

## ASPECTOS GERAIS DA TUTELA JURISDICCIONAL ANTECIPADA\*

Francesco Conte

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

1. O jurista não precisa ser triste e nem um crítico mal-humorado.

Eu estava inclinado a começar a exposição manifestando o meu sentimento de **lisonja** em participar deste seminário.

Lembrei-me, entretanto, de que a "**lisonja é uma espécie de suborno psicológico**".

Ao invés de lisonja é aconselhável falar em **honra**.

Pois bem: É uma **honra** participar deste Seminário de elevado nível técnico e superlativa fecundidade intelectual à conta da iniciativa, sobretudo feliz, da EMERJ, EMPERJ e CEJUR/PGERJ.

Essa **honra** mais se robustece quando este Seminário reverencia a memória do saudoso ministro MIGUEL SEABRA FAGUNDES, expoente da cultura jurídica e humanística, à luz de cujas lições nos aquecemos.

Tenho a absoluta certeza de que, neste momento, o querido Mestre está aqui, entre nós, conspirando generosamente em prol do êxito deste conclave.

Princípio com duas **advertências** necessárias:

1. a primeira, de cunho ambientalista, diz respeito a um aspecto positivo desta palestra: é que ela **não agride a camada de ozônio**; e

2. a segunda, em perspectiva gastronômica, é que esta exposição, versando sobre os aspectos **gerais** da tutela antecipada, será, apenas, o **couvert**, isto que o **prato principal**, com o **tempero** de apurada técnica, será superiormente servido pelos eminentes professores HELCIO ASSUMPCÃO e CARREIRA ALVIM.

(\*) Palestra proferida, em 22.04.1996, na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

Como é notório, o Brasil exhibe, atualmente, um poderoso arsenal legislativo no tocante ao Direito Processual Civil, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que patrocinou a ampliação do leque de instrumentos de tutela dos direitos e interesses individuais e coletivos.

Entretanto, por variegadas razões, ganha terreno a **insatisfação** com a ineficácia dos serviços prestados pela Justiça, na solução das lides.

Nada obstante o formidável progresso científico do processo civil, é insatisfatória a performance do mecanismo jurisdiccional, sobretudo ao ângulo do binômio **celebridade/efetividade**.

O eminente JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em página memorável, que encerra as **tendências contemporâneas do Direito Processual Civil**, afirma a necessidade de aplicar-se:

"... com maior eficácia à modelagem do real as ferramentas pacientemente temperadas e polidas pelo engenho dos estudiosos. Noutras palavras: toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca. Pois a melancólica verdade é que o extraordinário progresso científico de tantas décadas não pôde impedir que se fosse dramaticamente avolumando, a ponto de atingir níveis alarmantes, a insatisfação, por assim dizer universal, com o rendimento do mecanismo da justiça civil".<sup>1</sup>

"A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta", esta célebre expressão de RUI BARBOSA condensa a idéia fundamental, no âmago da sociedade, de buscar-se uma rápida composição das lides, enquanto fator de perturbação da paz social.

O tempo é a dimensão fundamental na vida humana, desempenhando, no processo, idêntico, dramático e perverso papel.

CARNELUTTI, em eloqüente visão, assinala que "o tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas".

CAPPELLETTI, nessa moldura, observa que: "a demora excessiva é fonte de injustiça social, porque o grau de resistência do pobre é menor do que o grau de resistência do rico; este último, e não o primeiro, pode sem dano grave esperar uma justiça lenta".

Já se disse, com propriedade, que "acelerar os resultados do processo é quase uma obsessão, nas modernas especulações sobre a tutela jurisdiccional".<sup>2</sup>

Não é por outra razão que, atualmente, no processo civil, o eixo gravitacional deslocou-se da esfera da segurança e do formalismo para a órbita da celeridade e da efetividade da tutela jurisdicional.

Pois bem: em semelhante contexto, na esteira das relevantes modificações introduzidas na **produção da prova pericial** (Lei nº 8.455/92), no atinente à **citação** e à **intimação** implementadas, de regra, por via postal (Lei nº 8.710/93), bem como, ainda, no concernente à **liquidação** (Lei nº 8.898/94) e também sob o ideário de **modernizar, aprimorar, simplificar e agilizar** os mecanismos da justiça civil, foram editadas, em 13.12.1994, as Leis nºs 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, que alteram mais de 80 (oitenta) dispositivos do Código de Processo Civil, relativos aos recursos, sobre as ações de consignação em pagamento e de usucapião, o processo de conhecimento, o processo cautelar e o processo de execução, respectivamente.

Posteriormente, foram editadas as Leis nº 9.079, de 14.07.1995; 9.139, de 30.11.1995 e 9.245, de 26.12.1995, instituindo a ação monitória, nova sistemática do agravo e o processo sumário, respectivamente.

Esse conjunto de leis, conquanto não tenham introduzido mudanças estruturais, **objetivam**, primordialmente, **simplificar** e **agilizar** o **funcionamento dos mecanismos da justiça civil**, sob o influxo de uma atividade jurisdicional **efetiva, justa, célere e eficaz**.

O ponto sensível, de vanguarda, das inovações introduzidas no processo de conhecimento repousa, a meu sentir, no **instituto da antecipação da tutela de direito subjetivo material, autorizada no art. 273**, consoante a redação ditada pelo art. 1º da Lei nº 8.952 de 13.12.94, com a dicção 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 verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou 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."

Não é ocioso enfatizar que, em sua nova dicção, o art. 273 exhibe dois incisos e cinco parágrafos. Essa observação, aparentemente supérflua, resulta da observação de determinado caso concreto no qual, com base no art. 273, inciso I, § 2º, o autor requereu a tutela antecipada em sua petição inicial e o juiz, em decisão proferida em agosto de 1995, rechaçando a pretensão do autor, afirmou, peremptoriamente, que o art. 273 não tinha incisos e nem muito menos parágrafos. Tudo leva a crer que o Código de S. Exa. estivesse desatualizado.

O novo dispositivo - consagrador da antecipação de tutela, tutela antecipada ou tutela antecipatória - de agilização da prestação jurisdicional, antecipando os seus efeitos, põe uma pá de cal sobre as questionadas ações cautelares **satisfativas**, usadas, até então, para contornar a morosidade do processo cognitivo (ordinário ou sumário), atrelado a exagerado formalismo, traduzido numa dimensão complexa, perturbadora e intrigante de atos processuais.

De igual modo, a antecipação, enquanto fenômeno processual, ensejou, entre nós, o julgamento antecipado da lide, logo após o encerramento da fase postulatória, sepultando, assim, as provas desnecessárias e protelatórias.<sup>3</sup>

2. Cumpre observar, nesse passo, que, ao ângulo de sua **natureza**, o novo **instituto da antecipação dos efeitos da prestação jurisdicional**, de forma ampla e pormenorizada, **não** está aprisionado no arquétipo das medidas cautelares, outorgadas sob a égide das normas contidas nos arts. 796 e seguintes do CPC.

CALAMANDREI, em sua obra clássica, situou a antecipação de provimentos decisórios sob o espectro das medidas cautelares.<sup>4</sup>

A tutela cautelar, no direito italiano, experimentou significativa expansão para abraçar preceitos de **sumarização cognitiva**, com satisfação antecipada de pretensão de direito material típica do processo de conhecimento.<sup>5</sup>

Sem embargo, não se pode identificar o instituto de antecipação de tutela, do art. 273, com a medida cautelar (de segurança).

Ao contrário, prevista no Livro I, do Código de Processo Civil, atinente ao **processo de conhecimento**, a tutela antecipada consagra prestação jurisdicional de natureza **cognitiva, sumária (com base em**

**probabilidade) e satisfativa**, através da qual, presentes os requisitos legais (art. 273, incisos I ou II, e § 2º, do CPC), se antecipa, **provisoriamente**, o **próprio** provimento jurisdicional almejado no processo de conhecimento.

A tutela antecipatória é sempre **satisfativa** do direito material reclamado.

Precipita-se, no tempo, com eficácia provisória, a própria proteção jurídica postulada em sede do processo de cognição, sob a fecunda inspiração dos princípios de economia, celeridade e efetividade processual.

A tutela antecipa a satisfação que, ordinariamente, se daria após o tempo necessário para a averiguação da existência do direito, em momento procedimental próprio.

O juiz, na antecipação de tutela em ação de conhecimento, empresta **eficácia executiva, provisória e imediata**, à sua decisão.

Há pontos de aproximação entre a medida cautelar e a antecipação da tutela no processo civil, como, por exemplo, a **urgência**, a provisoriedade da decisão e a necessidade de comprovação do **periculum in mora**, que é comum a ambos os fenômenos.

Outro ponto de contato entre a medida cautelar e o instituto da antecipação da tutela é que ambos são suscetíveis de modificação ou revogação.

Entretanto, soa trivial que o **traço característico** da medida cautelar é, **sempre**, a sua compulsória **provisoriedade**, posto conservar a sua eficácia no prazo de 30 (trinta) dias e na pendência do processo principal de semblante cognitivo ou executivo (arts. 806 e 807, do CPC), sendo certo que, **contrariamente** - conquanto concedida provisoriamente, com eficácia limitada - a antecipação da tutela, por traduzir a própria providência jurisdicional de mérito postulada, exhibe o talento para produzir efeitos duradouros, através da sentença transitada em julgado.

Em outras palavras: a medida cautelar, necessariamente provisória e efêmera, tem a finalidade precípua de garantir, no plano pragmático, a eficácia do processo principal (de conhecimento ou de execução), valendo notar que, ao contrário, a antecipação da tutela materializa a **própria prestação jurisdicional de mérito** postulada no processo de cognição, revestida de colorido **provisório**, mas com vocação para, no futuro, ostentar eficácia permanente, com o advento do trânsito em julgado da sentença.

Outro traço de distinção é que a medida cautelar é, sempre, autuada em **apenso** aos autos principais, além de poder ser concedida liminarmente, com a condicionante do art. 804, do CPC, enquanto que nos autos principais é que a tutela antecipada é requerida, não sendo lícito ao juiz concedê-la liminarmente, vale dizer, sem a prévia audiência do réu.

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.

Outro fator distintivo é que a antecipação da tutela depende, sempre, de iniciativa ou de provocação da parte (princípio da demanda), enquanto que, para determinada corrente doutrinatória, **que não é pacífica**, capitaneada por GALENO LACERDA, as **medidas cautelares incidentes** podem ser concedidas **ex officio** pelo juiz.

Outro aspecto de diferenciação entre as duas categorias é que a medida cautelar, de regra, **não** é satisfativa, declaratória de um direito material, mas meramente instrumental, acautelatória, enquanto que a antecipação da tutela **exibe** conteúdo satisfativo, de vez que pode ser igual à providência final postulada.

Veja-se outra dessemelhança: na ação cautelar **não** existe relação de causa e efeito entre a liminar deferida e o conteúdo da sentença que será proferida na ação principal, enquanto que, na tutela antecipatória, o direito assegurado, de plano, à parte, estará engastado na matéria que o juiz decidirá, no mesmo processo.<sup>6</sup>

A segurança, provisória e emergencialmente, buscada na cautelar não se confunde com o bem em sentido amplo, objeto do processo principal, funciona como meio de garantir o resultado eficaz e a utilidade do processo principal, de feição cognitiva ou executiva.

A distinção, com nitidez ofuscante, entra pelos olhos, posto que, ao contrário da tutela cautelar, que exhibe caráter unicamente assecuratório e de referência exclusivamente processual, a tutela antecipada **não** se limita a "assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado".<sup>7</sup>

A tutela, na espécie, é satisfativa no terreno fático, de vez que realiza o próprio direito afirmado antecipadamente, afastando-se a ordinariedade, ao passo que, na concepção de CARNELUTTI, o escopo do processo cautelar é **tutelar o processo**, assegurando a futura realização do direito.<sup>8</sup>

Em apertada síntese: **não** se cogita de medida voltada a evitar a periclitación do direito, ou para, no futuro, resguardar o seu exercício,

nenhum direito é protegido ou acautelado (tutela cautelar que encerra lide de dano); antes, ao contrário, a antecipação da tutela consubstancia o próprio direito afirmado pelo autor (tutela cognitiva referenciada à lide meritória).

“A técnica de cognição sumária acolhida pelo legislador, no art. 273, é aquela denominada pelos italianos de **tutela giurisdizionale differenziata**, porquanto representa nada menos do que a possibilidade de o Estado-Juiz vir a conceder previamente, isto é, antes da decisão definitiva (sentença), a proteção satisfativa antecipatória da pretensão perseguida através da demanda que será determinada ou conhecida discriminadamente de acordo com o tipo de providência de Direito Material postulada pelo autor, caso a caso”.<sup>9</sup>

A sentença cautelar, é indubitável, **não** pode antecipar os efeitos próprios do processo principal.

Embora, num determinado caso concreto, já tenha visto, desgarrada da melhor técnica, a concessão de tutela antecipada, com base no art. 273, em **ação cautelar inominada** (é isso mesmo, tutela antecipada em ação cautelar). Trata-se, a meu ver, de um **equivoco** robusto e **inominado**.

Advirta-se que, na dimensão do art. 273, **inserem-se todas as ações de conhecimento** (ações declaratórias, condenatórias e constitutivas), afigurando-se possível a concessão da antecipação dos efeitos da pretensão articulada pelo autor, mediante providência judicial sumária, no processo de cognição, presentes os requisitos catalogados no referido dispositivo.<sup>10</sup>

CALMON DE PASSOS, a propósito do tema, observa que:

“... Se a antecipação é possível no processo de conhecimento, ela o é por 'disposição geral', donde ser extensível, **subsidiariamente**, ao procedimento sumário (antigo sumaríssimo) e aos especiais, salvo havendo absoluta incompatibilidade”.

Em outras palavras: “A antecipação da tutela que se prevê, agora, no título relativo ao processo e procedimento, do livro que cuida do **processo de conhecimento**, vale tanto para o procedimento ordinário quanto para o sumário (o antigo sumaríssimo) e também para os procedimentos especiais, porque subsidiariamente, a estes últimos, são aplicáveis as disposições gerais do procedimento ordinário...”<sup>11</sup>

Ressalta-se que, mesmo **antes** da reforma de 1994, no CPC e em leis extravagantes, algumas ações já consagravam, em certa medida, a antecipação da tutela, como exemplificativamente, ações possessórias, embargos de terceiro, ação popular, ação civil pública, mandado de segurança, ação expropriatória, ação direta de inconstitucionalidade, ações locatícias e nas demandas do Código de Defesa do Consumidor de maneira mais restritiva (art. 84, § 3º).

O art. 273 do CPC, em suma, consagra **tutela de urgência satisfativa interinal**, cujos provimentos surgem durante a tramitação de um processo de conhecimento, antecipando, total ou parcialmente, os efeitos da decisão definitiva.<sup>12</sup>

3. Os **requisitos**, positivos e negativos, de concessão da tutela jurisdicional antecipada, estão incrustados no art. 273, **caput**, incisos I ou II, e seu § 2º, do CPC.

**Em primeiro lugar**, aplica-se, aqui, a regra **ne procedat iudex ex officio**, vale dizer, a antecipação da tutela está atrelada, **sempre**, à provocação ou à iniciativa da parte, a teor do art. 273, **caput**: “O juiz poderá, a **requerimento da parte**”.

Mesmo sendo **indisponível o direito** versado na demanda, ainda assim o juiz **não** pode, de ofício, antecipar a tutela.

Em qualquer hipótese, é útil repetir, impõe-se o requerimento da parte, em homenagem à lógica de que o titular da pretensão é o árbitro da conveniência e oportunidade de postular os meios para a satisfação (princípio da demanda), na esteira dos arts. 2º e 262, do CPC.

O requerimento de antecipação de tutela **não** enseja a formação de um processo incidente. Ocorre, apenas, um incidente no âmbito e nos autos do próprio processo em curso: nada mais.

A **legitimidade ativa**, a propósito, flutua na órbita do **autor**, do **Ministério Público** (quando atuar como parte) e do **terceiro interveniente**.

O **substituto processual**, que, autorizado por lei, postula em nome próprio direito alheio (art. 6º, do CPC), a meu ver, exibe, também, legitimidade para requerer antecipação de tutela.

Uma questão que reclama reflexão do arguto ouvinte é, precisamente, se o **assistente**, configurados os requisitos legais, pode requerer a antecipação da tutela quando o assistido não o faz?

O **réu**, quando se limita a defender-se, oferecendo contestação, **não** formula pedido em sentido técnico, e, portanto, a meu sentir, via

de regra, não lhe é franqueado deduzir o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela "pretendida no pedido inicial", na expressão do art. 273, *caput*, do CPC.

Entretanto, se o réu contra-atacar, **reconvindo**, e sendo a **reconvenção** verdadeira ação, distinta da originária, neste caso, a meu ver, à luz do princípio da igualdade processual, caracterizados os pressupostos legais, o réu-reconvinte pode requerer a antecipação da tutela em face do autor-reconvindo, não apenas na hipótese do inciso I ("fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação"), como, também **por analogia**, na hipótese do inciso II ("fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu").

Observo, por outro lado, que a lei é silente quanto ao momento em que deve o autor formular seu pedido de antecipação de tutela.

Ressalte-se que **não** há limite temporal, de sorte que a antecipação de tutela pode ser requerida em qualquer fase procedimental - máxime na hipótese contemplada no inciso II do art. 273 - evidentemente **até o advento da sentença de mérito** ou **meramente terminativa**, quando o juiz cumpre e acaba o seu ofício jurisdicional, na dicção do art. 463, do CPC, só podendo alterar o decidido por força de embargos de declaração ou para corrigir inexactidões materiais ou retificar erros de cálculo.

Suponha-se que, em determinada hipótese, o pedido do autor, na sentença, tenha sido julgado **improcedente**. Seria cabível, em grau de recurso, o requerimento de tutela antecipada?

Inobstante o prestigioso entendimento de CALMON DE PASSOS,<sup>13</sup> neste caso, a meu ver, **não** é lícito ao autor requerer ao relator do recurso de apelação que lhe conceda a tutela antecipada:

A *uma*, porque em 1º grau o pedido foi julgado improcedente.

A *duas*, porque face a ausência de previsão legal, a antecipação de tutela somente se afigura possível até a sentença.

A *três*, porque por força do parágrafo único do art. 800 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, **apenas** relativamente à tutela cautelar é que, interposto o recurso, se abre a possibilidade de ser requerida ao tribunal a medida cautelar.

Embora o comum dos casos ocorra em 1ª instância, a meu sentir, presentes os requisitos legais, **não** se deve excluir o instituto da tutela antecipada em 2º grau de jurisdição, naquelas demandas de

competência originária do tribunal (como, por exemplo, **na ação rescisória**), valendo notar que o agravo eventualmente interposto seria julgado pelo órgão jurisdicional hierarquicamente superior: Grupo de Câmaras Cíveis, Seção Cível, Órgão Especial.

O requerimento de tutela antecipada pode ser deduzido, desde logo, por exemplo, pelo autor, na petição inicial, com a demonstração dos pressupostos descortinados no inciso I, do art. 273, porquanto, é óbvio, sublinhe-se, a situação do inciso II ("abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu") só é suscetível de delinear-se, ulteriormente, no curso da demanda.

Mencione-se, à guisa de ilustração, que, em determinado caso concreto, antes mesmo da citação do réu, o juiz deferiu a tutela antecipada, requerida pelo autor, em sua petição inicial, com base, também, no inciso II do art. 273. O juiz, mesmo dotado de paranormalidade, deve decidir com base em probabilidade e não com base em adivinhação ou premonição: como saber-se de antemão, antes mesmo do ato citatório, qual será a postura processual do réu?

A **competência** para a apreciação do pedido de antecipação de tutela é do juiz da causa, até que profira a sentença.

Exige-se, também, como **pressuposto** da tutela jurisdicional antecipada - **conjuntamente** com os incisos I ou II, do art. 273 -, em homenagem à característica da temporariedade da figura da antecipação da tutela, a **reversibilidade** dos efeitos produzidos, no solo dos fatos e das relações jurídicas (situação formada em razão do provimento antecipado), a teor do disposto no § 2º do art. 273 do CPC, **ipsis verbis**:

"Art. 273 - **omissis**.

.....  
§ 2º - "**Não** se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado".

A título de ilustração: entrega do réu ao autor de coisa consumível, cujo uso importe na sua destruição (gêneros alimentícios), acontecendo a irreversibilidade, também, na liberação de importâncias depositadas, demolição de um prédio, amputação de um membro do corpo humano, no pagamento obrigatório de pensões ou nos alimentos provisionais (já que o alimentando não está obrigado a restituí-los).<sup>14</sup>

Não se exige a **certeza** da irreversibilidade. A **probabilidade** da irreversibilidade impede a antecipação de tutela.<sup>15</sup>

Anote-se que, ao contrário do que deflui do **teor literal** do § 2º do art. 273, a irreversibilidade, como circunstância impeditiva da concessão, pertine aos **efeitos fáticos** do provimento antecipado, de vez que a tutela antecipada, enquanto pronunciamento jurisdicional, é suscetível de reversão, seja pela sentença, seja pela reconsideração do juiz, seja em sede do julgamento do agravo pelo tribunal.

“As medidas inerentes à tutela antecipada, como já tivemos a oportunidade de consignar, têm nítido e deliberado caráter satisfativo, sendo impertinentes quanto a elas as restrições que se fazem à satisfatividade em matéria cautelar. Elas incidem sobre o próprio direito e não consistem em meios colaterais de ampará-los, como se dá com as cautelares.”<sup>16</sup>

Esse texto dá margens a perplexidades exegéticas, haja vista que o **caráter satisfativo** da tutela antecipada, naturalmente, **não** se compadece com a norma contida no § 2º, do art. 273, que subordina a concessão à reversibilidade dos efeitos do provimento antecipado, inadmitindo-se a reparação em dinheiro como sucedâneo da irreversibilidade.

Noutros termos: a satisfatividade da tutela antecipada **não** se coaduna com a irreversibilidade que o legislador pretendeu afastar.

“O perigo da irreversibilidade, como circunstância impeditiva da tutela antecipada, deve ser entendido **cum grano salis**, pois, não sendo assim, enquanto não ultrapassado o prazo legal para o exercício da ação rescisória, não poderia uma sentença ser executada de forma definitiva, dada a possibilidade de sua desconstituição.”<sup>17</sup>

De qualquer forma, seja como for, há de ser considerada a **relação de proporcionalidade** entre o provimento antecipado quando dele possam advir danos ao réu e a situação a ser tutelada ou protegida.

O juiz há de prestigiar o **equilíbrio** entre os interesses dos demandantes.

4. De outro lado, funciona como uma espécie de **antídoto** contra a indigitada irreversibilidade a aplicação das regras e dos princípios que disciplinam a **execução provisória**, consoante a determinação cristalizada no § 3º, do art. 273, *in verbis*:

“Art. 273 - *omissis*.

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

Por seu turno, o art. 588, incisos II e III, do CPC, preceitua, **ipsis litteris**, que:

“Art. 588 - A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios:

.....  
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 ao estado anterior”.

Por exemplo: a execução provisória de decisão antecipatória de tutela, de semblante condenatório, far-se-á sem prévia caução. Porém, não é franqueada a hasta pública dos bens penhorados, sendo certo que o levantamento de dinheiro está subordinado a caução idônea.

“O cumprimento das obrigações de não-fazer poderá ser exigido desde logo quando a atividade vetada é contínua e assim for puramente pecuniário o possível prejuízo (exige-se caução, se for o caso).”<sup>18</sup>

“A figura nova criada com o § 3º do art. 273 do CPC tem contornos curiosos. É um título executivo judicial, embora não elencado no art. 584 do CPC, sendo um Título Judicial peculiar por ser o único não representado por uma Sentença Judicial.”<sup>19</sup>

A tutela antecipada, por encerrar **execução de natureza provisória**, far-se-á “nos autos suplementares, onde os houver, ou por carta de sentença”, nos termos do art. 589, 2ª parte, do CPC.

Da remissão que o § 3º do art. 273 faz, intencionalmente, **apenas** aos incisos II e III, do art. 588, extrai-se a ilação lógica de que o legislador **dispensou** a prestação de caução para inauguração da execução provisória (que é, exatamente, a exigência contida no **inciso I**, do art. 588), de modo que a execução provisória, de decisão antecipatória de semblante condenatório, implementar-se-á independentemente de prévia caução, **não** se autorizando, contudo, atos de alienação do domínio, e **nem**, tampouco, se permitindo, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro.

O **prudente arbítrio** do magistrado, sobretudo nesse campo, é essencialmente essencial, com o objetivo de **harmonizar-se a satisfatividade** da decisão antecipatória **com a condição de reversibilidade** à

situação anterior, impondo medidas assecuratórias de direitos do réu: **por exemplo**, na entrega de bem móvel o juiz deverá exigir, sempre, caução idônea.

O **retorno ao estado anterior** faz-se nos mesmos autos em que se concretizou a execução provisória.

Por exemplo, o locatário, despejado por força de execução provisória de decisão antecipatória, tem o direito de, se a execução ficar sem efeito, retornar ao imóvel locado, implementando-se a reposição ao **status quo ante** nos próprios autos, sem maiores delongas.

O art. 59, § 1º, da Lei nº 8.245, de 18.10.1991, (nova lei do inquilinato) preceitua que:

“Art. 59 - **Omissis**.

§ 1º - Conceder-se-á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel...”

Cogita-se, agora, de forma genérica, na ação de despejo (ação de conhecimento), de rito ordinário, o cabimento da concessão da tutela antecipada, com fundamento no art. 273 do CPC.

Um tema que, certamente, deverá suscitar acesa controvérsia é o relacionado à possível **responsabilidade civil do exequente**, pelos eventuais prejuízos causados ao executado (réu).

Nesse contexto, a propósito da inexistência de explícita cominação da responsabilidade pelos danos infligidos ao réu, DONALDO ARMELIN, em preciosa síntese, observa que:

“... poderá gerar questionamentos a seu respeito, tal como sucede com as antecipações de eficácias já previstas no Código de Processo Civil relativamente a procedimentos nele qualificados como de conhecimento, isso porque, sendo a responsabilidade objetiva do direito estrito, segundo o sistema jurídico vigente, melhor seria viesse ela expressa no texto legal.”<sup>20</sup>

CARREIRA ALVIM, em feliz síntese, assevera que:

“Ademais, se, no âmbito das medidas cautelares, a responsabilização é a regra, como se vê do disposto no art. 811 - o requerente responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida - não haveria razão para ser excluída no âmbito da antecipação de tutela.”<sup>21</sup>

Dir-se-á que, nada obstante o **silêncio sepulcral** do legislador no concernente à responsabilidade do exequente, ela brota do princípio geral segundo o qual o causador do eventual prejuízo ou dano por ele deve responder, na hipótese de verificar-se, posteriormente, a inexistência do direito daquele que lançou mão da tutela antecipada.<sup>22</sup>

Sem embargo dessas vozes autorizadas, a meu sentir, **não há espaço para responsabilizar-se, civilmente, o exequente, por, pelo menos, três ordens de razões:**<sup>23</sup>

(a) **em primeiro lugar**, porque a lei condicionou a concessão da tutela antecipada à reversibilidade, no mundo dos fatos e das relações jurídicas entre as pessoas, dos efeitos já produzidos (art. 273, § 2º);

(b) **em segundo lugar**, porque - ao aludir apenas aos incisos II e III do art. 588 -, o § 3º do art. 273 dispensou a prévia caução para inauguração da execução provisória (que é, precisamente, a hipótese do inciso I do art. 588), eximindo o exequente do provimento antecipado de reparar os danos causados ao devedor (réu); e

(c) **em terceiro lugar**, porque, não se cogitando de execução provisória de medida cautelar, inaplicável, na espécie, a cláusula do art. 811, caput, do CPC, segundo a qual “o **requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida**”.

Observe-se, por outro ângulo de meditação, que a antecipação da tutela **jamais** poderá ser concedida **in limine** ou **sem a prévia oitiva do réu**, que deverá ter a oportunidade de manifestar-se sobre o requerimento na **contestação** (quando implementado na petição inicial) ou no prazo de 5 (cinco) dias - art. 185 do CPC - quando articulado no curso do processo, através de petição separada.

Repita-se: inexistente possibilidade de antecipação da tutela, no processo de conhecimento, antes da citação do réu e oferecimento de sua defesa ou transcurso do prazo para ela previsto.<sup>24</sup>

Vulnera os princípios constitucionais da **ampla defesa**, do **contraditório** e do **devido processo legal** a antecipação de tutela acaso concedida liminarmente, sem a audiência prévia do réu, sendo certo que, a meu ver, tal decisão teratológica, ilegal e arbitrária, poderá ser impugnada pela via do agravo, **com requerimento de efeito suspensivo**, a teor do disposto nos arts. 527, inciso II, e 558, do CPC.

Não obstante, deve ser registrada a existência de entendimentos isolados e **minoritários** que admitem a **antecipação de tutela** através de **medida liminar**, sem audiência da parte contrária, insinuando,

no que tange a este instituto, uma pretensa natureza jurídica análoga à dos procedimentos cautelares ínsitos em ações cognitivas (mandado de segurança, **habeas corpus**, ação popular, ação civil pública).

**Outro pressuposto** para a antecipação da tutela é a existência, nos autos do processo, de **prova inequívoca** (do fato constitutivo do direito do autor), de molde a patrocinar o **convencimento** do magistrado quanto à **verossimilhança** da alegação ou das alegações, segundo as regras do livre convencimento.

Confira-se, no tocante à expressão verossimilhança, o art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como capaz de ensejar, "a critério do juiz", a inversão do ônus da prova nos procedimentos relativos à defesa de direitos do consumidor.

Avulta, também nesse fragmento, uma dificuldade exegética, pois a condicionante da **prova inequívoca** - vale dizer, prova robusta que **não** permite entendimento equívoco, prova clara, sentido único, de tal calibre que, espancando qualquer dúvida, conduza o juiz ao sentimento de **certeza** -, é circunstância que não se harmoniza com o convencimento relativo à mera "**verossimilhança da alegação**", exsurgente do art. 273, **caput**, no qual o juiz se imbui do sentimento de que a realidade fática **pode ser** como a descreve o autor.

Aliás, o que deve ser inequívoco é o fato probando, vez que a prova não é senão o meio de revelá-lo.

Agora, o magistrado julga com base em mera verossimilhança e não na certeza e segurança que brotam apenas no final do sinuoso itinerário de uma ação de conhecimento.

"É bem verdade que uma prova pré-constituída, constante de um instrumento público, elaborado com a observância das formalidades legais, em princípio, é 'inequívoca' do ato jurídico que representa, podendo constituir excelente meio de convencimento da verossimilhança da alegação, para fins de antecipação da tutela. Nem sempre, contudo, o fato de se tratar de um instrumento público significa que a prova seja incontestada ou inequívoca. **A contrário sensu**, nem sempre a prova constante de documento particular, pelo só fato de ser particular e não subscrito por testemunhas, traduz uma prova equívoca, de forma a desautorizar a concessão da tutela antecipada."<sup>25</sup>

Há, aqui, um verdadeiro paradoxo formal entre a **prova inequívoca**, que deságua na **certeza**, e o convencimento do juiz quanto à **verossimilhança** - **aparência de verdadeiro** - da alegação.

O art. 273 nos convida a uma pergunta já formulada por CALAMANDREI: o que quer dizer alegação verossímil?

É tarefa hercúlea estabelecer uma precisa diferença entre as noções de **possibilidade**, **verossimilhança** e **probabilidade**.

Para CALAMANDREI, **possível** é o que pode ser verdadeiro; **verossímil** é o que tem aparência de ser verdadeiro; **provável** seria, etimologicamente, o que se pode provar como verdadeiro.<sup>26</sup>

**Verossimilhança** no sentido de provavelmente verdadeira. Aliás, a meu sentir, melhor seria se o legislador, ao invés do vocábulo verossimilhança, tivesse usado o termo **probabilidade**. O órgão julgador fará um **juízo de probabilidade**.

No sistema de probabilidades, com a aplicação das regras comuns da experiência, há preponderância dos motivos convergentes à aceitação de certa proposição, sobre os motivos divergentes.

É um filme que se projeta no espírito do julgador:

Quando as **afirmativas** pesam mais, o fato é **provável**.

Quando, ao contrário, as **negativas** pesam mais, o fato é **improvável**.

A probabilidade é o **predomínio** do conhecimento afirmativo. A certeza é o conhecimento afirmativo **triumfante**.

O magistrado, nesse contexto paradoxal, deverá buscar, prudentemente, a **probabilidade**, cujo conceito está **além** da verossimilhança e **aquém** da certeza.

**Não se trata de simples jogo de palavras**, de vez que, ao **condicionar** a antecipação da tutela à existência de **prova inequívoca**, o art. 273, **caput**, afastou a possibilidade de concessão da medida com base na **mera aparência**, e deixou assentado, também, que a **verossimilhança reclamada** é um **plus** com relação à fumaça do bom direito (plausibilidade), necessária e suficiente à proteção cautelar.

Remarque-se o argumento: a probabilidade de existência do direito é mais do que a simples "aparência" (**fumus boni iuris**).

Não se perca de vista que o juízo de valor do magistrado com relação ao **grau de probabilidade** da veracidade dos fatos narrados no processo é, inexoravelmente, precedido de uma **cognição sumária**, **superficial**, ao ângulo da **profundidade**, e não quanto à sua extensão **horizontal**.

Reafirme-se que, no contexto da antecipação de tutela, a cognição **não é exauriente** ou aprofundada (imprescindível para o julgamento definitivo), mas, **sim**, sumária (suficiente para o julgamento provisório) com base em juízo de probabilidade, com tratamento dife-



renciado às hipóteses em que o direito aparece como evidente desde logo.

São aplicadas, aqui, as regras ordinárias sobre distribuição do ônus da prova (art. 333, do CPC).

Essa exigência quanto à existência de **prova inequívoca, restrin-**ge, sobretudo, a discricionariedade do juiz, que não se poderá distanciar da contextura **objetivamente retratada** nos autos do processo.

Não há, repita-se a plenos pulmões, espaço para discricção. Uma de duas: ou estão presentes todos os requisitos legais e então não é dado ao juiz indeferi-la, ou não estão presentes e não lhe é dado concedê-la.

Todavia, face a conceitos jurídicos indeterminados, vagos - como, v.g. **verossimilhança, perigo de irreversibilidade, prova inequívoca, fundado receio, dano irreparável ou de difícil reparação** - é concedida ao juiz certa dose de flexibilidade.

"Há uma certa margem de liberdade de atuação do magistrado, devido à indeterminação da lei quanto ao modo concreto de satisfazê-la".

Quando se está diante de palavras ou expressões de sentido impreciso, assumem grande importância duas espécies de conhecimento: os **fatos notórios** e as **regras de experiência**.

As regras de experiência, cuja previsão, no art. 335, do CPC, refere-se à atividade probatória, também podem, a meu ver, ser utilizadas para interpretação dos conceitos indeterminados.

"Sempre que o órgão judicial, invocando regra de experiência, afirma ou nega a possibilidade de enquadrar na moldura abstrata a situação concreta que se lhe depara, está **interpretando** a norma, na medida em que lhe precisa o sentido".<sup>27</sup>

Não se admite, no atual estágio da ciência processual, a **fórmula secreta**, que deixaria até Torquemada ruborizado, através da qual os juizes aludem apenas que estão presentes (ou ausentes) "os requisitos legais" ou que estão presentes (ou ausentes) "o perigo da demora" e a "verossimilhança da alegação".

E mais, decisões que se limitem a declarar que: "indefiro a antecipação de tutela **por falta de amparo legal**".

Nesses casos a decisão é inválida, nula e inconstitucional, porque desprovida de fundamentação.

A fundamentação ou motivação do julgado é um antídoto eficaz contra a arbitrariedade, além de estreitar, sobremaneira, as margens do chamado poder discricionário do julgador. Aliás, discricção do juiz não significa arbtrio, de que lhe cumpre agir com prudência na concessão da antecipação de tutela.

Por conseguinte, o magistrado, na decisão que **deferir** a antecipação de tutela (conteúdo positivo), bem como naquela que a **indeferir** (conteúdo negativo), **deve declinar**, de forma clara e precisa, as razões do seu convencimento (fundamentação), consoante a exigência contida no § 1º do art. 273, na esteira dos arts. 131 e 458, inciso II, do CPC, e, genericamente, no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, exteriorizando a **mens legis** no que toca à **prudência, à precaução e ao cuidado do juiz ao conceder essa medida excepcional** consubstanciada na antecipação da tutela.

Escaldado, certamente, com a concessão exorbitante, em escala quase industrial, de medidas liminares e cautelares, com essa **redundante** exigência relativa à **motivação complexa "de modo claro e preciso"**, percebe-se a nítida preocupação do legislador em evitar a **vulgarização** na concessão dessa medida extraordinária consistente na antecipação da tutela.

O § 1º do art. 273, ao exigir que, reiteradamente, o juiz indique as razões do seu convencimento "de modo claro e preciso", implementa um **sistema de segurança** contra eventuais abusos e desvirtuamentos na utilização do instituto.

De outro lado, quando o requerimento de tutela antecipada é feito na própria petição inicial, torna-se indispensável instruí-la, de regra, com **prova documental pré-constituída**, à semelhança do que ocorre na ação de mandado de segurança.

É concebível, por exemplo, uma **perícia**, objeto de medida cautelar de produção antecipada de prova (art. 846, do CPC), para legitimar o requerimento de tutela antecipada na **petição inicial** do processo de conhecimento.

Abre-se, igualmente, a possibilidade de cognição sumária quando for necessária, por exemplo, a oitiva de testemunhas, a requisição de documentos, inclusive o depoimento pessoal e a confissão, são meios hábeis para revelar a **prova inequívoca** para os fins do art. 273 do CPC.

O juiz, no exercício de seus poderes de instrução, poderá, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as atividades probatórias reclamadas pelas peculiaridades e especificidades de cada caso concreto.

É supérfluo dizer que, além da configuração dos pressupostos catalogados no **caput** do art. 273, para a antecipação da tutela é **necessária**, igualmente, a presença do **requisito** albergado em seu inciso I, a saber, que **haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação** - a sugerir o **periculum in mora**, que não constitui novidade no nosso ordenamento jurídico, o art. 798, do CPC, fala em "lesão grave e de difícil reparação", aplicável, de ordinário, à tutela cautelar.

"O fundado receio significa o temor justificado, que possa ser objetivamente demonstrado com fatos e circunstâncias e não apenas uma preocupação subjetiva".<sup>28</sup>

"O receio aludido na lei traduz a apreensão de um dano ainda não ocorrido, mas prestes a ocorrer, pelo que deve, para ser fundado, vir acompanhado de circunstâncias fáticas objetivas, a demonstrar que a falta da tutela dará ensejo à ocorrência do dano, e que este será irreparável ou, pelo menos, de difícil reparação, sendo o receio um sentimento de índole subjetiva, deverá ser analisado, em se tratando de pessoa física, em função de quem experimenta, considerados a idade, sexo, instrução, condição social, etc."

.....  
"Em se tratando de pessoa jurídica, o temor de dano irreparável depende, igualmente, das circunstâncias, podendo, por exemplo, existir para uma pequena ou microempresa, sem condições financeiras... e não existir para uma grande empresa, com condições de caucionar os respectivos valores e questionar judicialmente..."<sup>29</sup>

"As realidades angustiosas que o processo revela impõem que esse dano assim temido não se limite aos casos em que o direito possa perder a possibilidade de realizar-se, pois os riscos dessa ordem são satisfatoriamente neutralizados pelas medidas cautelares. É preciso levar em conta as necessidades do litigante, privado do bem a que provavelmente tem direito e sendo impedido de obtê-lo desde logo".<sup>30</sup>

"Na cautelar, o juiz analisa o risco de ineficácia da futura tutela provável. Na antecipação, o juiz analisa a necessidade de ser executada, de logo, provisoriamente, a decisão de mérito, que proferiu ou vai proferir, em condições normais sem aptidão para constituir-se título legitimador de execução provisória do julgado".<sup>31</sup>

A idéia-força, condensada nesse inciso I do art. 273 é a de que o demandante **não** pode ser privado de um **bem jurídico** que, pelo grau de probabilidade, tem direito, sendo, contudo, manietado de alcançá-lo **desde logo**.

O pressuposto do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, sem a prova inequívoca da alegação, só pode render ensejo a uma medida cautelar, jamais, em tempo algum, à antecipação da tutela.

Não se configurando a primeira situação - contemplada no inciso I - é mister a ocorrência da **segunda**, prevista no inciso II (concomitantemente com o pressuposto do **caput** do art. 273 e seu § 2º), qual seja a do **"abuso de direito de defesa"** ou **"o manifesto propósito protelatório do réu"**, que potencializa o princípio da boa-fé na prática dos atos processuais e nas relações entre as partes no processo.

É a questão, assaz relevante, da **lealdade** e o **comportamento ético-jurídico do advogado**, inerente aos **deveres** impostos às partes e seus procuradores, elencados nos incisos I a IV do art. 14 do CPC.

As situações previstas no inciso II do art. 273, fruto da experiência forense, que autorizam a antecipação da tutela, constituem hipóteses de **litigância de má-fé**, com o único propósito de retardar a prolação da sentença, tipificadas nos vários incisos do art. 17 do CPC.

Se não vejamos:

- a expressão **"abuso de direito de defesa"** abrange as situações consideradas **litigância de má-fé**, pelo inciso I (**"deduzir defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso"**) e inciso II - (**"alterar a verdade dos fatos"**).

- por outro lado, a expressão **"manifesto propósito protelatório do réu"** abraça aquelas hipóteses estabelecidas no inciso IV (**"opuser resistência injustificada ao andamento do processo"**), no inciso V (**"proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo"**) e no inciso VI (**"provocar incidentes manifestamente infundados"**).

Aliás, **abro um parêntese** para dizer que, pela nova redação do art. 18 do CPC, introduzida pelo art. 1º, da Lei nº 8.952, de 1994, a litigância de má-fé poderá ser aplicada, também **de ofício** pelo juiz, ante o caráter público do processo e na esteira de decisões do Superior Tribunal de Justiça. Fecho o parêntese.

No tocante às hipóteses do inciso II (conduta dilatória do réu), há, igualmente, a exigência geral, prevista no **caput** do art. 273, acerca da probabilidade do direito.

É visível a preocupação do legislador, consubstanciada no inciso II do art. 273 com a agilização da entrega da prestação jurisdicional, espancando posturas processuais desleais e comportamentos antiéticos e escusos do litigante.

Cabe referir que é perfeitamente possível a ocorrência simultânea das situações catalogadas nos incisos I e II do art. 273. Entretanto, para a concessão da tutela antecipada é necessária e **suficiente** a ocorrência **apenas** da situação prevista no inciso I **ou tão-somente** da hipótese contemplada no inciso II.

Em síntese: o texto do art. 273 prevê que a tutela antecipada, que poderá ser total ou parcial em relação ao pedido formulado na inicial, dependerá dos seguintes requisitos:

- a. requerimento da parte;
- b. produção de prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial;
- c. convencimento do juiz em torno da verossimilhança da alegação da parte;
- d. fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; **ou**
- e. caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; **e**
- f. possibilidade de reverter os efeitos da medida antecipada, caso o resultado da ação venha a ser contrário à pretensão da parte que requereu a antecipação satisfativa.<sup>32</sup>

A antecipação da tutela, repita-se à exaustão, concede o **próprio direito** afirmado pelo autor.

Mencione-se que, ao ângulo de sua **extensão**, a medida poderá antecipar, **total** ou **parcialmente**, os efeitos da tutela almejada no pedido inicial, consoante o **permissivo** contido no **caput** do art. 273.

O conteúdo estabelecido nesta medida **não** é fixado pela lei, devendo ser determinado pelo magistrado, com referência ao previsível conteúdo da providência definitiva do mérito.<sup>33</sup>

A medida antecipatória pode situar-se em **nível inferior** em relação ao patamar estabelecido pelo pedido inicial do autor, vale dizer, pode corresponder a um "minus". Porém, tal como ocorre com a definitiva, **não** pode ultrapassar aquele patamar, **nem** conceder providência de natureza diversa da pedida, **vedando-se**, assim, também, decisões antecipatórias **ultra** e **extra petita**, nos termos dos arts. 128 (1ª parte), 459 e 460 do CPC.

Reafirme-se que o **princípio da correlação ou da congruência entre o pedido e a sentença** aplica-se, igualmente, à decisão antecipatória, no tocante aos seus aspectos **quantitativos** e **qualitativos**.

O juiz, segundo as especificidades e os contornos peculiares do caso concreto, procederá à escolha mais adequada dentre as soluções possíveis e válidas e de acordo, reitere-se, com a pretensão de direito material formulada, numa perfeita congruência ou correlação entre o pedido e o pronunciamento judicial.

A antecipação da tutela, quanto à natureza do provimento, pode materializar-se em **declaração, constituição e condenação**.

Um exemplo prático melhor ilustra a assertiva: quando houver razoável probabilidade de existência do crédito, o juiz deverá emitir um provimento, de colorido condenatório, capaz de instaurar a execução forçada, dentro das fronteiras da execução provisória (art. 273, § 3º).

O nosso ordenamento jurídico, em linha de princípio, **não** é refratário a providências constitutivas, capazes de gerar situações jurídicas novas (por exemplo, fixação de alugueres provisórios).

A decisão concessiva da antecipação de tutela pode exibir **natureza constitutiva**, com a inauguração de situações novas almejadas pelo autor, como, **v.g.**, suspender, total ou parcialmente, os resultados de uma assembléia de sociedade anônima ou de condomínio e determinar, ou permitir, que outra se faça para deliberar sobre a matéria impugnada.

O provimento antecipado poderá, por exemplo, determinar a abstenção de alguma conduta (obrigação de não-fazer), autorizando as medidas de coerção para a implementação do comando ou impondo as medidas assecuratórias capazes de resguardar a concretização da decisão antecipatória.<sup>34</sup>

Veja-se outro exemplo: numa **ação reivindicatória**, com a prova documental atinente ao domínio e à localização física do imóvel, o juiz deverá conceder a tutela antecipada, face à grande probabilidade de existência do direito à posse.

A dosimetria da antecipação - total ou parcial e, se parcial, a demarcação do seu diâmetro -, conquanto motivada e fundamentada, insere-se na esfera de **discricionariedade e prudência do juiz**, pois a lei não fixa os parâmetros de seu dimensionamento (a não ser que, objetivamente, a antecipação de tutela, quando total, coincida, na sua superfície, com o provimento definitivo).

A lei descortina para o juiz a possibilidade de, a qualquer tempo (**antes da sentença, é óbvio**), relativamente à decisão antecipatória de tutela, dada a sua provisoriedade, operar a respectiva revogação ou modificação, em decisão fundamentada, conforme dispõe o art. 273, § 4º, do CPC.

A **modificação** da medida anteriormente concedida - também implementada sob o signo da **cognição sumária** - pode ser para **au-mentar** ou para **diminuir** o seu espectro, de vez que se o § 4º do art. 273 não distingue, não é lícito ao intérprete fazê-lo, consoante antiga regra de hermenêutica (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*).

A revogação ou modificação, a qualquer tempo, no todo ou em parte, tal como previsto no art. 273, § 4º, depende, igual e simetricamente, de requerimento ou iniciativa da parte, não sendo lícito ao juiz atuar **ex officio**.

Em abreviada síntese: se a tutela antecipada não pode ser concedida de ofício, **não** poderá, por igual, ser revogada ou modificada de ofício.

A revogação ou modificação dependem, a meu ver, de alteração objetiva do quadro fático, vale dizer, mudança nas circunstâncias que autorizaram a concessão da medida antecipatória, com o desaparecimento ou atenuação dos pressupostos concessivos e de manutenção ou mesmo inexistência de qualquer dos pressupostos em que se fundamentou.

A revogação, em suma, reclama reexame dos pressupostos que embasaram a concessão da antecipação.

A revogação ou modificação poderá, repita-se, ocorrer a qualquer momento, desde que, é óbvio, antes de sua confirmação, expressa ou tácita, na sentença.

É **decisão interlocutória** a natureza do pronunciamento judicial que **revoga** ou **modifica** a tutela antecipada, sendo cabível, portanto, o recurso de **agravo**, cujo semblante, sabe-se, experimentou profunda cirurgia plástica patrocinada pela recente Lei nº 9.139, de 30.11.1995.

Exatamente porque suscetível de, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada, a medida antecipatória, quanto ao seu conteúdo, **não** é vinculante, para o juiz, que, na sentença, poderá julgar em sentido diverso, até mesmo **rechaçando** o pedido deduzido na petição inicial.

A tutela antecipatória é fruto de "**juízo de verossimilhança**", a ser depois confirmado ou infirmado pela sentença final.<sup>35</sup>

É digno de nota que, face à inexistência de qualquer óbice legal, o juiz pode **negar** a antecipação da tutela e, **posteriormente**, deferi-la, se postulada sob fundamento diverso, sempre até a sentença.

Pense-se no **exemplo**: o autor requereu, e lhe foi negada, a antecipação da tutela com base na situação contemplada no inciso I ("fundado receio de dano irreparável"). Nada obsta a que ele venha a renovar o requerimento escudado na situação prevista no inciso II ("manifesto propósito protelatório do réu"). O limite temporal, como visto, é o advento da sentença, quando, reitera-se, o juiz cumpre e acaba o seu ofício jurisdicional.

**Outro ponto relevante** é que a necessidade de **liquidação**, nas hipóteses de decisões de caráter condenatório, **não** afasta a possibilidade de concessão do provimento antecipado; aplica-se, aqui, a simplificação introduzida pela Lei nº 8.898, de 29.06.94, no que toca à liquidação por cálculo do contador.

No que respeita à tutela específica das obrigações de fazer ou de não-fazer, **de origem legal ou contratual**, sem distinção, o art. 461 do CPC, situado no livro do processo de conhecimento, no capítulo da sentença e da coisa julgada, com a redação da Lei nº 8.952, de 13.12.1994, reproduz, fielmente, o art. 84, da Lei nº 8.078, de 08.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Fez fortuna e correu o mundo a frase de CHIOVENDA segundo a qual "**na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter**".

Na hipótese de procedência do pedido, o art. 461, **caput**, disciplina o teor da sentença (condenatória, constitutiva ou declaratória).

O objetivo é assegurar a obtenção do **resultado prático** equivalente ao adimplemento do obrigado.

Em essência, para efetivação dos resultados práticos do comando emergente de sentença condenatória, e também da decisão antecipatória de tutela específica (o § 4º remete à hipótese do parágrafo anterior, que é a previsão da tutela antecipada), os parágrafos do art. 461 contemplam inúmeras medidas de apoio, desde os meios coercitivos de pressão psicológica (multas diárias impostas ao réu, inclusive de ofício e com sua cumulação com possíveis perdas e danos, face às diferentes naturezas e finalidades das duas figuras, a primeira, de cunho coercitivo, objetiva estimular o adimplemento e a segunda, define o objeto da obrigação do devedor inadimplente) para estimular o obrigado (§§ 2º e 4º) até a remoção compulsória da resistência erguida pelo réu (§ 5º).

Não é lícito ao credor optar pelas perdas e danos mesmo sem qualquer resistência do devedor; somente em caso de absoluta impossibilidade do resultado final, com a resistência do obrigado, é que se dá a conversão em pecúnia.

As multas aplicadas se tornam exigíveis a partir da preclusão da sentença ou decisão interlocutória que as impõe.

Mencione-se que a Lei nº 8.953/94 alterou normas do processo de execução, para autorizar o juiz da execução a impor, agravar ou reduzir multas, seja ou não infungível a obrigação (arts. 644 e 645).

Averbe-se que a **antecipação da tutela específica, das obrigações de fazer** (fungíveis ou infungíveis) **ou não fazer**, de natureza legal ou contratual, também é possível, à luz do disposto no § 3º do art. 461 do CPC, quando:

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

Os pressupostos da antecipação da tutela específica são:

1. relevância do fundamento da demanda e (cumulativamente)
2. houver fundado receio de ineficácia do provimento final (perigo de infrutuosidade - **pericolo de infrutuosità**, dos italianos).

Reproduzem-se, em essência, para a antecipação da tutela específica, os requisitos para a concessão de medida liminar, em ação de mandado de segurança (Lei nº 1.533, de 31.12.1951, art. 7º, inciso II).

A tutela jurisdicional antecipada é **gênero** do qual é **espécie** a **tutela específica antecipada**, razão por que a ela se aplica, também, a situação contemplada no inciso II do art. 273 - nada obstante não reproduzida, expressamente, pelo art. 461 -, para a tutela antecipada em razão, por exemplo, do manifesto propósito protelatório do réu.

O § 3º do art. 461 - consagrando a **tutela específica da obrigação de fazer ou de não fazer** -, disciplina providência, a meu ver, de **natureza cautelar**, cuja concessão, porém, **não** depende de ação autônoma.

Essa providência de cautela será concedida **liminarmente**, inclusive sem audiência da parte contrária, diversamente, aliás, do que ocorre com a tutela antecipada, do art. 273, onde o réu deve ser, **sempre, previamente** ouvido.

DINAMARCO, ao contrário, sustenta que:

“Não obstante a aparente essência **cautelar** do dispositivo **sub exame**, a hipótese vertente é de autêntico provimento **antecipatório**, excepcionalmente autorizado em forma de **liminar** (desde que atendidas as restritas condições previstas expressamente pela legislação) e, desta feita, plenamente distante dos regramentos autorizativos de **providências cautelares** (instrumentalizadas através de medidas liminares) ínsitas em ações particulares, tais como **writ of mandamus**, o **habeas corpus**, a **ação popular**, a **ação civil pública**, etc., razão pela qual é vedado, de todas as maneiras, o deferimento **ex officio** da **tutela específica**, assim como de sua respectiva **antecipação liminar**”.<sup>36</sup>

A antecipação da tutela específica também poderá ser concedida mediante justificação prévia, citado o réu.

A decisão antecipatória da tutela específica, tanto como aquela contemplada no art. 273, poderá ser, a qualquer tempo, revogada ou modificada, em decisão fundamentada.

Concede-se a própria providência de mérito postulada, embora com certa carga de cautelaridade, e não outras medidas instrumentais destinadas apenas a resguardar a eficácia da tutela almejada.

No § 5º do art. 461 há um rol, **meramente exemplificativo**, das severas medidas que o juiz poderá conceder, **de ofício** ou a requerimento da parte, para efetivar a tutela **específica** da obrigação de fazer ou de não fazer, ou para assegurar o resultado prático equivalente, tais como a **busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial**.

Essas **medidas de apoio**, catalogadas no § 5º do art. 461, voltadas para resguardar a eficácia das decisões judiciais, repita-se, prescindem de requerimento do autor, podendo o juiz as conceder **ex officio**, mas, sempre, com prudência e atento à possível situação de irreversibilidade decorrente da aplicação dessas medidas assecuratórias.

Há uma diferença - **quase capilar** - entre a tutela **específica**, cuja concessão depende de pedido, e o **modo** de sua efetivação, que o juiz pode estabelecer, inclusive de ofício, conforme o seu prudente arbítrio.

Tal como o instituto estruturado no art. 273, a antecipação da tutela específica do art. 461, § 3º, consubstancia formidável instrumento de efetividade jurisdicional, mas, frise-se, de caráter excepcional.

Ressalte-se, por outro lado, que ao ângulo de sua natureza jurídica, o pronunciamento judicial que concede ou nega a tutela antecipada ou deixa de apreciá-la é **decisão interlocutória e não sentença**, nos termos da **conceituação** consagrada no § 2º do art. 162 do CPC.

A tutela antecipada **não** extingue o processo, valendo notar que o § 5º do art. 273, preceitua, **in verbis**, que:

"Art. 273 - **omissis**.

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

O recurso cabível, aqui, é o agravo (arts. 522 e seguintes, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995).

Sobreleva notar que, na espécie, o **agravo retido** é, intuitivamente, mais inútil do que um **despertador soar num quarto vazio** (só iria despertar ecos), sendo, por isso, recomendável a interposição do agravo de instrumento que, **de imediato**, tem a virtude de devolver ao Tribunal todos os aspectos ligados à decisão que conceder ou negar a tutela antecipada, **inclusive descortinando a possibilidade do requerimento de efeito suspensivo**, preenchidos os pressupostos legais, consoantes os arts. 527, inciso II, e 558, ambos do CPC.

Contra a decisão do Tribunal que julgar o agravo de instrumento - interposto contra a decisão que concedeu ou negou a antecipação da tutela - é, em tese, **cabível o recurso especial e/ou extraordinário**, configurados os respectivos requisitos constitucionais.

Pela dicção do § 5º do art. 273 resta evidenciado que, concedida a antecipação da tutela, o processo deverá seguir o seu curso natural, com a prolação de **sentença** que, uma de três:

- a. **coincidirá** com a tutela, porventura concedida integralmente;
- b. **ultrapassará** a tutela, acaso concedida parcialmente;
- c. **revogará** a tutela antecipada, nas hipóteses de **meramente terminativa**, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito, ou **definitiva**, quando julgar improcedente o pedido.<sup>37</sup>

A sentença **substitui** a decisão antecipatória da tutela, no caso de a apelação produzir, apenas, **efeito devolutivo**.

Entretanto, se o recurso de apelação exibir o talento de produzir o duplo efeito (devolutivo e suspensivo), a sentença, por si só, **não revoga** a tutela antecipada, **salvo** se o juiz for expresso neste sentido

revogatório na própria sentença ou em decisão apartada, consoante o permissivo contido no § 4º do art. 273.

5. Uma observação ainda é pertinente e diz respeito à **impossibilidade**, a meu ver, da tutela antecipada naquelas hipóteses em que é vedada a outorga de medida liminar e/ou medida cautelar, como, por exemplo, **reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou concessão de aumento ou extensão de vantagens** (art. 5º, da Lei nº 4.348, de 26.06.94 e Lei nº 7.969, de 22.12.89), **bem como para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias** (art. 1º, § 4º, da Lei nº 5.021, de 09.06.66).

Uma questão que, certamente, suscitará controvérsia no âmbito dos processualistas diz respeito à **aplicação do princípio da identidade física do juiz** a tutela jurisdicional antecipada.

Em outras palavras, o juiz que, por exemplo, proferiu a decisão antecipatória da tutela está vinculado para julgar a causa, proferindo sentença?

A meu ver, a resposta é **afirmativa**, com aplicação analógica da norma contida no art. 132 do CPC.

O juiz que, na espécie, recebeu e despachou a petição inicial, que teve contato direto com as partes e com as provas, que, sopesando-as, antecipou a tutela, está em melhores condições de decidir o litígio.

Esse ponto de vista se robustece na medida em que, em sede de antecipação da tutela, o juiz pode designar audiência especial para colher provas produzidas oralmente (depoimento pessoal, de testemunhas, ou esclarecimentos verbais do perito), de modo que tenha podido apreciar melhor a credibilidade dos depoimentos.

De sorte que os **princípios da livre apreciação da prova, da imediação, da permanência subjetiva do juiz e de economia** recomendam que a sentença seja proferida pelo juiz que está em melhores condições de decidir o litígio, como seja aquele que apreciou e decidiu o pedido de antecipação jurisdicional da tutela, que consubstancia o próprio provimento jurisdicional almejado no processo de conhecimento, vale dizer, concede-se o próprio direito afirmado pelo autor.

E, **para finalizar**, para merecido alívio dos ouvintes, embora ver-se a exposição sobre os **aspectos gerais** do instituto da antecipação da tutela, peço licença aos senhores para dar ao meu espírito a liberdade de abordar **dois temas específicos**.

**O primeiro tema específico** relaciona-se à possibilidade de se requerer a antecipação da tutela em face das pessoas jurídicas de direito público interno.

Não padece dúvida de que o instituto da antecipação da tutela possa ser requerido por pessoa jurídica de direito público interno.

Entretanto, descabe, a meu ver, a antecipação da tutela quando, no pólo passivo, figurar a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias, de vez que, se a **própria sentença** proferida contra estas **entidades de direito público** está sujeita ao **reexame necessário**, não produzindo efeito senão depois de **confirmada** pelo tribunal (art. 475, II, do CPC), a medida antecipatória, concedendo o próprio direito afirmado pelo autor, consubstanciando **mera decisão interlocutória**, com maior razão, não tem, na espécie, aptidão para produzir qualquer efeito. A eficácia do apêndice (decisão interlocutória) não pode ser maior do que a do próprio corpo (sentença).

A simples decisão interlocutória, na espécie, não tem a virtude de produzir os efeitos interditados pelo art. 475, II, do CPC, ao pronunciamento jurisdicional mais importante, que é a própria sentença.

Um aspecto de superlativa importância há de ser ressaltado: **o de que não é admissível a execução provisória de condenações impostas à Fazenda Pública**, salvo em se tratando de decisões contra as quais foram interpostos os recursos extraordinário e/ou especial.

Insista-se no ponto: contra a Fazenda Pública **não** há que cogitar de execução provisória, porquanto, estando sujeita a duplo grau de jurisdição, a sentença não produzirá efeito, senão depois de confirmação em segunda instância.<sup>38</sup>

A antecipação dos efeitos da tutela, repita-se, enseja execução de natureza provisória, conforme estabelece o art. 273, em seu § 3º.

Sendo um **ato complexo**, a sentença proferida contra a Fazenda Pública só se aperfeiçoando depois do julgamento de 2º grau, e, conseqüentemente, despida de qualquer eficácia, parece óbvio dizer que se afigura inaceitável a instauração de uma execução de natureza provisória, fundada na sentença de 1º grau.

Ora, se as condenações contra a Fazenda Pública não podem ser objeto de execução provisória, sem que a sentença seja confirmada pelo Tribunal, com maior razão inexecutíveis serão as condenações oriundas de simples decisão interlocutória, que, sabe-se, não é passível de reexame necessário, ou - o que é o mesmo - não está sujeita ao chamado duplo grau obrigatório de jurisdição.

E mais: ao ângulo prático, no terreno da execução, se a pretensão visar ao pagamento em dinheiro, a antecipação da tutela contra a

Fazenda Pública seria inútil - tal qual o fogo que não queimasse -, pois a execução contra aquelas **entidades públicas** (sabido que seus bens são impenhoráveis) faz-se através do **instituto do precatório**, à luz do procedimento previsto nos arts. 730 e seguintes do CPC, o que pressupõe **sentença** judiciária, na dicção do art. 100 da Constituição Federal (e não decisão interlocutória, como é o ato concessivo de tutela antecipatória). É de afastar-se, na espécie, de modo inequívoco, a possibilidade de execução antecipada, por vias transversas, fundada no novo instituto).

Há, também, a prevalência dos **princípios orçamentários** inerentes à despesa pública.

Outra restrição de relevo, aplicável no caso, é a prevista no **caput** do art. 1º da Lei nº 8.437 de 30.06.1992 (por se enquadrar a tutela antecipatória no conceito genérico de **medida de caráter preventivo** - por atacar o "perigo" de infrutuosidade).

Ressalte-se, também, que, se o ato atacado no processo de conhecimento for daqueles que, se impugnado pela via mandamental, teria como originariamente competente o Tribunal, mostra-se incabível, também por este argumento, a antecipação, em face da Fazenda Pública.

**O segundo tema específico**, que envolve aspecto delicado, é o de se saber se é possível a tutela antecipatória em determinados procedimentos especiais, como, por exemplo, no caso de possessórias.

A questão - longe de ser pacífica - **"é tão provocadora quanto um sinal de trânsito amarelo"**.

De um lado, poder-se-ia argumentar, primeiramente, que, nessas hipóteses, **impõe-se a aplicação da regulamentação procedimental especial e específica** prevista no sistema processual.

Tome-se o exemplo: numa demanda possessória, com moléstia à posse **inferior a ano e dia**, aplica-se o remédio relativo à posse nova (CPC, arts. 924 e 928), não podendo, obviamente, o autor optar pela ação possessória com procedimento comum - ordinário ou sumário - e, concomitantemente, deduzir pedido de antecipação da tutela, com base no art. 273.

Por identidade de razões, **ultrapassado** o período de ano e dia, sem que o interessado tenha ajuizado a ação possessória sob o procedimento especial, não poderá, em linha de princípio, socorrer-se da proteção sumária contemplada no art. 273, inciso I, para alcançar o mesmo objetivo (antecipação da tutela de reintegração ou manutenção de posse).

"Diante da previsão expressa de concessão de tutela interdita urgente, por intermédio de procedimento especial, a obtenção deste resultado satisfativo importaria em inaceitável burla ao próprio sistema. Importa dizer que, se o autor não teve necessidade urgente de, no prazo de ano e dia, recuperar ou manter-se liminarmente na posse do bem objeto de esbulho ou turbação (o que seria de manifesta evidência), com maior razão, não apresentará interesse jurídico algum em atingir o mesmo resultado, desta feita por intermédio de vias transversas, utilizando do contido no inciso I do art. 273".<sup>39</sup>

Empresto minha modesta adesão ao entendimento do eminente ARRUDA ALVIM, quando afirma que:

"As ações possessórias, através da possibilidade de medida liminar, contêm, historicamente mesmo, um sistema que guarda alguma similitude com a antecipação da tutela. O problema que se cola é saber se, conquanto o autor haja promovido a ação depois de ano e dia, e, portanto, sem direito a medida liminar, se se configurarem os pressupostos do art. 273, se ainda assim, poderá ter direito à tutela antecipada.

Em nosso sentir a resposta é positiva, pois que a fonte da liminar, quando a possessória é promovida dentro de ano e dia é uma, ao passo que a razão de ser da tutela antecipada é outra, ou são outras. Mas é evidente que, nesse caso, o juiz deverá avaliar o tempo, as condições da posse, etc".<sup>40</sup>

Cumpra fixar que, em órbita de possessória, se decorrido o prazo de ano e dia sem que a demanda de rito especial tenha sido ajuizada, os fundamentos de fato e de direito ensejadores da pretensão à obtenção da tutela antecipatória não mais serão aqueles elencados nos arts. 499, 506 e 523 do Código Civil, em harmonia com os arts. 926, 927 e 928 do Código de Processo Civil, mas agora deverão estar de acordo com os requisitos estabelecidos no art. 273.

NELSON NERY JÚNIOR sufraga o mesmo entendimento:

"A ação possessória de rito especial comporta concessão de liminar (CPC, art. 928) se o esbulho ou turbação ocorreu há menos de ano e dia (CPC, art. 924). Para conseguir a liminar de antecipação de efeitos da tutela de mérito, o autor tem de provar a posse e a data do esbulho. Apenas isto. "Quando o esbulho ou turbação se deu há mais de ano e dia, a ação possessória tramita pelo rito comum (ordinário ou sumário). Pode ser requerida a antecipação da tutela, mas devem ser cumpridos os requisitos do CPC, art. 273. Em conclusão, para as possessórias que se processam pelo rito especial, os requi-

sitos para a concessão da liminar antecipatória são os do CPC, art. 927, ao passo que para as possessórias que tramitam pelo rito comum os requisitos para a obtenção da medida liminar são os do CPC, art. 273. Mas o importante é que o sistema agora admite a liminar nas possessórias de rito comum".<sup>41</sup>

Outra questão ainda merece ser levantada. Se em ação interdita de rito especial (portanto ajuizada no prazo adequado de ano e dia) o pedido de liminar possessória vier a ser negado, no decorrer do processo, após o oferecimento da resposta ou em razão do comportamento processual do réu, poderá o autor formular novo requerimento de antecipação da tutela, desta feita baseado no inciso II do art. 273, ou seja, em face da caracterização do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do sujeito passivo da demanda?

Neste caso, parece-nos que a resposta é negativa, porquanto não basta somente a comprovação do requisito assinalado no inciso II do art. 273, fazendo-se imprescindível também a existência de prova inequívoca do alegado na peça inicial, capaz de formar no julgador um juízo de verossimilhança, nos termos do estatuído no caput do mesmo dispositivo; estamos, portanto, diante da necessária conjugação de elementos, sem a qual a tutela não pode ser antecipada.

Ora, se o magistrado não encontrou nos autos elementos probatórios e, via de consequência, de convicção, suficientemente robustos para ensejar a concessão da proteção interdita antecipatória in limine litis ou após audiência de justificação, não há que se falar em existência de prova inequívoca; caso contrário, já deveria ter concedido a tutela urgente em fase procedimental antecedente.<sup>42</sup>

No processo de conhecimento, afóra os procedimentos ordinário e sumário, para os quais o art. 273 foi dirigido basicamente, não resta muito espaço no âmbito dos procedimentos especiais que não dispõem de liminar (consignatória, depósito, anulatória de títulos, prestação de contas, usucapião, divisória e demarcatória) para a aplicação da tutela antecipatória.

Se assim é - e assim efetivamente o é - afigura-se justa a conclusão de que a variada disciplina das liminares do Livro IV, Título I, permanece virgem e intocada (arts. 928, 936, inciso I, 1.051 e 1.071).

Essa vertente de raciocínio vale, também, para os procedimentos especiais disciplinados em leis extravagantes (mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, alienação fiduciária, alimentos, ações de locação, desapropriação, etc.).<sup>43</sup>

Faço votos, numa advertência final necessária, de que a antecipação de tutela, sumária, genérica e excepcional, com o passar do



tempo, não seja subvertida, generalizando-se perigosamente em indiscriminada antecipação satisfativa da decisão condenatória de mérito, o que importará em verdadeira temeridade, insegurança aos jurisdicionados e desordem processual.

Como é intuitivo, nessas hipóteses - com a deturpação na prática -, sempre haverá risco de **sumarização** generalizada do processo de conhecimento, consagrando-se uma geral deformação da tutela jurisdicional.

"A proliferação das tutelas especiais, quaisquer que sejam as suas contingentes justificações, constituem-se num fator concorrente de crise de valores, em relação à tutela ordinária, como tutela dispensada a todos os cidadãos".<sup>44</sup>

A justiça civil deve sustentar-se sob os pilares da garantia e da eficiência e não inspirar-se na lógica, sempre traumática, da emergência.

Devemos pugnar pela recuperação da funcionalidade do processo ordinário, e não dar-se ordinariedade a medida essencialmente extraordinária e excepcional.

Sob a perspectiva de êxito, para a extração de todas as potencialidades do novo instituto da tutela antecipada, devemos buscar a via média entre o romantismo ingênuo e o pessimismo exacerbado, de um lado, com postulações responsáveis, e, de outro lado, com o exercício de uma jurisdição igualmente responsável.

Espero que, no balanço final, todas as dificuldades exegéticas que o texto do art. 273 possa apresentar - e, decerto, algumas apresenta - sejam superadas pelos **aspectos positivos** do instituto da tutela antecipada que devem ser preservados, **com prudência e cautela, na prática judiciária**, a fim de que a reforma do processo civil possa pavimentar o acesso efetivo a uma justiça célere e justa.

Como convém a um **processualista**, agradeço-lhes, **penhoradamente**, pela atenção com que me distinguiram.

Muito obrigado.

## NOTAS

1. Cfr. *Revista de Processo* 31/199.
2. Cfr. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A Reforma do Processo Civil*, p. 138.
3. Cfr. CARREIRA ALVIM, *Código de Processo Civil Reformado*, 1ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 95.
4. Cfr. *Introduzione allo studio sistematico dei procedimenti cautelari*, nº 14, p. 38.
5. Cfr. REIS FRIEDE, *Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar*, Del Rey, 1996, pp. 28 e 29.

6. Cfr. REIS FRIEDE, *ob. cit.*, p. 67.
7. Cfr. LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novidades sobre a tutela antecipatória*, nº 3, p. 106.
8. Cfr. FRANCESCO CARNELUTTI, *Direito e Processo*, Napoli: Morano, 1958, p. 356.
9. Cfr. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, "Reflexões em torno da Tutela Antecipatória Genérica, Diferenciada Satisfativa. A Questão de sua Aplicabilidade aos Procedimentos Especiais", *A JURIS* v. 22, nº 65, nov. 95, p. 230.
10. Cfr. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *in As Inovações do Código de Processo Civil*, Forense, 1995, p. 11.
11. Cfr. *Inovações no Código de Processo Civil*, Forense, 1995, pp. 7 e 8.
12. Cfr. PASQUALE FRISINA, *Riv. di Dir. Proc.*, XVI/368 ss., "La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali".
13. Cfr. CALMON DE PASSOS, *Inovações no Código de Processo Civil*, 2ª ed., Forense, 1995, p. 21.
14. Cfr. PESTANA DE AGUIAR, *Reforma processual*, 1ª ed., Rio de Janeiro, 1995, p. 32.
15. Cfr. CALMON DE PASSOS, *ob. cit.*, p. 33.
16. Cfr. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *ob. cit.*, p. 176.
17. Cfr. CARREIRA ALVIM, *ob. cit.*, p. 120.
18. Cfr. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *ob. cit.*, p. 177.
19. Cfr. CALMON DE PASSOS, *ob. cit.*, p. 35.
20. Cfr. ARMELIN, *Responsabilidade Objetiva no Código de Processo Civil*, p. 22, apud José Cruz e Tucci, *Processo Civil*, p. 123.
21. Cfr. CARREIRA ALVIM, *ob. cit.*, 111.
22. Veja-se CÂNDIDO DINAMARCO, *A Reforma do Código de Processo Civil*, S. Paulo, Malheiros Editores, 1995, p. 147. Nesse sentido, também, CALMON DE PASSOS, *Inovações no Código de Processo Civil*, pp. 32-33.
23. Confira-se, nessa rota, SERGIO BERMUDES, *A Reforma do Código de Processo Civil*, Freitas Bastos, p. 38, 1995.
24. Cfr. CALMON DE PASSOS, *ob. cit.*, p. 13.
25. Cfr. CARREIRA ALVIM, *ob. cit.*, p. 14.
26. Cfr. CALAMANDREI, PIERO, *Verità e verossimiglianza nel processo civile*, *ob. cit.*, p. 620.
27. Cfr. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados", *in Temas de direito processual*, 2ª ed., Saraiva, 1980, p. 70.
28. Cfr. SYDNEY SANCHES, *Poder cautelar geral do juiz no processo civil brasileiro*, São Paulo: RT, 1978, p. 103.
29. Cfr. VIRGÍLIO ANDREOLI, *Commento al Codice di Procedura Civile*, 3ª ed., Napoli, v. IV, p. 247.
30. Cfr. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *ob. cit.*, p. 146.
31. Cfr. CALMON DE PASSOS, *ob. cit.*, pp. 17-18.
32. Cfr. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 13.
33. Cfr. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 243.
34. Cfr. LUIZ GUILHERME MARINONI, *in ob. cit.*, nº 7, p. 108.
35. Neste sentido, v. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *O Processo Civil Contemporâneo - Coleção de Estudos. Tutela Antecipatória e Juízos de Verossimilhança*, Curitiba, Juruá Editora, p. 127.
36. Cfr. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *ob. cit.*, p. 156.
37. SÉRGIO BERMUDES, *ob. cit.*, p. 38.

38. Cfr. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, "A Fazenda Pública e alguns aspectos da execução forçada", *Revista Forense*, vol. 281, p. 71.
39. Cfr. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 233.
40. Cfr. in *Tutela Antecipatória. Algumas Noções - Contrastes e coincidências em relação às Medidas Cautelares Satisfativas*, Saraiva.
41. Cfr. in *Atualidades sobre o Processo Civil*, p. 57.
42. Cfr. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 235.
43. Cfr. ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, *A Reforma do Processo Civil Interpretada*, S. Paulo, Saraiva, 1995, p. 20.
44. Cfr. GIUSEPPE TARZIA, *apud* Joel Dias Figueira Júnior, *ob. cit.*, p. 245.