concedida ou não a antecipação da tutela, o processo segue até final julgamento (§ 5o do art. 273). Se, em dois momentos, o juiz deve pronunciar sobre a matéria, parece ser lógico que, se a decisão final contrariá-la, no todo ou em parte, a medida antecipada se revoga, de pleno direito, nos limites da contrariedade, sem

necessidade de pronunciamento expresso, posição, porém, que a jurisprudência deve assumir ou não.

Assim como a medida só se concede por requerimento da parte - não pode ser dada de ofício -, também a revogação ou a modificação exigem a providência, mesmo porque não se trata de cautela de interesse imediato da realização prática do processo (SILVA, v. 1, p. 317).

11. EXAURIMENTO DO PROCESSO

A medida antecipatória jamais poderá assumir o efeito exauriente da tutela jurisdicional. Mesmo deferida in limine, o processo forçosamente terá de prosseguir até o julgamento final de mérito (§ 5o). Justamente por isso é que a liminar prevista no novo art. 273 pode conviver com o princípio do contraditório.

A antecipação não extingue o processo, que prossegue até final julgamento, até mesmo porque é o trânsito em julgado que lhe confere eficácia permanente (THEODORO JR , 1997, v. I, p. 371).

Significa que, se a tutela for concedida por inteiro, a sentença se substituirá a ela.

Se parcial a concessão e/ou se a apelação for recebida apenas no efeito devolutivo, a sentença prevalece sobre a tutela. Se no duplo efeito, o juiz poderá modificá-la, a menos que assim tenha decidido na própria sentença (RODRIGUES, 2000, v. 1, p. 137).

12. MOTIVAÇÃO

Além da regra específica do § 1o do art. 273 que requer a motivação ou fundamentação do convencimento do juiz, existe a regra genérica presente no art. 131 do CPC. Tal exigência está expressa inclusive em sede constitucional no inc. IX do art. 93.

Toda decisão, inclusive a de antecipação, deve ser fundamentada, mas, no caso, sendo interlocutória, poderá ser concisa, sem, contudo, deixar de expor com precisão os fundamentos e a conclusão que determinar (SANTOS, v. 1, p. 317)

13. EXECUÇÃO

A antecipação da tutela é medida excepcional que só deve ser tomada em caso de real necessidade, com a estrita observância dos requisitos traçados em lei. Isso porque comporta em afastamento - mesmo que temporário - do princípio da segurança jurídica em prol do princípio da efetividade jurídica.

Assim, em defesa dos interesses eventuais do demandado, que ainda não teve oportunidade de defender-se adequadamente, a lei manda observar, no deferimento e execução da medida antecipatória as precauções e princípios da execução provisória (§ 3º do art. 273 c/c incs. II e III do art. 588), a saber:

- a) a medida não deve abranger os atos que importem alienação do domínio, nem permitir, sem caução idônea, o levantamento do depósito em dinheiro;
- e
- b) ficará sem efeito, sobrevindo sentença que a modifique ou anule a medida executada, caso em que as coisas deverão ser restituídas ao estado anterior (THEODORO JR , 1997, v. I, p. 371).

A tutela antecipada comporta execução. A execução, em si, não é provisória, mas sofre algumas restrições próprias da provisoriedade, exatamente porque também está sujeita a se prejudicar pelo julgamento definitivo. Assim, vedados ficam na execução da antecipação atos que importem alienação do domínio, porque este sempre se dá em definitividade, bem como não se autoriza qualquer levantamento de dinheiro sem a prestação de caução idônea, que só se efetiva em forma processual adequada (§ 3º do art. 273 c/c os arts. 588, inc. II, 826 e seguintes) (SANTOS, v. 1, p. 317-318).

A execução do ato que antecipa efeitos da tutela tem regramento expresso no § 3º do art. 273, que assim determina: "A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588".

O diploma processual estabelece uma delimitação quanto aos meios de implementação prática da medida antecipatória, remetendo sua execução às regras aplicáveis à execução provisória, nos seguintes termos: "II - não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro; III - fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior".

Como se vê, exclui o legislador a aplicabilidade do inciso I do art. 588 aos casos de antecipação de tutela. Dispõe aquele inciso I que a execução provisória corre por conta e responsabilidade do exequente, mediante caução e reparação dos danos causados pelo credor. Não obstante omitido o inciso I do art. 588, ao que parece o legislador não pretendeu afastar o princípio nele inscrito, de molde a proibir sua aplicação na execução provisória fundada em provimento antecipatório.

Trata-se, isto sim, de decorrência da norma proibitiva do parágrafo anterior, que condiciona o deferimento das medidas às situações em que inexista perigo de irreversibilidade dos efeitos antecipatórios.

No entanto, a execução provisória, porque sujeita a ser revogada ou modificada a qualquer tempo (§ 4o do art. 273), sempre se dará por conta e risco do exequente, que ficará obrigado a responder ao requerido pelos prejuízos causados pela efetivação da medida, caso venha esta a ficar sem efeito (DIAS, 1999, p. 93-94).

O legislador não considerou como aplicável, no que couber, o inc. I do art. 588, segundo o qual a execução provisória: "I - corre por conta e responsabilidade do credor, que prestará caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor". No que se refere à caução, essa falta de referência ao inciso I tem um certo sentido lógico. Com efeito, segundo dispõe o § 2o do art. 273, "não se concederá antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado". Ora, a finalidade da caução é justamente garantir condições de reversibilidade ao estado anterior ou a indenização correspondente, exigência que só teria sentido se houvesse "perigo de irreversibilidade". Assim, pela lógica que decorre da interpretação literal e isolada do § 2o, não haveria porque se falar em caução, já que onde fosse cabível caução seria incabível a antecipação.

Na prática, no entanto, as coisas não se passam com tanta singeleza. Em grande número de hipóteses enquadráveis no caput do art. 273, em que se enseja antecipação dos efeitos executivos da tutela, haverá, em alguma medida, certo risco à reversibilidade, especialmente à reversibilidade específica e in natura. Desse modo, a vedação constante do § 2o deve ser relativizada, sob pena de eliminar-se, quase por inteiro, o próprio instituto da antecipação. Sempre que houver um confronto entre o risco de dano irreparável ao direito do autor e o risco de irreversibilidade da medida antecipatória, deverá o juiz formular a devida ponderação entre os bens jurídicos em confronto, para o que levará em especial consideração a relevância dos fundamentos que a cada um deles dá suporte, fazendo prevalecer a posição com maior chance de vir a ser, ao final do processo, consagrada vencedora. Assim, nos casos em que o direito afirmado pelo autor seja de manifesta verossimilhança e que seja igualmente claro o risco de seu dano iminente, não teria sentido algum sacrificá-lo em nome de uma possível, mas improvável, situação de irreversibilidade. Em contrapartida, porém, é perfeitamente viável que se imponha ao autor, beneficiado com a antecipação, a prestação de caução que assegure, pelo menos, eventual indenização por danos.

O preceito normativo que decorre do inc. I do art. 588 do Código de Processo Civil acaba sendo de aplicação imperiosa por força do próprio sistema. Com efeito, em se tratando, como de fato, de execução sempre provisória, sujeita a ser modificada ou tornada sem efeito a qualquer tempo, cabe ao juiz preservar meios eficientes ao retorno ao status quo ante, inclusive, se for o caso, exigindo caução idônea com tal finalidade. A exigência de caução, que aliás está prevista também no inc. II, tem, ademais, sustento na aplicação analógica do art. 804 do

Código de Processo Civil e, sobretudo, na inafastabilidade do princípio de salvaguarda do núcleo essencial do direito à segurança jurídica do demandado. A provisoriedade da execução deve ser considerada como garantia do executado, garantia essa que não pode ser apenas formal, mas real. Ou seja: é indispensável preservar as condições que propiciem retorno ao estado anterior, e a exigência de caução, quando necessária a tal finalidade, independe de autorização expressa na lei.

É inegável, outrossim, que a execução da medida antecipatória "corre por conta e risco do credor". Isso constitui verdadeiro princípio, aplicável em qualquer execução (CPC, art. 574) e de modo especial - e aqui impõe-se a analogia - na execução provisória das sentenças condenatórias (CPC, art. 588, I) e das medidas cautelares (CPC, art. 811). A circunstância de não ter sido referido, no § 3º do art. 273, como "aplicável no que couber", o inciso I do art. 588, obviamente não teve o desiderato de infirmar o princípio, ou de proibir a sua aplicação, ou de excluí-la. É que não teria sentido algum - porque afrontoso a todo o sistema de direito - carregar-se à conta do réu a final vitorioso os danos decorrentes de anterior execução de provimento jurisdicional fundado em juízo de mera verossimilhança (sem cognição exauriente, portanto) e antecipado a pedido expresso da parte contrária.

O que se pode questionar, isto sim, é a natureza da responsabilidade em tais casos: se objetiva ou subjetiva. Caberia então distinguir as hipóteses de antecipação assecuratória e antecipação punitiva. Na primeira - porque originada de fatos que (a) não têm necessariamente a participação ilícita do demandado e, sobretudo, (b) repercutem essencialmente na esfera de interesses particulares dos litigantes - a responsabilidade do demandante pelos riscos da execução é objetiva. Já na segunda hipótese - em que a antecipação da tutela é motivada sempre por ato ilícito do demandado, praticado não apenas contra os interesses do demandante, mas contra a própria função jurisdicional do Estado - pode-se sustentar que a responsabilidade do demandante por danos decorrentes da execução antecipada tem aqui natureza subjetiva: caberá a ele a obrigação de restituir ao demandado os benefícios obtidos com a antecipação da tutela; porém, qualquer outro dano que a execução possa ter acarretado somente será ressarcido se configurada participação culposa ou dolosa do demandante (ZAVASCKI, 1997, p. 87-90).

Sobre a responsabilidade do autor, Ovídio A. Baptista da Silva entende que em qualquer caso será ela sempre subjetiva. No que respeita à responsabilidade do autor que obtém e torna efetiva medida antecipatória, com fundamento no art. 273, não se deve aplicar o princípio da responsabilidade objetiva, estabelecida pelo art. 811 para o regime das medidas cautelares. No § 3º do art. 273, fez a lei ressalva à aplicação do inc. I do art. 588, o que remete a solução do problema para a disciplina geral constante dos arts. 16 a 18 do CPC.

Entretanto, tramita atualmente no Congresso Nacional projeto de lei que visa alterar o § 3º do art. 273 para adotar o princípio da responsabilidade objetiva, previsto no inc. I do art. 588 do CPC para as execuções provisórias, ampliando-o para as medidas antecipatórias. A previsível transformação em lei desse projeto terá consequências trágicas para o futuro dos provimentos antecipatórios, além de exacerbar o desequilíbrio estrutural congênito ao processo de conhecimento - enquanto procedimento ordinário (ZAVASCKI, 1997, p. 87-90).

14. NATUREZA JURÍDICA E RECURSO

Como simples incidente do curso do processo, não se submete a apreciação do pedido de antecipação de tutela a nenhum procedimento especial, sendo, pois, objeto de uma decisão interlocutória. A deliberação a seu respeito desafiará o recurso de agravo de instrumento (THEODORO JR, 1997, v. 1, p. 372).

Da decisão do juiz, que, antes da sentença, julga o pedido de antecipação da tutela, deferindo-o ou não, o recurso cabível será o de agravo, eis que se trata de decisão interlocutória. E, pela própria natureza da medida pleiteada, o agravo adequado será o de instrumento, e não o retido. Efetivamente, considerando que o agravo retido é apreciado quando o tribunal julga a apelação, de escassa utilidade seria o seu exame para deferir ou não pedido de tutela antecipatória, já que:

a) se a apelação confirmar a procedência do pedido, a "antecipação da tutela" poderá ser obtida mediante execução provisória do próprio acórdão, cujos meios de impugnação, em geral, não terão efeito suspensivo (esse efeito existirá apenas no caso de decisão por maioria, sujeita a embargos infringentes, e mesmo assim nas restritas hipóteses em que também a apelação esteve sujeita ao referido efeito); e

b) se, ao julgar a apelação, o tribunal concluir pela improcedência da demanda, obviamente não terá razão nem fundamento para, na mesma oportunidade, deferir a medida antecipatória.

Interposto o recurso, que será dirigido diretamente ao tribunal (art. 524 do CPC), o relator poderá, "a requerimento do agravante" e desde que seja "relevante a fundamentação", suspender o cumprimento da decisão agravada, entre outros, nos "casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação" (CPC, art. 588).

Fica consagrado, desse modo, mecanismo célere para controle (com eficácia temporária, "até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara", diz o dispositivo) das decisões concessivas de tutela antecipatória, de cuja execução possa decorrer situação fática prejudicial e de reparabilidade incerta.

Há casos, porém, em que o risco de dano pode resultar do indeferimento da antecipação pelo juízo de primeiro grau. Nenhuma eficácia teria, por isso, a ordem do relator do agravo para "suspender" o cumprimento da decisão: nada tendo sido deferido, nada haverá a ser cumprido ou a ser suspenso. Em tais hipóteses, verificado o risco de dano e sendo relevantes as alegações do agravante, deverá o relator antecipar a própria medida requerida.

Dir-se-á que a medida não está facultada pelo art. 588 do Código de Processo Civil, onde se prevê apenas a possibilidade de "suspender", não a de antecipar. Essa objeção decorre de interpretação puramente filológica do dispositivo e tem contra si o princípio da isonomia, que, no campo do processo, impõe ao juiz o dever de assegurar às partes igualdade de tratamento (CPC, art. 125, inc. I). Ora, o art. 588 é mais um desdobramento do mecanismo de antecipação da tutela. A extensão do seu conteúdo há de ser dimensionada tendo em vista a finalidade do provimento, que outra não é senão a de evitar a consumação de dano ao direito. O desiderato do legislador foi, indubitavelmente, o de conferir ao relator a faculdade de antecipar os efeitos do futuro e provável juízo de provimento do agravo e, desse modo, assegurar a utilidade da decisão colegiada, que ficaria comprometida sem uma providência inovadora, oposta à que decorre da decisão agravada. As ordens de suspensão, com efeito, são também elas medidas antecipatórias, como já se fez ver. Seria inadequado a essa finalidade, além de absolutamente injustificável ante o princípio da paridade de tratamento, o dispositivo de lei que, presentes as mesmas circunstâncias (relevância do direito e risco de dano), permitisse antecipar efeito do provimento de agravo apenas em favor de uma das partes e não em favor de outra.

Em síntese, uma interpretação sistemática e teleológica do art. 588 do CPC, imantada pelos princípios constitucionais, permite concluir que o relator do agravo poderá, sendo relevantes os fundamentos e havendo perigo de dano, determinar as providências consistentes na antecipação do futuro e provável juízo de provimento do recurso, para o efeito de suspender o cumprimento do ato agravado, ou, sendo ele omissivo ou indeferitório, para adiantar a tutela por ele negada. Interpretação diferente levaria à necessidade de ajuizamento de mandado de segurança com aquele objetivo, o que representaria superposição injustificável em face dos princípios da economia e da instrumentalidade do processo (ZAVASCKI, 1997, p. 108-112).

15. DIFERENÇA ENTRE TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR

Tanto a medida cautelar propriamente dita (objeto de ação cautelar) como a medida antecipatória (objeto de antecipação - liminar ou não - na própria ação principal) representam providências, de natureza emergencial, executiva e sumária, adotadas em caráter provisório. O que, todavia, as distingue, em substância, é que a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão, enquanto a

tutela antecipatória realiza de imediato a pretensão. A antecipação de tutela somente é possível dentro da própria ação principal. Já a medida cautelar é objeto de ação separada, que pode ser ajuizada antes da ação principal ou no seu curso (THEODORO JR, 1997, v. I, p. 370).

A instituição da tutela antecipada como simples capítulo da ação de conhecimento, nos moldes do atual art. 273 do CPC, não eliminou o poder de cautela do juiz, nem tampouco esvaziou o processo cautelar de seu natural e importante conteúdo.

À falta de um regime adequado para a antecipação de tutela, muitas vezes os juízes, antes da Lei nº 8.952/94, lançavam mão do poder cautelar para cumprir função satisfatória que não lhe era própria. Com a nova sistemática do art. 273, criou-se um divisor de águas, a separar, com técnica e adequação, as duas funções distintas que tocam os institutos da tutela cautelar e da tutela antecipada.

Não se pode formular pretensão de antecipar efeitos do julgamento de mérito, em sede de ação cautelar, porquanto isto ensejaria à parte obter a tutela excepcional do art. 273 do CPC, sem se submeter às suas exigências e seus condicionamentos típicos.

Haverá, contudo, sempre situações de fronteira, que ensejarão dificuldades de ordem prática para joear, com precisão, uma e outra espécie de tutela. Não deve o juiz, na dúvida, adotar posição de intransigência. Ao contrário, deverá agir sempre com maior flexibilidade, dando maior atenção à função máxima do processo, a qual se liga à meta da instrumentalidade da maior e mais ampla efetividade da tutela jurisdicional. É preferível transigir com a pureza dos institutos do que sonegar a prestação justa a que o Estado se obrigou perante todos aqueles que dependem do Poder Judiciário para defender seus direitos e interesses envolvidos em litígio. Eis a orientação merecedora de aplausos, sempre que o juiz se deparar com algum desvio procedimental no conflito entre tutela cautelar e tutela antecipada (THEODORO JR, 1997, v. II, p. 616-617).

A antecipação da tutela não se confunde com medida cautelar. A antecipação visa proteger o direito subjetivo da parte, a fim de que ela não sofra prejuízo de difícil reparação. Na cautela, o fim colimado é a garantia do processo, a fim de que a prestação jurisdicional definitiva não se torne inócua.

A tutela antecipada tem conteúdo idêntico ao da pretensão formulada como pedido principal. Na medida cautelar, ao contrário, geralmente não se antecipam os efeitos da decisão de mérito.

Imaginemos uma demanda na qual as partes disputam a propriedade de um veículo utilizado como táxi.

Pode ser que em razão da natural demora do processo, ou mesmo por ato de uma das partes, haja perigo de danificação ou destruição do veículo, circunstância que por si só retiraria toda eficácia do processo. Ocorrendo a destruição, o autor pode até ganhar a demanda, mas não leva o bem disputado. Nesse caso, num plano imediato, perde a jurisdição, que se frustra e se desmoraliza como função de compor o litígio. Perde, evidentemente, o autor, que deixa de receber o bem, todavia, tal perda se dá num plano secundário, até porque pode ser ressarcido por outras vias. Nessa hipótese, invocando a parte a plausibilidade de seu direito e a possibilidade de lesão futura, pode o juiz conceder medida cautelar, depositando o bem com uma das partes ou com terceiro. O objetivo da medida é evitar a danificação ou destruição do bem litigioso e, em conseqüência, a frustração do processo.

Por outro lado, pode ocorrer de não haver o mínimo perigo de danificação do bem, porém, estando o autor a suportar prejuízo por não poder utilizar o veículo em sua atividade, pode o juiz antecipar os efeitos da decisão de mérito - que seria o reconhecimento do domínio e, via de conseqüência, o deferimento da posse -, entregando-lhe provisoriamente o bem. Nesse caso, não se cogitou da frustração da atividade jurisdicional, mas sim do prejuízo da parte (NUNES, 1999, p. 165-166).

O fundamento, de ordem publicista, da cautela é a não-permissão de que o processo, em sua realidade prática, perca a eficácia. Na antecipação de efeitos satisfativos, cuida-se, antes, de proteção realmente efetiva a um direito subjetivo, de tal forma que, se a evidência é tanta, mais danosa passa a ser a protelação do exercício do direito do que a remota possibilidade de sua inexistência. Esta é a razão pela qual, tendo a antecipação, como fim imediato, não a eficácia propriamente dita do processo, mas o próprio direito a se proteger, não pode o juiz agir de ofício nem empregar qualquer juízo de fungibilidade em sua decisão antecipatória (SANTOS, v. I, p. 314).

A distinção básica que pode ser traçada entre ambas as espécies respeita ao objeto buscado pela parte na prestação jurisdicional.

Na tutela cautelar busca-se por meio da ação adequada assegurar o resultado útil de um outro processo, chamado principal, onde se desenvolverá a discussão sobre a titularidade do bem jurídico em litígio. A cautela nada acrescenta de imediato ao patrimônio do demandante, porém dá a este a garantia de segurança e integridade do bem jurídico disputado. A segurança é requerida através de ações cautelares adequadas a atacar a situação concreta de perigo, e visa evitar o perecimento do bem objeto do litígio. Não tem em seu bojo qualquer satisfatividade.

Trata-se de um provimento acautelatório do direito vindicado, deferido em face da situação de urgência, com a finalidade única de salvaguardar o resultado profícuo do processo principal, sendo por isso temporário. As medidas liminares eventualmente podem ser concedidas ex officio.

A tutela antecipatória, ao contrário, busca garantir a efetividade da jurisdição, ante a probabilidade, desde logo evidenciada ao julgador, de que a demora na prestação da tutela definitiva pode tornar o provimento final inócuo. O provimento antecipatório alcança a satisfatividade do direito reclamado, pois o adiantamento é do próprio direito subjetivo material reclamado na ação.

A medida antecipatória constitui a própria providência demandada, embora limitada na sua eficácia. Por configurar adiantamento da prestação jurisdicional buscada pelo autor, sujeita-se à incidência do princípio da demanda, não podendo ser concedida de ofício pelo magistrado. Sua natureza provisória decorre de que, com o advento da tutela definitiva, o provimento exaure-se em si mesmo, seja pela sua confirmação na sentença de procedência, seja pela sua revogação (DIAS, 1999, p. 98-99).

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Código de processo civil. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 1072 p. (Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira)

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil. vol. 1, p. 313-314.

DIAS, Beatriz Catarina. A jurisdição na tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1999, 133 p.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. Resumo de Processo Civil. 20ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, 159 p. (Coleção Resumos)

NUNES, Elpídio Donizetti. Curso didático de direito processual civil. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, 519 p.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Alterações do CPC; aspectos processuais trabalhistas e civis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 296 p.

RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. ABC do processo civil. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 2 v. (V. 1. Processo de conhecimento e processo de execução, 487 p.)

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 3 v. (Volume 1. Processo de conhecimento, 579 p.)

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 3 v. (Volume 1. Processo de conhecimento. 671 p.)

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 3 v, Volumes I e II.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. São Paulo: Saraiva, 1997. 227 p.