

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

TEORI ALBINO ZAVASCKI*

*Juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região
Professor de Processo Civil na UFRGS*

1. Introdução: a importância das premissas de natureza constitucional

A exegese do direito ordinário, para ser segura e adequada, impõe que se dê atenção às raízes de natureza constitucional da norma interpretada. Isso por duas razões básicas. Em primeiro lugar, porque, como é de geral conhecimento, é a Constituição que dá unidade ao sistema jurídico, que estabelece seus princípios básicos, que fixa os direitos fundamentais. Por isso mesmo, as regras positivadas pelo legislador ordinário somente serão válidas quando compatíveis com os preceitos constitucionalizados, e a interpretação e a aplicação delas deverá se dar de forma a que os resultados não só sejam compatíveis com os princípios da Constituição, mas que representem a mais fiel concretização dos valores constitucionais. E, em segundo lugar, porque as normas da legislação infraconstitucional exercem, em muitos casos (e esse é o caso das normas que disciplinam a antecipação de efeitos da tutela, segundo se fará ver no devido tempo), a função de concretização e de harmonização de direitos fundamentais.

Melhor explicitando esse segundo aspecto: a Constituição consagra um conjunto de direitos fundamentais que, observados abstratamente em sua sede normativa, guardam entre si perfeita compatibilidade, estando



* Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 08/05/2003.
ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal**: 1 Região, v. 7, n. 3, p. 15- 32, jul./set. 1995.

todos igualmente aptos a receber aplicação a mais plena e eficaz. Todavia, na prática, nem sempre é possível estabelecer a convivência harmônica e *simultânea* do conjunto todo dos direitos fundamentais. Exemplos freqüentes e corriqueiros são as dificuldades práticas - e, não raro, a impossibilidade mesmo - de assegurar-se convivência plena e *simultânea* entre o direito à intimidade da vida privada e o direito à liberdade de informação jornalística, ou a proibição de censura e o direito à qualidade da educação, e assim por diante. Esses são apenas exemplos dos muitos possíveis *fenômenos de tensão* entre direitos fundamentais, dos quais podem nascer as chamadas *colisões de direitos* ou *conflitos de direitos*(¹). Daí a razão de se afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos, dado que sofrem, além de *restrições escritas* na própria Constituição, também restrições não escritas, mas *imanentes* ao sistema, já que inevitavelmente impostas pela necessidade prática de harmonizar a convivência entre direitos fundamentais eventualmente em conflito.

Esse temário, pela sua importância, constitui objeto de universal atenção dos tribunais e dos doutrinadores da teoria geral do direito, especialmente do direito constitucional, uns e outros empenhados em estabelecer critérios principiológicos de solução dos conflitos, de modo a que se possa obter *concordância prática* entre os direitos colidentes.

2. Solução das colisões entre direitos fundamentais: agentes, modos e consequência

A chamada "concordância prática" entre os direitos fundamentais

¹ Sobre o tema: CANOTILHO, J.I.Gomes - "Direito Constitueional", 5ª ed., Almedina, 1992, pág. 657; LARENZ, Karl, "Metodologia da Ciência do Direito", 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, págs. 413 e 490.

eventualmente tensionados entre si é obtida mediante regras de solução estabelecidas ou por via da legislação ordinária (solução legislativa dos conflitos), ou pela via judicial direta. A primeira (solução pela via legislativa) é possível se dar sempre que forem previsíveis os fenômenos de tensão e de conflito, sempre que for possível intuí-los, à vista do que comumente ocorre no mundo dos fatos. Já a construção de regra pela via judicial diretas e tornará necessária ou quando inexistir regra legislada de solução, ou quando essa (construída que foi à base de *mera intuição* de possíveis conflitos) se mostrar insuficiente ou inadequada à solução do conflito concretizado, que não raro se apresenta com características diferentes das que foram imaginadas pelo legislador. Em qualquer caso, considerada a inexistência de hierarquia, no plano normativo, entre os direitos fundamentais previstos na Constituição, a solução do conflito há de ser estabelecida mediante a devida *ponderação dos bens e valores* concretamente colidentes, de modo a que se identifique uma relação específica de prevalência de um deles⁽²⁾.

O certo é que - e isso é o que importa salientar nesse momento-, qualquer que seja o agente ou via utilizada, a solução do conflito entre direitos fundamentais, na busca de concordância prática entre eles, opera, necessária e invariavelmente, uma limitação de um em benefício do outro.

3. Princípios básicos para a solução

Justamente em razão da importante consequência que se acabou de referir, é indispensável, sob pena de ilegitimidade de sua atuação, que o agente criador da regra de solução do conflito (legislador ou juiz) observe determinados princípios, ínsitos ao sistema constitucional, que, para os estreitos limites do presente estudo, podem ser assim resumidos:

² CANOTILHO, J.J.Gomes - op. cit., pág. 660; LARENZ Karl - op. cit., págs. 490 e 500.

a) *princípio da necessidade*, segundo o qual a regra de solução (que é limitadora de direito fundamental) somente será legítima quando for real o conflito, ou seja, quando efetivamente não for possível estabelecer um modo de convivência simultânea dos direitos fundamentais sob tensão;

b) *princípio da menor restrição possível*⁽³⁾, também chamado de *princípio da proibição de excessos*⁽⁴⁾, que está associado, sob certo aspecto, também ao *princípio da proporcionalidade*⁽⁵⁾, segundo o qual a restrição a direito fundamental, operada pela regra de solução, não poderá ir além do limite mínimo indispensável à harmonização pretendida;

c) *princípio da salvaguarda do núcleo essencial*, a rigor já contido no princípio anterior, segundo o qual não é legítima a regra de solução que, a pretexto de harmonizar a convivência entre direitos fundamentais, opera a eliminação de um deles, ou lhe retira a sua substância elementar⁽⁶⁾.

4. Direitos fundamentais dos litigantes: (a) a efetividade da jurisdição

A Constituição Federal, como se sabe, assegura a quem litiga em juízo vários direitos fundamentais, enfeixados no que genericamente se denomina *devido processo legal*. Do conjunto dos referidos direitos, destacam-se dois, que mais interessam ao estudo da antecipação da tutela: o direito à efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica. Sob a denominação de *direito à efetividade da jurisdição* queremos aqui designar o

³ LARENZ, Karl - op. cit., pág. 500.

⁴ CANOTILHO, J.J.Gomes - op. cit., pág.628.

⁵ BONAVIDES, Paulo - "Curso de Direito Constitucional", 4ª ed., Malheiros, 1993, págs. 344 e segs. Observa ele: "Uma das aplicações mais provcitosas contidas potencialmente no principio da proporcionalidade e aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde ai solução conciliatória, para a qual o principio é indubitavelmente apropriado. As Cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de justiça da Comunidade Européia. fizeram uso freqüente do principio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos. "

conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribuiu ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão de propiciar ao litigante vitorioso a concretização *fática* da sua vitória. O Estado, monopolizador do poder jurisdicional, deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir - tanto quanto seja possível - a ocorrência de vitórias de Pirro. Em outras palavras: o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo. Pelo contrário: deve ter como contra partida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela de garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela.

E não basta à prestação jurisdicional do Estado ser eficaz. Impõe-se que seja também expedita, pois que é inerente ao princípio da efetividade da jurisdição que o julgamento da demanda se dê em prazo razoável, "*sem dilações indevidas*" (⁷).

O direito fundamental à efetividade do processo - que se denomina também, genericamente, *direito de acesso à justiça* ou *direito à ordem jurídica justa* compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes - op. Cit., pág. 630.

⁷ TUCCI, Rogério Lauria e CRUZ E TUCCI, José Rogério - "*Devido Processo Legal e Tutela jurisdicional*", RT, 1993, pag, 99.

5. Direitos fundamentais dos litigantes: (b) a segurança jurídica

Por outro lado, reza a Constituição Federal que *"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"* (artigo 5º, LIV), assim entendido o processo que assegura aos litigantes *"o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"* (inciso LV). Nesse conjunto de garantias está inserido o *direito à segurança jurídica*, de cuja densidade se pode extrair que não apenas a liberdade, mas também os bens em sentido amplo (inclusive, pois, os direitos subjetivos de qualquer espécie) não de permanecer sob a disposição de quem os detém e deles se considera titular, até que se esgote o devido processo legal. Esse direito, que BOTELHO DE MESQUITA denominou de *direito à liberdade jurídica*, *"tem por objeto a liberdade de exercer os direitos contestados, até que se demonstre judicialmente que esse direito não existe ou que pertence a outrem"* (8). É, pois, direito fundamental do litigante demandado (como o é, também, do litigante de mandante) o direito à chamada *cognição completa, exauriente*, assim entendida a que submete as soluções definitivas dos conflitos que procedimentos prévios nos quais se ensejam aos litigantes o contraditório, a ampla defesa e a interposição de recursos.

Esclareça-se que por direito à cognição completa não se quer significar direito a procedimento ordinário. A cognição completa, como bem demonstrou OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA(9), pode resultar tanto do

8. BOTE LHO DE MESQUITA, José Inacio - *"Limites ao Poder do juiz nas Cautelares Antecipatórias"*, Revista Brasileira de Direito Processual, vol. 56, pag 45. Nas suas palavras, o *direito à liberdade jurídica*. *"...se funda num pressuposto que, para nós processualistas, é de extrema relevância: o de que, havendo litígio sobre a existência ou inexistência de um direito, só se pode encontrar a verdade sobre esse direito mediante a observância de um processo que garanta a descoberta dessa verdade. E isto vale tanto para o processo penal como para o processo civil, E tanto isto é verdadeiro que na raiz de todas as tentativas de restringir a liberdade jurídica do réu encontra-se sempre uma profunda e indisfarçável desconfiança na capacidade do processo de possibilitar a descoberta da verdade"*.

9. BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A, - *"A Plenitude da Defesa no Processo Civil"* **apud** "As

procedimento ordinário, como também do sumário (que, em geral, consiste apenas em comprimir no tempo a prática dos mesmos atos processuais básicos do procedimento ordinário). A cognição completa, por outro lado, não é incompatível com a técnica processual de repartição do conflito, de sua solução por partes, em porções distintas, cada qual submetida a processo autônomo, como ocorre em muitos procedimentos especiais (ações possessórias, consignatórias, de despejo, de desapropriação, etc.). Nesses casos, há cognição exauriente, semelhante à do procedimento comum ordinário, com a única diferença de que num se oferece solução concentrada para todo o conflito, e no outro se desconcentra a solução, mediante a partição do conflito em processos autônomos. É o que ocorre também, *mutatis mutandis*, no processo de execução: inobstante se diga que na ação de execução o contraditório é *rarefeito*, praticamente inexistente - e isso é verdade -, nem por isso está o executado ao desamparo de seu direito constitucional. Isto porque a cognição completa ou já se exauriu na ação de conhecimento e de liquidação, ou vai ocorrer, se assim o desejar o executado, em ação paralela (de embargos de devedor, onde o campo de cognição é amplíssimo, se necessário - artigo 745 do CPC). Em outras palavras: o essencial para garantir o direito à cognição exauriente é que - seja em procedimento ordinário, seja em procedimento sumário, seja num único processo, seja em mais de um processo - a sentença definitiva de mérito só se torne imutável após serem viabilizados amplos meios de participação dos litigantes na formação do convencimento do juiz, segundo o artigo 5º, LV, da Constituição.

6. Harmonização da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica: antecipação dos efeitos da tutela

Por se tratar de direitos fundamentais de idêntica matriz cons-

Garantias do Cidadão na justiça", diversos autores, Coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Saraiva, 1993, pags. 149 e segs.



titucional, não há hierarquia alguma, no plano normativo, entre o direito à efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica, pelo que hão de merecer, ambos, do legislador ordinário e do juiz, a mais estrita e fiel observância. Todavia, a exemplo do que se passa em relação a outros direitos fundamentais, também entre os mencionados direitos dos litigantes podem ocorrer, no plano da realidade, fenômenos de tensão. Há, com efeito, um elemento fático especialmente habilitado a desencadeá-las: é o fator *tempo*. O decurso do tempo, todos o sabem, é inevitável para a garantia plena do direito à segurança jurídica, mas é, muitas vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição, notadamente quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente. Presente aí a colisão de direitos fundamentais, imperiosa será, conseqüentemente, a formulação - legislativa ou judicial - de regra para solucioná-la.

Em estudo anterior procuramos demonstrar que o sistema do processo cautelar constitui modelo de solução, criado por via legislativa, para o conflito supracitado, já que *"a intervenção do legislador ordinário, disciplinando o processo cautelar, as medidas cautelares e as suas liminares, representa (..) a via legislativa destinada a propiciar a convivência a mais harmônica possível dos direitos constitucionais dos litigantes, propiciando alternativas para resolução das eventuais colisões"*. E acrescentamos: *"Porém, o legislador (..) opera em abstrato e nem sempre consegue prever e dar solução a todas as situações de conflito que a vida apresenta. É por isso que, subsidiariamente à via legislativa e em harmonia com ela, viabiliza-se a atuação direta do juiz. Não é por outra razão que ao juiz se assegura o chamado 'poder geral de cautela: que lhe permite diferir medidas cautelares 'inominadas': não previstas no texto legislativo¹⁰."* Pois bem, a introdução,

¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino - *"Restrições à Concessão de Liminares"*, Revista Jurídica, vol. 195, pág. 28; Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, vol. 53, pág. 13; Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, vol. 125, pág. 67.

agora, no sistema processual positivo, da *antecipação dos efeitos da tutela de mérito* representa, sem a menor sombra de dúvida, a construção, por via legislativa, de regra com a mesma finalidade: estabelecer mecanismos para obtenção de concordância prática, de formas de convivência simultânea, entre o direito fundamental à efetividade do processo e o direito fundamental à segurança jurídica, naquelas hipóteses em que tais direitos fundamentais estiverem em rota de colisão.

É, pois, com base nessas indispensáveis premissas de natureza constitucional que se deve assentar a exegese dos novos dispositivos do Código de Processo Civil.

7. A antecipação dos efeitos da tutela e o princípio da necessidade

Conforme já se afirmou em tópico anterior, toda a norma que visa solucionar colisão acarreta, em alguma medida, limitações à concretização dos direitos colidentes. A antecipação dos efeitos da tutela, prevista no artigo 273 do CPC, não foge à regra. Efetivamente, ao estabelecer que *"o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial"*, o legislador ordinário está, sem dúvida, estabelecendo restrição ao direito à segurança jurídica, consagrado pelo artigo 52, inciso LIV, da Constituição. Justamente por isso, e conforme evidenciam os incisos do artigo, tal restrição somente será admitida quando outro direito fundamental (o da efetividade da jurisdição) estiver em vias de ser desprestigiado. O desprestígio pode ocorrer (a) quando *"haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação"* (situação que põe em xeque a utilidade prática da futura sentença ante o possível comprometimento do próprio direito afirmado na inicial), ou (b) quando *"fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu"* (fatos que comprometem, injustificadamente,

a celeridade da prestação jurisdicional). Sendo notória, em casos dessa natureza, a impossibilidade de convivência *simultânea e plena* entre os dois direitos fundamentais, justificada está, pelo *princípio da necessidade*, a formulação da regra legislativa, destinada à obtenção da uma *concordância prática*. E a opção do legislador, de adotar como técnica de solução a antecipação provisória do bem da vida reclamado pelo autor, revela claramente que, na ponderação dos valores colidentes, ficou estabelecida uma relação específica de prevalência do direito fundamental a efetividade do processo sobre o da segurança jurídica.

8. Hipóteses de antecipação: assecuratória e punitiva

À hipótese de antecipação da tutela em casos em que "*haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*" pode-se denominar *antecipação assecuratória*: antecipa por segurança. Antecipa-se provisoriamente a tutela pretendida pelo autor como meio de evitar que, no curso do processo, ocorra o perecimento ou a danificação do direito afirmado. Em outras palavras, antecipa-se em caráter provisório para preservar a possibilidade de concessão definitiva, se for o caso.

À outra hipótese de antecipação, decorrente de *abuso de direito de defesa* ou de *manifesto propósito protelatório do réu*, poder-se-á denominar, pelo menos para efeitos classificatórios, de *antecipação punitiva*. Embora não se trate propriamente de uma punição, posto que sua finalidade tem um sentido positivo (de prestar jurisdição sem protelações indevidas), a medida guarda semelhança, no que diz com as respectivas causas originantes, com as penalidades impostas a quem põe obstáculos à seriedade e à celeridade da função jurisdicional, previstas no CPC (*v.g.*, artigo 15 e seu parágrafo, artigo 538, parágrafo único, e artigo 601). Daí a razão da denominação aqui adotada.

9. Antecipação parcial ou total: princípio da menor restrição.. possível

A antecipação dos efeitos da tutela, diz a lei, pode ser total ou parcial. Conforme se fará ver no devido tempo, há efeitos que, por natureza, não são suscetíveis de antecipação. Com essa ressalva, e considerando os demais, o juiz certamente não é livre para estabelecer os limites da antecipação, nem isso depende de seu juízo *discricionário* (¹¹). Na verdade, 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.

Em qualquer caso, *"o juiz indicará de modo claro e preciso as razões do seu convencimento"*. Essa recomendação, constante do artigo 273, parágrafo 1º, poderia ter sido dispensada pelo legislador, não só porque já consta da própria Constituição como requisito de validade de todas as decisões judiciais (artigo 93, IX), mas também pela evidente razão - que a um juiz não poderia passar despercebida - de que não se pode impor restrição a um direito constitucional fundamental sem prestar contas dos motivos que a justificaram. O legislador, no entanto, reitera o preceito, numa verdadeira súplica em desespero de causa. Está mais que na hora de atendê-lo!

¹¹. Opinião em sentido diverso: DINAMARCO, Cândido Rangel - *"A Reforma do Código de*

10. Pressupostos comuns: prova inequívoca e verossimilhança

Atento, certamente, à gravidade do ato que opera restrição a direitos fundamentais, estabeleceu o legislador, como pressupostos genéricos, indispensáveis à qualquer das espécies de antecipação da tutela, que haja (a) prova inequívoca e (b) verossimilhança da alegação. O *fumus boni iuris* deverá estar, portanto, especialmente qualificado: exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como *fatos certos*. Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de *plausibilidade* quanto ao direito e de *probabilidade* quanto aos fatos alegados), a antecipação da tutela do mérito supõe *verossimilhança* quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) *certeza* quanto à verdade dos fatos. Sob este aspecto, não há como deixar de identificar os pressupostos da antecipação da tutela de mérito com os da liminar em mandado de segurança: nos dois casos, além da relevância dos fundamentos (de direito) supõe-se provada nos autos a matéria fática.

Dir-se-á que é um paradoxo a exigência *de fato certo* e juízo de *verossimilhança* do direito: se o fato é certo, o direito existe ou não existe, posto que "*jura novit curia*". Na verdade, a referência à "prova inequívoca" deve ser interpretada no contexto do relativismo próprio do sistema de provas. Como observou CALAMANDREI, "*todas las pruebas, se bien se mira, no son más que pruebas de verosimilitud. (..) Aun para el juez más escrupuloso y atento, vale el límite fatal de la naturaleza humana: lo que vemos, sólo es lo que nos parece que vemos. No verdad, sino verosimilitud: es decir, apariencia (que puede ser también ilusión) de verdad*"¹²). Assim,

Proceso Civil", Malheiros, 1995, pág. 141.

¹² CALAMANDREI, Piero - "*Derecho Processual Civil*". tradução espanhola de Santiago Sentis Melendo, Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1986. vol. III, págs. 319-320.

o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta - que não existe nem mesmo quando concluída a instrução-, mas uma prova robusta, que aproxime em segura medida o juízo de probabilidade do juízo de verdade.

11. Pressupostos alternativos: (a) *periculum in mora* ou (b) atos protelatórios do réu

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 consequência lógica do princípio da necessidade, antes mencionado.

"*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 contêm 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* (v.g., os do artigo 14, III e IV). 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 relacionado. 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.

12. Antecipação da tutela, reexame necessário e apelação de duplo efeito

Conforme adiante se verá, a antecipação da tutela só tem sentido prático nas hipóteses em que comportar antecipação de ato de execução *lato sensu*. Nos demais casos, será inócua e, portanto, 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.

Disso resulta ser legítima a antecipação da tutela nos casos focados, e mais: confirmada pela sentença a procedência da tutela já antecipada provisoriamente, o eventual recurso de apelação não poderá ter efeito suspensivo, porque isso é absolutamente incompatível com o sistema agora adotado. Em outras palavras, o artigo 520 do CPC contém, por força do sistema, um inciso implícito, que bem poderia ter a seguinte redação: *"...será (...) recebida só no efeito devolutivo (a apelação) quando interposta de sentença que: ... VI - julgar procedente o pedido de tutela já antecipada no processo"*. Por idêntica razão, o reexame necessário, nestes casos, deverá ser feito sem prejuízo da execução dos efeitos antecipados. É, pois, com essa ressalva implícita que se deverá interpretar, a partir de agora, o artigo 475 do Código.

13. Momento da antecipação

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 de processo, e dificilmente se poderia imaginá-los praticados antes da citação ou da resposta.

E se a situação de perigo se configurar estando o processo pronto para receber sentença? Há duas soluções possíveis. Se não for caso de reexame necessário, nem de apelação com efeito suspensivo, sentenciam-se e executa-se provisoriamente a própria sentença. Se, no entanto, for caso de reexame necessário ou de apelação com efeito suspensivo, a antecipação da tutela - que nada mais significará senão autorização para execução provisória - será deferida na própria sentença (desde que, obviamente, estejam preenchidos os requisitos do artigo 273 do CPC).

14. Antecipação da tutela na fase recursal

Poderá ocorrer que a situação de perigo de dano irreparável ao direito se configure quando o processo esteja na sua fase recursal. Se couber medida cautelar, esta deverá ser requerida diretamente ao tribunal (*"inter-posto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal"*, diz o parágrafo único do artigo 800, na sua atual redação), que a concederá ou não à luz dos pressupostos próprios do processo cautelar. Porém, se a única maneira de afastar o perigo ao direito é a sua satisfação antecipada, a solução que o novo sistema oferece é o pedido de antecipação, que, igualmente, será dirigido ao tribunal e será apreciado pelo órgão competente para o julgamento do recurso, ou pelo relator, conforme dispuser o regimento interno. A concessão da medida dependerá do atendimento das

exigências do artigo 273: risco iminente de perecimento ou de dano ao direito, prova inequívoca e verossimilhança da alegação.

E se a situação de perigo ocorrer após a sentença, mas antes da subida dos autos ao tribunal? Nesse caso, ressalvada a especialíssima hipótese do artigo 296 do CPC, a competência será também do tribunal, pois o juiz de primeiro grau, tendo proferido sentença, já completou sua atividade, não mais podendo inovar no processo. A questão, portanto, é apenas de ordem prática, ou seja, de como levar o pedido ao tribunal se os autos lá não chegaram. Para superar tal dificuldade, a solução possível é admitir, em caráter excepcional, o mecanismo até agora utilizado como regra: o processo cautelar. Com efeito, é pela via da ação cautelar ou do mandado de segurança contra ato judicial (que também tem, nesses casos, típica função cautelar, conforme sustentamos alhures ⁽¹³⁾) que até hoje se postula perante os tribunais a tutela de urgência, inclusive medidas de antecipação satisfativa. De ora em diante, haver-se-á de distinguir as situações: a ação cautelar, como em primeira instância, ficará reservada às hipóteses de tutela cautelar típica. Pedidos de antecipação satisfativa deverão ser formulados ao tribunal nos próprios autos da ação do conhecimento.

Porém, excepcionalmente, interposta a apelação e encontrando-se os autos ainda no juízo inferior, poder-se-á admitir, como solução de ordem prática apenas, a utilização da ação cautelar para postular antecipação satisfativa, mas o pedido, mesmo assim, somente poderá ser deferido se o interessado comprovar os requisitos do artigo 273, do CPC. O que parece inapropriado, de ora em diante, é a utilização do mandado de segurança com essa finalidade. Estabelecido que a competência do tribunal para as medidas

¹³ ZAVASCKI, Teori Albino – “A Função Cautelar do Mandado de Segurança contra Ato judicial”. AJURIS. vol. 50. pág. 82; Revista jurídica. vol. 181, pág. 24; Revista de Processo, vol. 64, pág.

cautelares se firma tão pronto *interposto o recurso*, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 800, do CPC, já não há razão para, nestes casos, deixar de utilizar desde logo tal via, que é a adequada e que agora já não tem o empecilho da antiga redação do dispositivo mencionado. Como se sabe, o mandado de segurança "*contra ato judicial*", em casos dessa espécie, sempre foi instrumento artificioso, que, para justificar-se, precisa transformar o juiz da causa em parte no processo, litisconsorte passivo de uma das partes!

Aliás, adotada a linha de orientação aqui defendida e aprovado o projeto de lei que prevê interposição do agravo de instrumento diretamente perante o tribunal - que poderá dar-lhe efeito suspensivo -, pode-se prognosticar o fim do mandado de segurança contra os atos judiciais sujeitos a recurso, devendo-se retomar, na sua interpretação estrita, o artigo 52, II, da Lei nº 1.533, de 1951, e da Súmula nº 267 do STF. Efetivamente, a concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento será o modo adequado para sustar a execução de decisões interlocutórias que *deferirem* medidas geradoras de perigo a direito do réu (¹⁴). E o pedido de antecipação da tutela ou, se for o caso, a ação cautelar, será o caminho para obter, perante os tribunais, as medidas para proteção do direito do autor, *indeferidas* pelo juiz.

15. Antecipação e natureza da tutela

O que significa antecipação de *efeitos* da tutela? Os efeitos da tutela estão na *sentença*, e daí a razão pela qual se fala em *antecipação*. Antecipar significa *adiantar* no tempo, *fazer antes* do tempo previsto. Os

¹⁴ A propósito, o Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, coordenador da comissão que elaborou o anteprojeto da reforma, afirmou que uma das finalidades do novo agravo de instrumento é a de "*eliminar o uso anômalo do mandado de segurança para obtenção de efeito suspensivo*" ("*A Efetividade do Processo e a Reforma Processual*", AJURIS, vol. 59, pág. 261).

efeitos da tutela são, assim, os potencialmente decorrentes do conteúdo da sentença de mérito, que varia segundo a natureza do pedido e, conseqüentemente, da sentença que o acolher. O conceito de *efeitos* ou *força*, segundo PONTES DE MIRANDA, está relacionado com a *eficácia* da sentença, e esta "*deriva da pretensão ou pretensões à tutela jurídica de cujo exercício resultou a 'ação'*" (¹⁵). Daí poder-se afirmar, nessa linha de pensamento, que a sentença tem uma força, uma eficácia, um efeito *preponderante* (de declaração, de constituição, de condenação, de mandamento e de executividade) e também, "*em ordem variável*", as demais forças, efeitos ou eficácias (¹⁶). Assim, pois, antecipar os efeitos da tutela pretendida significa antecipar as *eficácias* potencialmente contidas na sentença.

O princípio da necessidade impõe se observe a adequação da medida antecipatória ao fim a que se destina a antecipação, e que outro não é senão o de assegurar a efetividade do processo. Assim, nos casos em que a tutela somente poderá servir ao demandante quando concedida em forma definitiva, não haverá utilidade alguma em antecipá-la provisoriamente. É o caso da tutela meramente declaratória ou da meramente constitutiva que, pela própria natureza de cada uma, não se compatibilizam com deferimento em caráter provisório e, por isso mesmo, sua antecipação é medida absolutamente neutra em relação ao desiderato do legislador de alcançar utilidade e celeridade da prestação jurisdicional. Assim, é incabível antecipar simplesmente efeitos declaratórios ou constitutivos.

Realmente, a antecipação de efeitos da tutela somente contribuirá para a efetividade do processo quando, pela sua natureza, se tratar de efeitos (a) que *provoquem* mudanças ou (b) que *impeçam* mudanças *no plano da realidade fática*, ou seja, quando a tutela comportar, de alguma for-

¹⁵ MIRANDA, Pontes de - "*Tratado das Ações*", 2ª ed., tomo I, RT, págs. 172-3.

¹⁶ MIRANDA, Pontes de - op. cit., págs. 178-181.

ma, *execução*. Execução em sentido o mais amplo possível: pela via executiva *lato sensu*, pela via mandamental ou pela ação de execução propriamente dita. Somente nesses casos a antecipação de efeitos será compatível com o princípio da necessidade. Aliás, também em se tratando de tutela *condenatória*, o que se antecipa não é a condenação propriamente (que não comporta provisoriedade), e sim os efeitos executivos que dela decorrem.

Isso não significa dizer que é incabível antecipar efeitos da tutela em ações declaratórias, ou em ações constitutivas, e essa afirmação merece ser justificada com maior detalhe porque, aparentemente, contradiz o que acima se acabou de afirmar.

A carga de *declaração* - que consta de todas as sentenças e que é preponderante nas ações declaratórias e bem significativa nas ações constitutivas - tem eficácia de preceito. Daí dizer-se que a ação declaratória é uma *ação de preceito* e que a sentença nela proferida é uma sentença com *efeito de preceito*⁽¹⁷⁾. Preceito é norma, é prescrição, é regra de conduta, obrigatória a seus destinatários. O preceito, na sentença, constitui a essência do que se costuma chamar de "*lei entre as partes*". Como toda a norma, como toda a lei, o preceito da sentença tem, pois, a eficácia (positiva) de *prescrever*, estabelecendo certeza sobre o conteúdo da relação jurídica litigiosa, mas tem também a eficácia (que se poderia chamar de *eficácia negativa*) de impedir, de proibir, de vedar futuros atos ou comportamentos do réu contrários ou incompatíveis com o conteúdo do preceito emitido. Daí a observação, sempre apropriada, de PONTES DE MIRANDA, de que "*o réu, na ação declarativa, está 'preceitado'*"⁽¹⁸⁾, razão pela qual "*o autor pode ir contra o réu com o preceito, se o réu tem algo a fazer em contrário ao*

¹⁷ MIRANDA, Pontes de - op. cit., tomo II, 1ª ed., pág. 62.

¹⁸ MIRANDA, Pontes de - op.cit., tomo II, pág. 72.

declarado, ou se algo fez em contrário. Não se precisa da propositura de ação nova" (19).

Ora, essa *eficácia negativa* é, certamente, passível de antecipação, o que se dá, necessariamente, mediante *ordens de não fazer contra o preceito*, ou seja, *ordens de abstenção, de sustação, de suspensão* de atos ou comportamentos. Isso explica o que para muitos é um contra-senso: a concessão de medidas "*cautelares*" em ações declaratórias e explica também certas medidas "*cautelares*" em ações constitutivas. Vejam-se dois exemplos bem conhecidos. Primeiro, a ação direta de inconstitucionalidade. Tipicamente declaratória, sua sentença de procedência tem como *eficácia positiva* a de declarar a nulidade, por inconstitucionalidade, do ato normativo, e, como *eficácia negativa*, a proibição de aplicação da norma declarada inconstitucional. Pois bem, a medida "*cautelar*" de sustação da vigência da norma questionada não tem, na verdade, natureza cautelar, mas constitui, isto sim, satisfação antecipada da *eficácia negativa* da tutela declaratória. Outro exemplo: o mandado de segurança que visa anular ato abusivo ou ilegal praticado por autoridade. A sentença de procedência terá, como *eficácia positiva*, a de declarar a nulidade e retirar do mundo jurídico o ato ilegítimo, e, como *eficácia negativa*, a de proibir à administração pública qualquer comportamento incompatível com essa declaração, como seria o de dar alguma conseqüência ao ato anulado. Ora, a ordem liminar para "*que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido*", prevista no artigo 7º, II, da Lei nº 1.533, de 1951, nada mais é do que antecipação provisória dessa *eficácia negativa* da futura sentença

Como esses, muitos outros são os casos de antecipação da *eficácia negativa* do preceito contido nas sentenças. É o caso da ação que visa anular título de crédito, cuja sentença de procedência tem a *eficácia*

¹⁹ MIRANDA, Pontes de -op. cit., tomo I, pág. 124.

positiva de desconstituir a obrigação e declarar a nulidade do título, e, como eficácia *negativa* a de proibir o réu, *preceitado*, de ter comportamento incompatível com o conteúdo dessa declaração, como seria o de levá-lo a protesto. A *cautelar inominada* de sustação do protesto, portanto, não tem natureza cautelar típica, mas é, isto sim, antecipação satisfativa da eficácia *negativa* do preceito contido na sentença. De ora em diante, portanto, esta e outras tantas "*cautelares inominadas*" semelhantes, que buscam suspensão de atos, ou abstenção de comportamentos, comuns na rotina forense (como, por exemplo, a suspensão de assembléia de sociedade, em ação em que se busca anular os atos convocatórios), deverão ser postuladas na própria ação de conhecimento, com base no artigo 273 do CPC, e não mais em ação cautelar inominada.

16. Execução da decisão antecipatória: provisoriedade, responsabilidade e exigência de caução

O que ficou dito no item anterior remete ao tema do cumprimento da decisão que antecipa a tutela. A propósito, há de se considerar que (a) qualquer ato de execução terá o signo da *provisoriidade*, no sentido de que a decisão executada é suscetível de modificação ou revogação, inclusive antes da sentença, e (b) o que se antecipa é somente o que poderá, em tese, estar contido na futura sentença. Em outras palavras, não se pode antecipar *extra* ou *ultra petita* (²⁰). Dessas premissas resultam as seguintes conseqüências:

a) a execução se procederá pela forma apropriada e compatível com os *efeitos* antecipados: nos próprios autos, por simples mandado (efeitos executivos *lato sensu* e mandamentais) ou por ação de execução provisória (efeitos executivos de tutela condenatória).

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel - op. cit., pág. 140.

b) a execução é sempre *provisória*, sujeita a ser modificada ou tornada sem efeito a qualquer tempo, razão pela qual deverão ser garantidos meios eficientes ao retorno ao *status quo ante*, se for o caso, podendo o juiz, com tal finalidade, exigir caução idônea. A exigência de caução tem sustento não apenas na aplicação analógica do artigo 804, do CPC, mas sobretudo na indeclinabilidade do princípio de **salvaguarda do núcleo essencial** do direito à segurança jurídica do demandado.

c) todo o risco da execução antecipada é do demandante, como ocorre em qualquer execução (CPC, artigo 574) e de modo especial e aqui impõe-se a analogia - com a execução provisória das sentenças condenatórias (CPC, artigo 588, 1) e das medidas cautelares (CPC, artigo 811). A circunstância de não ter sido referido, no parágrafo 3º, do artigo 273, como "*aplicável no que couber*", o inciso I do artigo 588 do CPC, obviamente não teve o desiderato de proibir a aplicação, ou de excluí-la. É que não teria sentido algum - porque afrontoso a todo o sistema de direito - carregar-se à conta do litigante 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 pelo interesse 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 ao demandante 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 culposo ou dolosa da demandante.

17. Antecipação da tutela condenatória: novo título executivo judicial

Se, como acima se afirmou, a execução da decisão que antecipa efeitos executivos da tutela condenatória se fará mediante ação de execução provisória, tem-se presente mais um título executivo judicial: a decisão (interlocutória) que defere a antecipação. Essa espécie de título executivo não chega a ser novidade. Outras decisões interlocutórias há instrumentando ação de execução, como, *v.g.*, a que fixa alimentos provisionais (CPC, artigo 733) e a que aplica multa por ato atentatório à dignidade da justiça (CPC, artigo 601). Não se pode ter por exaustivo, como se vê, o rol dos títulos executivos judiciais previstos no artigo 584 do CPC.

Questão importante é a de saber se, nas obrigações de fazer ou não fazer, a ação é condenatória (sujeita, portanto, a posterior ação de execução) ou se é simplesmente mandamental. É que o artigo 461 do CPC, importado do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.1990, artigo 84), interpretado literalmente, dá a entender que o legislador buscou implantar modalidade de ação mandamental, auto-executável. No entanto, paradoxalmente, manteve-se, com a nova redação do artigo 644, a ação de execução "*... em que o credor pedir o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, determinada em título judicial...*". Portanto, aparentemente, a compatibilização dos dois dispositivos somente é possível se se considerar como de natureza condenatória a ação prevista no artigo

461, pelo menos em certos casos (que deverão ser, de alguma forma, definidos). Se a conclusão está correta, é certo que também a antecipação dos efeitos executivos da tutela, naqueles casos, demandará ação própria de execução.

18. Antecipação da tutela de obrigação de fazer e não fazer

A transposição, pura e simples, para o Código de Processo Civil, sem maior cuidado de compatibilizá-lo com os demais dispositivos, certamente transformará o artigo 461, do CPC, em palco de muita controvérsia interpretativa. Além da questão relacionada com a natureza da tutela nele prevista (a que já se fez referência), outro ponto que merece atenção é o seu parágrafo 3º. Nele se trouxe disciplina própria para a antecipação da tutela em obrigações de fazer e de não fazer, nos seguintes termos: *"Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada."* O dispositivo - que reproduz literalmente o parágrafo 3º, do artigo 84, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor - consagra hipótese semelhante em tudo à prevista no inciso I, do artigo 273 (a que denominamos antes de *antecipação assecuratória da tutela*). Daí a pergunta: será cabível, nas obrigações de fazer ou não fazer, a antecipação punitiva, de que trata o inciso II, do artigo 273? A resposta deve ser afirmativa. Ante o sistema geral implantado pelo artigo 273, não teria justificativa alguma o veto à tal hipótese de antecipação. Nem teria sentido algum supor que o dispositivo do artigo 461 - exatamente aquele que consagra mecanismos que privilegiam a tutela específica e célere de tais prestações - tenha pretendido também, e paradoxalmente, retirar dela uma via de antecipação assegurada a todas as demais. Mas, se é assim, qual a razão de ser do parágrafo 3º do

artigo 461? Uma interpretação plausível - que pode não ter estado na cogitação do legislador, mas que ajusta o dispositivo ao sistema - é a que vê no parágrafo 3º simples forma de disciplinar a concessão liminar da tutela nos casos que refere. Ou seja, o dispositivo não teve o desiderato de restringir as hipóteses de antecipação, mas sim o de proibir sua concessão antes da citação.

19. Antecipação e reversibilidade .

Dispõe o parágrafo 22, do artigo 273 do Código: "*Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.*" No particular, o dispositivo 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.

O princípio 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 teórica, 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 de direitos 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 uso demandado (liberada e comercializada a mercadoria, já não há que se falar em seu exame fitossanitário!); e 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 ⁽²¹⁾, 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 mais que antecipação provisória; é concessão ou de negação da tutela em caráter definitivo.

20. Revogação da medida: efeitos

A decisão que antecipa efeitos da tutela poderá ser modificada a qualquer tempo, como ser revogada. As severas exigências para concessão da antecipação faz supor que, se observadas como devem, serão infreqüentes os casos de revogação. Porém, quando ocorrer, a eficácia revogatória será imediata, pois o recurso de agravo (de instrumento) não terá efeito suspensivo. O mesmo se dará se a revogação provier - expressa ou implicitamente - da sentença que extinguir o processo sem exame de mérito, ou que julgar improcedente o pedido. Aqui, o recurso de apelação, mesmo com efeito suspensivo, não terá, por si só, o condão de *suspendere* a

²¹ Outros exemplos semelhantes são referidos por ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, in "Anotações sobre o Mandado de Segurança Coletivo". AJURIS, vol. 54, pág. 69

revogação. A situação, na hipótese, é semelhante à da revogação, por sentença, das liminares concedidas em mandado de segurança (Súmula nº 405 do STF) ou em ação cautelar.

Nos casos focados, é cogitável de restauração da medida se o risco de dano irreparável (que ensejou *antecipação assecuratória*) persistir, e de forma tal que possa prejudicar ou tornar inteiramente inútil o eventual provimento do recurso interposto. O pedido, em tais casos, deverá ser dirigido ao tribunal, pelas mesmas vias de postulação de antecipação da tutela na fase recursal, acima já referidas, e o seu sucesso ficará na dependência da comprovação dos requisitos do artigo 273, que deverão estar sobremaneira realçados, eis que terão contra si uma decisão ou uma sentença de primeiro grau.

21. Antecipação da tutela e processo cautelar

A viabilidade de antecipar, no próprio processo de conhecimento, os efeitos executivos da tutela de mérito sujeita a risco de dano tem repercussões profundas no processo cautelar. É que, até hoje, a ação cautelar vinha sendo utilizada, farta e indiscriminadamente, tanto para obter medidas cautelares propriamente ditas (ou seja, medidas para assegurar o direito, sem satisfazê-lo), como também para obter medidas de antecipação satisfativa (medidas que antecipam a execução como meio para evitar o perecimento do direito). O artigo 273 veio estabelecer um divisor de águas, alterando profundamente essa situação. De ora em diante, a ação cautelar se destinará exclusivamente às medidas cautelares típicas; as pretensões de antecipação satisfativa do direito material somente poderão ser deduzidas na própria ação de conhecimento. A distinção entre elas passa a ser, como se vê, de fundamental importância, e não apenas por motivos "burocráticos" (na prática, até agora a antecipação satisfativa era requerida em ação

autônoma - "*cautelar*" -, mas os autos, geralmente, eram apensos aos da ação principal, onde se fazia instrução e julgamento conjunto). Sob este aspecto, a antecipação satisfativa da tutela pelo regime do artigo 273 do CPC resultou facilitada (já que independe de ação própria, podendo ser requerida por simples petição). Porém, a profundidade da mudança foi em outro aspecto: mudaram os pressupostos para a concessão da medida, que passaram a ser mais severos que os do processo cautelar, conforme acima se referiu. E esse rigor maior faz sentido porque, como bem observa OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, "*quando se antecipa execução, satisfaz-se por antecipação, atendendo-se desde logo à pretensão, o que significa mais do que dar-lhe simples proteção cautelar*" (²²).

O que se operou, portanto, foi a *purificação* do processo cautelar, que assim ficará restrito à sua finalidade típica: a obtenção de medidas para tutelar o processo e, indiretamente, o direito, sem porém satisfazê-lo. Todas as demais medidas assecurativas, que constituam satisfação antecipada de efeitos da tutela de mérito, já não caberão em ação cautelar, podendo ser, ou melhor, *devendo* ser reclamados na própria ação de conhecimento. Postulá-los em ação cautelar, onde os requisitos para a concessão são menos rigorosos, significará fraudar o artigo 273 do CPC, que, para satisfazer antecipadamente, exige mais que plausibilidade, exige verossimilhança construída sobre *prova inequívoca*.

É claro que o legislador não está tentando conter o fenômeno, que é universal nos sistemas processuais semelhantes ao nosso, da

²² BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A, - "*Comentários ao Código de Processo Civil*", 2ª ed., vol. XI, LEJUR, 1986, pág. 67. Aliás, deve-se creditar ao Prof. Ovídio a primazia de advogar a introdução, no processo de conhecimento, do mecanismo de antecipação provisória da tutela, conforme proposição que apresentou, já em 1983, no Congresso Nacional de Processo Civil realizado em Porto Alegre.

"expansão da tutela jurídica provisória"⁽²³⁾. O que o legislador fez foi canalizar essa força expansiva para dentro do próprio processo de conhecimento, providência, aliás, reclamada por doutrinadores autorizados, como GALENO LACERDA ⁽²⁴⁾.

22. Conclusões

De tudo o que se acaba de expor, é certo afirmar-se, a título de conclusões gerais, que: a) a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela no processo de conhecimento é solução legislativa para o conflito entre o direito à efetividade do processo e o direito à segurança jurídica, tendo o legislador optado pela prevalência específica do primeiro sobre o segundo; b) trata-se de mudança significativa do sistema processual civil em nosso País, com repercussões profundas - que a breve tempo serão detectadas com mais minúcias pela doutrina e pelos tribunais - não só no próprio processo de conhecimento, como no processo de execução e no cautelar; e c) antecipar tutela, isto é, satisfazer antecipadamente, é impor restrição ao direito fundamental à segurança jurídica do demandado; por isso, deve ser compreendida como forma excepcional de prestar jurisdição, que somente será legítima nos restritos limites admitidos pela lei, cabendo ao Judiciário zelar para que tais limites sejam realmente observados.

²³ BAUR, Fritz - *"Tutela Jurídica Mediante Medidas Cautelares"*, tradução de Armindo Edgar Laux, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1985, págs. 12-18; MARINONI, Luiz Guilherme - *"Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória"*, RT, 1992, pág. 76.

²⁴ LACERDA, Galeno - *"Função e Processo Cautelar - Revisão Crítica"*, AJURIS, vol. 56, págs. 5-13.