

## O REGIME JURÍDICO DAS MEDIDAS URGENTE [1]

### CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO

#### v. eduardo ricci, “A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano”

sumário: § 1o: aspectos gerais - 1. disciplina insuficiente - 2. tutela cautelar e tutela antecipada: sérias dúvidas conceituais - 3. o tempo inimigo e os males do retardamento - 4. males aos sujeitos e males ao processo - 5. duas espécies do mesmo gênero – elementos comuns - 6. periculum in mora - 7. cognição sumária, fumus boni juris e juízo do mal maior - 8. provisoriedade e irreversibilidade - 9. aplicação de disposições contidas no Livro III do Código de Processo Civil - 10. poder geral de antecipação da tutela jurisdicional - 11. antecipação de tutela em caráter antecedente ou preparatório - 12. competência para a antecipação de tutela antecedente ao processo principal - 13. limite temporal da eficácia da antecipação concedida em caráter preparatório (30 dias - CPC, art. 808, inc. I) - 14. vedada a repetição da medida antecipatória - 15. tutela exclusivamente a pedido ou também de-ofício? - 16. limites temporais da possibilidade de antecipar a tutela - 17. efeitos dos recursos em relação à tutela antecipada - 18. responsabilidade objetiva - 19. caução - 20. síntese conclusiva - § 2o: considerações específicas - 21. ressalvas e precisões: as antecipações tipificadas em lei - 22. obrigações de fazer ou de não-fazer - 23. ação de consignação em pagamento - 24. ações possessórias - 25. antecipações regidas por leis extravagantes - 26. o regime jurídico dessas antecipações, segundo as regras gerais

#### § 1o: aspectos gerais

##### 1. disciplina insuficiente

Com apenas um artigo e cinco parágrafos a Reforma do Código de Processo Civil pretendeu disciplinar o instituto da tutela jurisdicional antecipada (art. 273, caput e §§ 1o a 5o), sem resolver as muitas dúvidas e questões que giram em torno dessa inovação e que até agora, seis anos depois, são causa de muita incerteza perante os tribunais do país. Sabido que ao processo e às medidas cautelares, que são irmãos gêmeos das medidas antecipatórias, o Código dedica todo um livro composto de noventa-e-quatro artigos e seus parágrafos (Livro III, arts. 798-889) fica evidente a disparidade de tratamentos e manifesta a necessidade de uma reconstrução sistemática do instituto, pelos juízes e doutrinadores, até quando o legislador se disponha a completar seu serviço inacabado.

Das omissões em que incorreu a Reforma, as mais relevantes são as que dizem respeito (a) à admissibilidade ou inadmissibilidade da tutela antecipada antes da instauração do processo em que a tutela definitiva será postulada, (b) à competência para essa tutela antecipada preparatória, ou antecedente, (c) à eficácia da medida concedida em caráter antecedente, limitada a trinta dias a partir da efetivação, (d) à inadmissibilidade de restauração da medida que perdeu a eficácia, (e) à possibilidade ou impossibilidade de concessão ex officio da tutela antecipada, (f) ao período em que a tutela antecipada pode ser concedida incidentalmente pelo juiz de primeiro grau, (g) aos efeitos dos recursos em relação à tutela antecipada, (h) à responsabilidade do beneficiário da antecipação por danos causados ao adversário e (i) à possibilidade de condicionar a antecipação de tutela a uma garantia a ser prestada por aquele que a pretende. Quanto à tutela cautelar, todos esses pontos estão mais ou menos esclarecidos no Código e o trabalho maior do intérprete consiste em determinar se e em que medida o que está disposto quanto a esta se aplica ao sistema da tutela antecipada.

##### 2. tutela cautelar e tutela antecipada: sérias dúvidas conceituais

O exemplo de maior impacto, trazido por Piero Calamandrei em sua obra magistral para ilustrar o poder geral de cautela conferido ao juiz, foi na realidade um caso de tutela antecipada. A história foi esta:

“o proprietário de uma casa noturna de Paris havia encomendado a um pintor a decoração do salão de danças com afrescos, que representassem danças de sátiros e ninfas, e o pintor, querendo aumentar o interesse pela decoração mural, resolveu dar aos personagens, que nessas coreografias apareciam em vestes superlativamente primitivas, as fisionomias, facilmente reconhecíveis, de literatos e artistas muito conhecidos naquele ambiente mundano. Na noite da inauguração, uma atriz, que fazia parte da multidão de convidados, teve a surpresa de reconhecer-se em uma das ninfas que dançavam com vestes extremamente sucintas; e, entendendo que essa representação era ofensiva ao seu decoro, deu início a um processo civil contra o proprietário do estabelecimento, com o pedido de sua condenação a eliminar aquela figura ultrajante e a reparar os danos. E pediu desde logo que, enquanto durasse o processo, fosse ordenado ao réu que cobrisse provisoriamente aquela parte do afresco que reproduzia a sua imagem em pose indecorosa”. [2]

Essa colocação está ligada a uma das premissas mais gerais e vigorosas colocadas na obra do Mestre fiorentino, que foi a inclusão das medidas antecipatórias de tutela entre as cautelares. Em sua classificação dos provimentos cautelares ele incluía, nessa ordem, (a) os provimentos instrutórios antecipados, (b) os provimentos destinados a assegurar a execução forçada, (c) as antecipações de provimentos decisórios e (d) as cauções processuais.[3] A terceira dessas categorias é a que suscita interesse na atualidade, quando se quer traçar uma distinção entre medidas cautelares e antecipatórias de tutela. Conceder antecipadamente à parte o gozo e fruição total ou parcial do bem que ela está pleiteando no processo é

conceder-lhe uma medida cautelar, ou de natureza diferente? Influenciada pela lição prestigiosíssima de Calamandrei, a doutrina brasileira não se esmerava em levantar essa questão, sendo amplamente dominante a crença na natureza cautelar dessas medidas, até quando chegou a Reforma, com a sua proposta de um novo conceito, ou de uma nova categoria jurídico-processual, que é a tutela antecipada.

Antes disso, debatiam-se a doutrina e a jurisprudência em temas angustiosos como o da existência ou inexistência de um direito substancial de cautela e o da tutela cautelar satisfativa. É possível, indagava-se, uma tutela cautelar que em si própria satisfizesse o direito, tornando praticamente dispensável a tutela principal a que ela estaria teoricamente ligada? Como definir a medida urgente e liminar que concede ao pai o direito de levar consigo o filho em viagem ao exterior contra a vontade da mãe, sabendo-se que quando o processo principal chegar ao ponto de produzir o julgamento definitivo, o pai e o filho já terão ido e vindo e o benefício estará consumado? E o caso do sujeito que obtém liminarmente um provimento mandando que o Poder Público lhe forneça uma certidão: qual a natureza dessa medida e qual utilidade terá o provimento final de mérito, a ser proferido quando o documento já tiver sido entregue, recebido, utilizado? Que significado poderia ter a sentença que afinal julgasse improcedente a pretensão daquele autor? A chegada do novo art. 273 à ordem jurídica brasileira resolveu em parte essas dúvidas, especialmente pelo aspecto conceitual. Temos agora a consciência de que, ao lado da tutela cautelar regida pelos noventa-e-quatro artigos do Livro III do Código de Processo Civil, existe uma tutela antecipada, de natureza diferente daquela. Mas em que consiste essa diferença? Não se tem ainda uma resposta definitiva a essa indagação, nem chegamos ainda perto de uma definição quanto a casos a serem encarados como cautela e casos que devem ser havidos como antecipação.

Nem sempre as medidas urgentes se apresentam nitidamente definidas em seu enquadramento como medida cautelar ou como antecipação de tutela, grassando ainda muita insegurança entre os cultores brasileiros do processo civil. Acostumados a englobar entre as cautelares todas as medidas urgentes, inclusive as antecipatórias (até porque assim está no Código de Processo Civil, que foi elaborado quando não se tinha a percepção da existência dessa categoria), temos dificuldades quando nos pomos a indagar se dada medida é cautelar ou não, com a forte tendência de prosseguir superdimensionando o campo da cautelaridade. Como se procura demonstrar a seguir, as antecipações de tutela não são instrumentais ao processo, não se destinam a outorgar-lhe a capacidade de ser justo e útil (o que constitui missão das cautelares), mas a fornecer ao sujeito aquilo mesmo que ele pretende obter ao fim, ou seja, a coisa ou situação da vida pleiteada: os alimentos provisionais são antecipações dos próprios alimentos a serem obtidos afinal; a sustação do protesto cambial é o mesmo impedimento à realização deste, imposto desde logo e sem esperar o fim do processo etc.[4]

### 3. o tempo inimigo e os males do retardamento

Bem analisado o Código de Processo Civil e submetido seu novo art. 273 a uma interpretação sistemática no contexto da disciplina das medidas urgentes, não é tão importante a busca dessas distinções. A realidade sobre as quais todos esses dispositivos opera é o tempo como fator de corrosão dos direitos, à qual se associa o empenho em oferecer meios de combate à força corrosiva do tempo inimigo, de que falava Francesco Carnelutti. Quando compreendermos que tanto as medidas cautelares como as antecipações de tutela se inserem nesse contexto de neutralização dos males do decurso do tempo antes que os direitos hajam sido reconhecidos e satisfeitos, teremos encontrado a chave para as nossas dúvidas conceituais e o caminho que podem conduzir à solução dos problemas práticos associados a elas.

"Il valore, que il tempo ha nel processo, è immenso e, in gran parte, sconosciuto. Non sarebbe azzardato paragonare il tempo a un nemico, contro il quale il giudice lotta senza posa" (Carnelutti).[5] Desencadear medidas contra esse inimigo é um modo de cumprir o compromisso, solenemente assumido pelo Estado brasileiro ao aderir ao Pacto de San José da Costa Rica, de oferecer aos litigantes uma tutela jurisdicional em prazo razoável. "Toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei..." (art. 8o, n. 1). Por outro aspecto, também já se ensinou superiormente que "la necessità di servirsi del processo per ottenere ragione non deve tornar a danno di chi ha la ragione" (Chiovenda)[6] - o que também conduz à necessidade de oferecer remédios contra os males do tempo, porque o decurso deste poderia trazer danos ao litigante que, embora tenha o direito ao bem que pretende, de outro modo acabaria ficando sem a possibilidade de obtê-lo ou de fruir utilmente o bem que viesse a obter.

Por mais de um modo o decurso do tempo pode ser nocivo. A primeira hipótese é a do processo que chega ao fim e o provimento de mérito é emitido, quando o mal temido já está consumado e nada mais se pode fazer; isso se dá, p.ex., se o juiz concede um mandado de segurança para que o impetrante possa participar de um concurso público, fazendo-o no entanto depois do concurso já realizado. O segundo grupo de situações é representado pela tutela jurisdicional demorada que chega depois de uma espera além do razoável e muito sofrimento do titular de direitos - p.ex., no caso do titular do direito a alimentos, que permanecesse anos a fio esperando a tutela jurisdicional, recebendo-a somente depois de muito tempo de injustas privações. O terceiro caso é o do processo que deixa de dispor dos meios externos indispensáveis para sua correta realização ou para o exercício útil da jurisdição - o que sucede se vem a falecer a testemunha que poderia trazer informes úteis ao bom julgamento da causa ou se desaparece o bem que poderia ser penhorado para a futura satisfação do credor. No primeiro caso, o processo não terá produzido tutela jurisdicional alguma, porque sem a efetiva

oferta do bem a que o sujeito tem direito não se pode falar em verdadeira tutela jurisdicional; no segundo, a tutela jurisdicional se realiza mas não é tempestiva, sendo ilegítimo e injusto sujeitar o titular de direito a tanta espera. No terceiro, ter-se-á um processo incapaz de oferecer a tutela justa ao sujeito que tiver razão, porque uma instrução sem o concurso da testemunha pode conduzir a resultados injustos e a execução sem a penhora do bem nada produzirá.

Essa colocação apóia-se no trinômio adequação-tempestividade-efetividade, que, como vem pregando Kazuo Watanabe, há de presidir o sistema de tutela jurisdicional nos tempos modernos.

#### 4. males aos sujeitos e males ao processo

Esse isolamento de situações em que o tempo pode causar danos permite perceber que há casos em que os danos causados pelo tempo vão diretamente ao sujeito de direitos, impedindo-o de receber o bem a que tem direito ou privando-o do bem por tempo superior ao razoável, ao lado de casos em que o mal é causado diretamente ao processo e só indiretamente atinge o sujeito. Aqui é muito oportuna a invocação dos reclamos doutrinários modernos por um processo justo (Augusto Mario Morello) ou por um processo justo e equo (Luigi Paolo Comoglio), os quais remontam à cláusula due process of law e aos valores que essa garantia constitucional visa a preservar. Processo justo é aquele que se realiza segundo os ditames da lei e dos princípios éticos que lhe estão à base, sabido que sem a observância desses referenciais fica perigosamente comprometida a probabilidade de que o exercício da jurisdição venha a produzir resultados úteis e justos - sendo intuitivo que o processo deixa de ser justo e equo, quando realizado sem a utilização dos meios exteriores dos quais depende para produzir resultados úteis e justos. Ora, no momento em que o processo se desfalca de meios dos quais poderia dispor para o correto exercício da jurisdição (fontes de prova, bens a pôr sob constrição), sua aptidão a produzir resultados corretos se reduz e, conseqüentemente, ele deixa de ser um processo justo e equo.

Quando um bem é penhorado, o exequente não está ainda, automática e imediatamente, recebendo uma tutela jurisdicional. A penhora limita-se a pôr o bem à disposição do juízo, para futura alienação e obtenção do dinheiro, sabendo-se que a consumação da tutela só ocorrerá no momento em que este vier a ser entregue ao credor; por isso, nos casos em que o bem penhorável desaparecer ou vier a ser destruído, é o processo quem sofre diretamente um mal e não o sujeito. Mutatis mutandis, é também o processo quem fica lesado quando uma testemunha útil não mais pode comparecer, porque o comparecimento e os informes que ela poderia trazer não são ainda uma tutela ao litigante mas mera abertura para a possível produção de resultados justos.

A visão clara dessas situações lesivas ao processo, sem atingirem diretamente os sujeitos, encaminha com segurança a correta distinção entre medidas úteis a proteger o processo contra os males do tempo e medidas destinadas a resguardar pessoas contra esses males.

#### 5. duas espécies do mesmo gênero – elementos comuns

Como venho sustentando, são cautelares as medidas com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o processo de algum meio exterior que poderia ser útil para correto exercício da jurisdição e conseqüente produção, no futuro, de resultados úteis e justos; e são antecipações de tutela aquelas que vão diretamente à vida das pessoas e, ainda pendente o processo, oferecem a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna ou algum benefício que a obtenção do bem poderá proporcionar-lhe. As primeiras são medidas de apoio ao processo e as segundas, às pessoas.

Ouvir desde logo a testemunha mediante o procedimento da produção antecipada de prova, ou pôr o bem sob constrição judicial mediante o arresto cautelar não significa que a parte interessada já fique desde logo satisfeita em sua pretensão ao bem da vida em disputa no processo, porque (a) a testemunha somente esclarecerá o juiz, cuja decisão virá depois e (b) o arresto não põe o bem à disposição do credor, mas do juízo. Nenhuma dessas medidas é apta a produzir o menor grau de satisfação, como as antecipatórias. Elas são cautelares. Diferentemente, entregar o bem ao autor mediante um interdito possessório ou mandar que a comissão de concurso admita o candidato a realizar a prova enquanto a sentença final não vem, é oferecer provisoriamente a esses sujeitos uma situação favorável e benéfica em relação a algum bem a que talvez tenha direito. Essas medidas são antecipatórias de tutela.

É inegável, todavia, que tanto as cautelares quanto as antecipatórias convergem ao objetivo de evitar que o tempo corra direitos e acabe por lesar alguma pessoa: mesmo sem oferecer diretamente ao litigante a fruição do bem ou de algum benefício que essa fruição poderia trazer-lhe, a tutela cautelar evita que o processo se encaminhe para um resultado desfavorável, como aconteceria se a testemunha viesse a faltar ou o bem penhorável a ser destruído. Daí a legitimidade da recondução dessas duas ordens de medidas a um gênero só, que as engloba, ou a uma categoria próxima, que é a das medidas de urgência. E à moderna ciência processual, que é avessa a conceitualismos e se preocupa primordialmente com os resultados do processo e do exercício da jurisdição, muito mais relevância tem a descoberta dos elementos comuns que aquelas duas espécies apresentam, do que a metafísica busca dos fatores que as diferenciam. Tal é a postura do Código de Processo Civil italiano, que, na moderníssima versão decorrente das

sucessivas alterações por que passou nos anos noventa, encerra a seção destinada aos procedimentos cautelares (arts. 669-bis ss.) com uma norma geral destinada às medidas de urgência atípicas (art. 700), as quais poderão ser, segundo opinião generalizada em doutrina, conservativas ou antecipatórias.[7] Os estudiosos italianos não se preocupam, na exegese de seu art. 700, em distinguir o que é cautelar e o que não é.

Em obra festejada e vitoriosa, José Roberto dos Santos Bedaque examina os fenômenos da tutela antecipatória e da conservativa, incluindo ambas na área da cautelaridade.[8]

#### 6. periculum in mora

Como ficou dito e é notório, o elemento comum de maior significado, existente entre as medidas cautelares e as antecipatórias de tutela, é a destinação, que ambas têm, a servir de armas na luta contra a corrosão de direitos por ação do tempo. Daí serem elas enfileiradas na categoria das medidas de urgência, ou seja, medidas a serem outorgadas no mais curto lapso de tempo possível, muito mais rapidamente que a tutela jurisdicional plena e definitiva. Tanto a umas quanto a outras aplica-se a sábia lição de Calamandrei, de que “entre fazer logo porém mal e fazer bem mas tardiamente, os provimentos cautelares visam sobretudo a fazer logo, deixando que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do provimento, seja resolvido mais tarde, com a necessária ponderação, nas sossegadas formas do procedimento ordinário”.[9]

Uma pequena ressalva que se faz quanto à urgência em relação à antecipação da tutela é que esta pode também ser concedida, ainda que urgência não haja, como sanção ao abuso do direito de defesa ou a expedientes protelatórios postos em prática pela parte contrária (art. 273, inc. II); ainda assim, todavia, tem o objetivo de favorecer a parte inocente com o acesso mais rápido ao bem da vida pretendido. Fora dessa hipótese, tanto quanto as medidas cautelares as antecipatórias são reações ao periculum in mora (art. 273, inc. I) e essa clássica locução é de plena pertinência à sua disciplina. Há quem negue a natureza de medida de urgência a essa antecipação sancionatória, mas é inegável que ela está regida, em sua disciplina geral, pela técnica das medidas antecipatórias - só não dependendo da existência do risco de dano à parte.[10]

#### 7. cognição sumária, fumus boni juris e juízo do mal maior

Da urgência como elemento comum passa-se com naturalidade a outro elemento que também irmana a tutela cautelar e a antecipada e que é a suficiência de uma cognição sumária, de menor profundidade do que a exigida para a tutela definitiva - porque obviamente, se se exigissem todos os trâmites da cognição plena, isso tomaria tempo e as medidas de urgência deixariam de ser urgentes. Associada à suficiência da cognição sumária figura a da mera probabilidade, dispensando-se a certeza como requisito para a concessão das medidas de urgência - e isso, tanto em relação às medidas cautelares quanto às antecipatórias. Para fazer logo, embora com o risco de não fazer tão bem (Calamandrei), é preciso que o juiz se contente com uma cognição da qual lhe resulte apenas a sensação de uma probabilidade suficiente, não a sensação de uma certeza tranqüila e definitiva. A doutrina ainda é cautelosa no emprego da locução fumus boni juris no trato dos requisitos para as medidas antecipatórias de tutela, mas essa atitude não é mais que o reflexo da falsa crença de que a antecipação e a cautela fossem fenômenos inteiramente distintos, sem ligações e sem serem duas espécies do mesmo gênero; a idéia de uma mera fumaça, como indício da existência das chamadas de um direito, está presente na sistemática dos requisitos para a concessão de uma e de outra, indistintamente.[11]

Exageradamente, o art. 273 do Código de Processo Civil anuncia que a antecipação da tutela dependeria de uma prova inequívoca quanto aos fatos relevantes, mas a doutrina é pacífica em minimizar esse requisito, reduzindo-o às dimensões da mera probabilidade; inequivocidade significa certeza e, obviamente, se as medidas urgentes dependessem de se encontrar a certeza quanto aos fatos, elas não poderiam ser concedidas com a celeridade suficiente para vencer os males do tempo. Elas deixariam de ser urgentes. A lei não estabelece, nem seria possível, o grau de probabilidade suficiente para antecipar a tutela jurisdicional. Como se trata de atuar sobre a esfera jurídica das pessoas, favorecendo uma com sacrifício de outra como sucede em toda tutela jurisdicional, recomenda-se prudência maior do que para a concessão de medidas que atuam simplesmente sobre o processo (cautelares); na prática, deve ser exigido um fumus boni juris qualificado, sem contudo levar a exigência a pontos de exagero, que neutralizassem a intenção do legislador e inviabilizassem a tutela.

Da associação entre a urgência da medida a ser concedida ou negada e a mera probabilidade ou verossimilhança como grau suficiente de convencimento para a concessão, decorre, quanto a todas as medidas de urgência, a necessidade de uma linha de equilíbrio com a qual o juiz leve em conta os males a que o interessado na medida se mostra exposto e também os males que poderão ser causados à outra parte se ela vier a ser concedida. Tal é o juízo do mal maior, indispensável tanto em relação às medidas cautelares quanto às antecipatórias de tutela. Quanto mais intensa for a atuação da medida sobre a esfera de direitos da parte contrária, tanto mais cuidado deve ter o juiz. A produção antecipada de provas, medida nitidamente cautelar que ordinariamente atua apenas sobre o processo sem atingir os direitos das pessoas, suscita menos cuidados que a nomeação de administrador para uma sociedade anônima - esta, sim, uma antecipação de tutela que pode interferir na vida e na economia de pessoas ou grupos. A imprudente liberalização

de medidas antecipatórias de tutela pode gerar um mal maior que o mal que ela pretende afastar, invertendo os pólos do interesse sacrificado e do sujeito beneficiado. Ao juízo do mal maior associa-se o juízo do direito mais forte, que deve aconselhar o juiz a ponderar adequadamente as repercussões da medida que concederá, redobrando cuidados antes de determinar providências capazes de atingir valores de tão elevada expressão econômica, política ou humana, que somente em casos extremos devem ser sacrificados; assim é nos casos em que se trate de interferir na economia interna de uma empresa, ou de impedir uma privatização, ou de autorizar ou impedir a realização de uma cirurgia etc. Em hipóteses assim, o juízo do mal maior deverá ser mais severo, sob pena de lesar bens ou valores dos quais pode depender a vida das pessoas, a vitalidade das empresas, a estabilidade de uma economia estatal etc.

A diferença de graus de probabilidade suficiente para a concessão de medidas cautelares ou antecipatórias não infirma o que é essencial, ou seja, a suficiência da probabilidade e dispensa da certeza em relação a todas elas. Mesmo entre medidas cautelares de diversas naturezas ocorrem diferenças como essas, sempre em decorrência da intensidade com que as esferas de direitos são atingidas - p.ex., é preciso muito mais cuidado ao conceder um arresto, que importa constrição de um bem e portanto sacrifício de uma esfera de direitos, do que para mandar fazer antecipadamente uma perícia, sabendo-se que tanto o arresto quanto a produção antecipada de prova são medidas desenganadamente cautelares.

#### 8. provisoriedade e irreversibilidade

Sendo indispensável a urgência para a preservação dos direitos, sendo por isso suficiente uma cognição sumária e bastando a sensação de probabilidade que esta produz no espírito do juiz, sem chegar a dar-lhe a certeza da existência do direito, é também natural que tanto as medidas cautelares quanto as antecipatórias sejam regidas pela provisoriedade.

Chega a ser intuitivo que, quando o juiz vier a formar convicção a respeito dos fatos e mesmo de seu correto enquadramento jurídico, ele tenha o poder de revogar a medida antes concedida com base na mera probabilidade. A lei é expressa nesse sentido, quer em relação às medidas cautelares (art. 807), quer no trato da tutela antecipada (art. 273, § 4o).

É usual em doutrina a negação de que a provisoriedade seja característica constante em todas as medidas cautelares, com a observação de que algumas destas se destinam a ter eficácia perene e não provisória, como é o caso da produção antecipada de prova. Este não é o momento mais adequado para discutir essa delicada questão conceitual, mas é inegável que grande parte das medidas cautelares são destinadas a ter vida efêmera, como o arresto, que apenas dura até que se penhore o bem provisoriamente constricto; como o seqüestro, a caução, a busca-e-apreensão e, em geral, todas as medidas capazes de invadir o patrimônio ou esfera jurídica das pessoas. Seguramente, são também provisórias as antecipações de tutela, porque é muito difícil imaginar alguma que não imponha constrição alguma à esfera jurídica do adversário e essa constrição deve cessar se o juiz se convencer de que o beneficiário da antecipação não tem o direito que parecia ter; para assegurar a possibilidade de revogá-las, a lei proíbe sua concessão quando houver o risco de irreversibilidade da situação a ser criada (art. 273, § 2o).

#### 9. aplicação de disposições contidas no Livro III do Código de Processo Civil

O exame conjunto dos provimentos cautelares e das antecipações de tutela, feito nos tópicos acima, confirma duas afirmações lançadas no início e que são (a) a de que as primeiras são medidas instrumentais ao processo, destinadas a dar-lhe apoio e possibilitar que ele seja capaz de oferecer uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva, justa e útil, enquanto que as antecipações vão diretamente à vida das pessoas, oferecendo-lhes desde logo, no todo ou em parte, a fruição da situação que pretendem obter como resultado final do processo; b) a de que, não-obstante a especificidade dessas destinações distintas, todas elas têm em comum o objetivo de obstar aos males do tempo, donde resulta a extrema semelhança entre os dois institutos. Comparando-os, percebe-se que essa comunhão de objetivos é um elemento muito mais significativo e perceptível que as diferenças entre eles, tanto que em inúmeros casos continua sendo equivocadamente afirmada ou pressuposta a natureza cautelar de certos provimentos que na realidade cautelares não são - é o caso, em primeiro lugar, da sustação de protesto e dos alimentos provisionais.

Chega-se ao ponto de, numa postura fútil e pueril, dizer que alguma medida só pode ser considerada se for pedida a título de cautelar mas não, se pedida como antecipação de tutela jurisdicional - como se uma coisa fosse o que se diz que ela é e não o que é realmente, ou se a manipulação do nomen juris fosse suficiente para alterar a natureza das coisas.

Assim, sendo tão intimamente ligados esses dois institutos, ao menos por analogia devem ser aplicados à tutela jurisdicional antecipada muitos dos dispositivos destinados diretamente à tutela cautelar. Sabido que o legislador de 1973, ao elaborar o Código de Processo Civil, não tinha consciência da distinção entre cautelares e antecipações, e que o de 1994, ao reformá-lo, limitou-se a trazer o novo art. 273 sem a preocupação de delinear por inteiro o instituto, a abrangência geral do disposto no Livro III é um imperativo hermenêutico das regras de interpretação histórica, sistemática e teleológica. Só pela lógica do absurdo se poderia afirmar que algumas dessas disposições só se aplicam se a parte optar pela qualificação da medida como cautelar e não antecipatória, ou que devem dar tratamentos diferentes a



dois institutos tão intimamente ligados, como irmãos gêmeos quase siameses.

Esse é o ponto central da presente exposição. Procura-se demonstrar que o art. 273 do Código de Processo Civil, trazido pela Reforma, é somente a abertura para um poder geral de antecipação de tutela, despreocupado de traçar todo o perfil dogmático do instituto, o qual há de ser reconstruído mediante a interpretação sistemática do dispositivo em confronto com o que está disposto quanto às medidas cautelares.

#### 10. poder geral de antecipação da tutela jurisdicional

O poder judicial de antecipar a tutela jurisdicional não é novidade nem foi introduzido na ordem processual brasileira pela primeira vez pela Reforma do Código de Processo Civil: os interditos possessórios, de tradição mais que bi-secular, são medidas antecipatórias e as liminares em mandado de segurança, em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação civil pública, idem.[12] A inovação que o art. 273 trouxe consistiu na generalização do poder de antecipar, sempre que, sendo provável ou verossímil o direito, haja perigo na demora ou venha o demandado empregando artifícios desleais no processo (art. 273, caput e incs. I-II). O poder geral de antecipação, assim concebido, alinha-se ao poder de conceder antecipações nos casos específicos definidos em lei, do mesmo modo como o poder geral de cautela, explicitado no art. 798 do Código de Processo Civil, tem vida ao lado do poder de conceder as cautelas indicadas em lei. Há antecipações típicas, ou nominadas (interditos, liminares previstas em lei) e antecipações atípicas, ou inominadas - estas, autorizadas pelo art. 273 do estatuto processual básico. Tanto é tutela antecipada aquela concedida com apoio nesse dispositivo, quanto aquelas outras tipificadas em lei.[13] Os itens duvidosos que a seguir se examinam e constituem o tema central do presente exame referem-se tanto às antecipações típicas quanto às atípicas lastreadas nesse dispositivo de alcance geral.

#### 11. antecipação de tutela em caráter antecedente ou preparatório

Uma das medidas antecipatórias de uso mais freqüente na experiência forense de todo dia, a sustação de protesto cambial, só tem utilidade quando concedida imediatamente, considerado que o prazo para a efetivação do protesto é de quarenta-e-oito horas e, se fosse necessário aguardar a instauração do processo principal, a medida seria inócua. Sustações dessa ordem eram concedidas muito antes da Reforma e continuaram a sê-lo depois dela, sempre na crença de que se tratasse de medida cautelar. Basta ver que sustar o protesto não é meio de resguardar o processo mas as pessoas e seu patrimônio, para se ter a percepção de que a natureza dessa medida é outra: na linha do que vem sendo exposto, não é cautelar, mas antecipação de tutela, o provimento que se destina a oferecer, na vida comum das pessoas, aquela situação favorável que elas poderão obter depois, quando o mérito da demanda vier a ser apreciado.

Essa observação empírica concorre para demonstrar a admissibilidade da antecipação da tutela em caráter preparatório e não só incidentalmente, depois de instaurado e pendente o processo principal. Se o objetivo é impedir que o decurso do tempo corra direitos, constitui imperativo da garantia constitucional do acesso à justiça (Const., art. 5o, inc. XXXV) a disposição dos juizes a conceder a antecipação antes ou depois da propositura da demanda principal, sempre que haja necessidade e estejam presentes os requisitos de lei (art. 273, inc. I). O cumprimento integral dessa garantia exige que, no plano infraconstitucional e na prática dos juízos, haja meios suficientes para obter a tutela jurisdicional efetiva e tempestiva; não é efetiva nem tempestiva, e às vezes sequer chega a ser tutela, aquela que vem depois de consumados os fatos temidos ou sem a capacidade de evitar o acúmulo de prejuízos ou de sofrimentos. Negar sistematicamente a tutela em caráter antecedente, ou preparatório, é ignorar o art. 8o, n. 1, do Pacto de San José da Costa Rica, com a severa recomendação de uma tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável.

O exemplo da sustação de protesto é emblemático e o curioso é que continua a ser concedida antes da instauração do processo principal, mas a título de tutela cautelar e não de antecipação de tutela jurisdicional. O que há de curioso nisso é a crença de que, rotulando de cautelar o que cautelar não é, possa-se chegar a resultados que seriam impossíveis se o rótulo fosse outro.

Diante disso, é preciso interpretar o disposto no art. 796 do Código de Processo Civil, que nominalmente é endereçado de modo específico ao processo cautelar, como se estivesse redigido assim: o procedimento das medidas urgentes pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e dele é sempre dependente. Esse é o resultado de uma legítima e necessária interpretação teleológica e sistemática, que tem em vista os objetivos comuns de todas as medidas de urgência e a coexistência entre o art. 273 do Código e as disposições contidas em seu Livro III.

#### 12. competência para a antecipação de tutela antecedente ao processo principal

Segundo as práticas correntes, são da competência do juiz da causa as antecipações de tutela pleiteadas no curso do processo (caráter incidente), até por imposição da regra geral segundo a qual todos os incidentes do processo devem ser solucionados pelo juiz deste. Essa regra vem sendo invariavelmente aplicada, mas sem a consciência de que na realidade ela decorre do disposto no art. 800 do Código de Processo Civil, segundo o qual as medidas cautelares são da competência do juiz da causa. Além disso, aceitando-se a admissibilidade das antecipações a serem concedidas em

caráter preparatório, surge a necessidade de determinar o juiz competente para concedê-la. É sempre no art. 800 que se encontrará a solução para esse problema, devendo ele ser lido assim, mediante a interpretação sistemática que se vem alvitando: as medidas urgentes serão requeridas ao juiz da causa e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.

### 13. limite temporal da eficácia da antecipação concedida em caráter preparatório (30 dias - CPC, art. 808, inc. I)

Aceita a admissibilidade da tutela antecipada ainda antes da instauração do processo principal (supra, n. 11), é imperativa a limitação de sua eficácia, tanto quanto se estabelece para as cautelares, à duração máxima de trinta dias, contados da efetivação - de modo que, não proposta a demanda principal nesse período (CPC, arts. 806 e 808, inc. I), a medida urgente deixa de ser eficaz e os seus efeitos serão desconstituídos. A legitimidade dessa limitação é patente, porque constituiria uma truculência e quebra da isonomia a sujeição do demandado a um sacrifício por tempo indefinido, permitindo-se ao demandante a escolha do momento de postular a medida principal e a determinação do tempo de espera que bem lhe aprouvesse. Quando entrou em vigor o Código de Processo Civil, trazendo essa novidade, houve uma vacilação inicial mas depois a doutrina e os tribunais fixaram com firmeza uma distinção, para estabelecer que só se sujeita a tal limitação temporal a eficácia das cautelares constritivas, ou seja, daquelas que importem invasão ou sacrifício da esfera jurídica do demandado (arresto, busca-e-apreensão etc.) - tendo duração indeterminada aquelas destituídas dessa capacidade invasiva, como a produção de provas, a justificação, protestos, interpelações etc. A razão de ser dessa distinção é óbvia, porque a eficácia de medidas não-invasivas do patrimônio ou da liberdade das pessoas pode durar por tempo indeterminado e não causa prejuízo a quem quer que seja, por mais que dure.

Ora, as antecipações de tutela são ordinariamente invasivas do patrimônio do demandado, tanto que elas não se destinam a dar apoio a um processo mas a oferecer ao demandante alguma situação mais cômoda que aquela que ele vem a juízo lamentar - e, na razão em que elas oferecem a alguém a posse ou fruição de algum bem ou situação mais favorável, ao adversário se impõe a privação desse bem ou a piora de uma situação antes desfrutada. Daí por que, com vista a impedir que o demandante seja juiz absoluto do tempo em que esse sacrifício durará, é de rigor limitar a trinta dias a eficácia das medidas antecipatórias concedidas antes da propositura da demanda principal, extinguindo-se essa eficácia se tal demanda não vier a ser proposta no prazo. Diante disso, leia-se assim o art. 808, inc. I do Código de Processo Civil: cessa a eficácia da medida urgente se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806. E leia-se no art. 806: cabe à parte propor a ação no prazo de trinta dias, contados da data da efetivação da medida de urgência, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

### 14. vedada a repetição da medida antecipatória

A mesma razão de equilíbrio e isonomia que manda limitar a trinta dias a eficácia das medidas invasivas quando não proposta a demanda principal (supra, n. 13) conduziu o legislador a impedir que, perdida essa eficácia, pudesse a medida ser de novo reeditada e assim até ao infinito (CPC, art. 808, par.). E, como as antecipações são em regra invasivas da esfera de direitos do adversário, a elas se impõe também tal vedação, tanto quanto às cautelares.

É de uma santa ingenuidade a atitude daqueles que admitem a concessão de medida urgente, a título de antecipação de tutela, depois de ter sido extinta a eficácia de uma tutela antes concedida como cautelar, havendo ambas sido postuladas com o mesmo objetivo e fundamento nas mesmas razões. A mudança do rótulo do remédio não influi em sua validade.

### 15. tutela exclusivamente a pedido ou também de-ofício?

Por sugestão do prof. Galeno Lacerda, faz-se uma legítima distinção entre as medidas cautelares incidentes, que podem e devem ser concedidas ex officio, e as preparatórias, que dependem de pedido de parte. É dever do juiz determinar cautelas incidentes ao processo, porque a ele cumpre, mais do que a ninguém, preservar a imperatividade e a eficácia de suas próprias decisões e dos comandos que através do processo prepara e depois emite: se percebe que o correr do tempo prejudicará o correto e útil exercício da jurisdição, o juiz determinará o que for necessário para evitar que isso aconteça, sob pena de figurar na relação processual como mero autônomo, ou espectador irresponsável, permitindo a degradação de seu próprio mister. Esse raciocínio conduz também, por si próprio, a excluir a tutela cautelar preparatória ex officio, pela simples razão de que, inexistindo um processo pendente, não se cogita de um exercício incorreto ou inútil da jurisdição - sendo temerário antecipar o que poderá ocorrer se e quando o interessado vier a provocar a instauração do processo principal. No tocante às medidas cautelares preparatórias, vige portanto a regra nemo iudex sine actore, ou princípio da demanda (CPC, arts. 2o e 262), que não se aplica quando se trata de tutela cautelar incidente.

Em várias oportunidades venho apoiando esse pensamento, tendo em vista a forte razão de ordem pública que está à base do raciocínio do prof. Galeno Lacerda, além de uma série de disposições contidas na própria lei, como aquela segundo a qual cabe ao juiz “velar pela rápida solução do litígio” (CPC, art. 125, inc. II), além da que o manda “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça” (inc. III). Além disso, o Código manda ainda que o juiz, posto que só em casos excepcionais e de urgência, imponha medidas cautelares sem audiência das partes (art. 797).

Tratando-se de impedir desgastes ao exercício da jurisdição, trazidos pelo decurso do tempo em associação com certos comportamentos desleais de uma das partes, tais dispositivos devem ser interpretados como portadores da autorização e comando no sentido de que o juiz atue de-ofício, concedendo medidas cautelares incidentes.[14]

Às antecipações de tutela não se aplica, todavia, a fundamental razão política pela qual as medidas cautelares incidentes devem ser concedidas de-ofício, porque aquelas não se destinam a dar apoio a um processo e ao correto exercício da jurisdição, mas a favorecer uma das partes em suas relações com a outra ou com o bem da vida em disputa. Torna-se relevante, nesse ponto, a distinção conceitual entre medida cautelar e antecipação de tutela, segundo a qual uma é instrumental ao processo e a outra, não (supra, nn. 4 e 5). Enquanto se trata de impedir que o tempo e a malícia de uma das partes corra o exercício da jurisdição e de preservar a imperatividade e a eficácia das decisões judiciais, legitima-se o superamento da regra de inércia da jurisdição, prevalecendo as garantias constitucionais do devido processo legal sobre a regra nemo iudex sine actore; mas, quando se pensa em oferecer a uma das partes, antecipadamente, a posse ou fruição de bens ou situações jurídicas no mundo exterior, retomam força e vigor as disposições dos arts. 2º e 262 do Código de Processo Civil, para que o juiz dependa sempre da provocação do interessado. O juiz não tem o poder de conceder tutelas jurisdicionais antecipadas, quer antes da instauração do processo, quer na pendência deste - e essa norma está expressa no corpo do art. 273 do Código de Processo Civil, quando estatui que as antecipações poderão ser concedidas a requerimento de parte.

Essa razão de ordem política e sistemática é apoiada, na prática, pela observação de que as antecipações de tutela são ordinariamente gravosas para a parte contrária, ou invasivas de sua esfera jurídica, o que traz como consequência ao menos o risco de prejuízos a serem ressarcidos pelo beneficiário (art. 811 - infra, n. 18). Criar-se-ia uma desconfortável situação de impasse, sendo necessário indenizar o lesado em caso de sair-se vencedor ao cabo do processo, mas sendo de duvidosa legitimidade a responsabilidade da outra parte por um ato que não pediu.

#### 16. limites temporais da possibilidade de antecipar a tutela

O laconismo do art. 273 do Código de Processo Civil deixa em aberto a questão dos limites temporais da possibilidade de antecipar a tutela jurisdicional, questionando-se se essa providência pode ser tomada logo ao início do processo e até mesmo inaudita altera parte e se o poder de fazê-lo se exaure antes da prolação da sentença ou permanece até depois de proferida esta. Grassa muita dúvida na prática judiciária do instituto e as manifestações de que se tem conhecimento carecem de uma coerência unitária capaz de oferecer segurança aos litigantes. Na busca de uma solução compatível com o objetivo institucional da tutela antecipada, com o sistema do Código de Processo Civil e com a superior garantia constitucional do acesso à justiça, a resposta deve ser pela mais ampla abertura para a concessão da medida a qualquer tempo, a partir de quando o processo se instaura pela propositura da demanda em juízo e enquanto ele estiver sob o comando do juiz de primeiro grau. Obviamente, em cada caso concreto a concessão da medida dependerá da presença dos requisitos exigidos pela lei, estando o juiz convencido da necessidade de antecipar - mas sem o preconceito consistente em afastar a priori a concessibilidade porque o momento é prematuro ou porque está superado o período em que a medida pode ser concedida.

Não há razão para negar a pronta admissibilidade das antecipações, logo no momento de apreciar a petição inicial, porque às vezes o adiamento da decisão pode ser fatal e tornar inútil qualquer propósito de evitar a consumação de situações indesejáveis. Parafraseando Chiovenda, seja lembrado que a necessidade de esperar pelas delongas do processo não deve causar dano a quem precisou servir-se do processo para obter um bem ou evitar um mal, sendo portanto contrária à garantia constitucional de tutela jurisdicional e tempestiva aquela postura consistente em fechar as portas para a antecipação tutelar logo ao início do processo. Diante disso e da extrema comunhão de propósitos que anima os institutos da tutela cautelar e da antecipação de tutela (supra, nn. 3, 5, 6 etc.), é imperioso ler no art. 804 do Código de Processo Civil a seguinte disposição: é lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia as medidas urgentes, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz. Ainda aqui é pertinente ressaltar que as medidas judiciais inaudita altera parte são excepcionais no sistema, porque arranham a garantia constitucional do contraditório e só devem ser concedidas quando o retardamento puder importar restrição ou sacrifício à possibilidade de acesso à justiça. É compreensível que, sem haver uma urgência extrema, o juiz prudentemente aguarde a citação do réu e sua resposta, com o que terá melhores condições para formular com mais segurança o seu juízo sobre a necessidade de antecipar.[15]

A possibilidade de oferecer a tutela antecipada inaudita altera parte ou após justificação ao início do processo é expressamente proclamada no § 3º do art. 461, responsável pela regência da tutela jurisdicional referente às obrigações de fazer ou de não-fazer. Uma fácil interpretação sistemática conduz a atribuir a esse dispositivo uma eficácia mais ampla e considerar que qualquer tutela antecipada pode ser concedida nesses momentos, inexistindo razão para uma interpretação restritiva. O § 3º do art. 461 deve ser entendido como portador da regra de que toda tutela antecipada pode ser concedida ao início do processo, e não somente aquela referente a tais obrigações.

A mesma razão de abertura para a efetividade do acesso à justiça manda também que não se ponham barreiras à possibilidade de antecipar a tutela jurisdicional em primeiro grau de jurisdição, a partir de algum momento ou fase do



procedimento. A necessidade de antecipação pode surgir a qualquer tempo, inclusive no momento de decidir a causa ou até mesmo depois da sentença, estando ainda o processo perante o juiz de primeiro grau, sem que antes disso houvesse o periculum justificador da medida; pode também inexistir no espírito do juiz a convicção da verossimilhança do direito do autor, ou fumus boni juris, antes desses momentos adiantados do processo e do procedimento, sobrevindo depois.

Essas não são situações ordinárias, do dia-a-dia, mas quando ocorrerem é preciso ter a disposição de tomá-las em consideração sem o preconceito de uma suposta preclusão do poder de ditar a antecipação da tutela jurisdicional.

Quando ocorrer uma situação extraordinária que clame por uma medida urgente, é perfeitamente legítimo incluir na sentença de mérito um capítulo impondo a providência adequada a evitar que o direito pereça. Sistemáticamente, é até mais seguro conceder a tutela antecipada nesse momento, quando, superadas pela instrução completa e exauriente as dúvidas do julgador sobre os fatos e as teses jurídicas pertinentes, ele terá chegado ao convencimento de que o autor tem razão: se houver a urgência que a legitime, a antecipação deve ser concedida ainda nesse momento final do procedimento em primeiro grau de jurisdição.

Em casos assim, não se trata de uma sentença de mérito e de uma decisão interlocutória acoplada a ela, como às vezes se afirma. O ato proferido pelo juiz é um só, é a sentença; esse é o ato com que o procedimento em primeiro grau tem fim, pouco importando o conteúdo. Ainda aqui manifesta-se a importância do conceito de capítulos de sentença, os quais foram objeto de uma precisa exposição em importantíssimo ensaio de Liebman, mas ainda não penetraram na cultura do processualista brasileiro.[16] Nem sempre uma sentença decide sobre uma só pretensão, podendo ela desdobrar-se em dois ou mais dispositivos, como o que concede a reintegração de posse e o que condena a ressarcir prejuízos. Tem-se nesses casos, na unidade formal de uma sentença só, uma pluralidade de capítulos que a compõem, cada um portador de um preceito independente ou conjugado a outro. A própria condenação pelos encargos da sucumbência é um capítulo distinto daquele que julga procedente ou improcedente a demanda do autor. Por isso, e considerando ainda que o conceito de sentença não é associado pelo direito positivo ao conteúdo substancial desse ato - podendo ela conter ou não o julgamento do meritiu causæ (CPC, art. 162, § 1o) - não é sistematicamente correto desdobrar o ato judicial com que o juiz decide a causa e ao mesmo tempo concede uma antecipação de tutela, como se ali houvesse dois atos, uma sentença e uma decisão interlocutória. Essa importante premissa conceitual repercute na determinação do recurso cabível contra a concessão de tutela cautelar no mesmo ato que julga a causa, o qual será somente a apelação e jamais o agravo (infra, n. 17).

Mesmo depois de proferida a sentença de mérito, é mais do que razoável entender que permanece a competência do juiz de primeiro grau para apreciar pedidos de antecipação tutelar, desde que os autos ainda estejam em seu poder, não havendo sido remetidos ao tribunal. Essa afirmação poderia parecer obstada pela regra do esgotamento da competência, pela qual o juiz cumpre e acaba seu ofício jurisdicional a partir de quando publica a sentença em cartório (CPC, art. 463), mas conta com o apoio de uma disposição soberanamente superior, que é a garantia do acesso à justiça. Seria realmente um desfalque a essa garantia a negação absoluta de um remédio para as situações urgentes, excluindo-se a competência do juiz inferior, sob o pretexto de que sua competência está exaurida, e não podendo o tribunal conhecer do pedido porque ainda não dispõe dos autos. Teríamos nesses casos um período de hibernação mais ou menos longo, em que nada se poderia fazer em cumprimento da promessa constitucional de uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva.[17]

O art. 463 do Código de Processo Civil não expressa um princípio universal e muito menos algum valor digno de enorme reverência, tanto que o próprio Código, na versão trazida pela Reforma, faz exceção a ele ao mandar que, depois de proferida sentença condenando a um fazer ou a um não-fazer, o juiz ainda altere o dispositivo sentencial para impor medidas de eficácia equivalente à do adimplemento (art. 461, caput).

Só depois de remetidos os autos ao tribunal ad quem é que se consumam as situações regidas pelo parágrafo do art. 800, ou seja, competência do tribunal para a concessão de medidas urgentes.

#### 17. efeitos dos recursos em relação à tutela antecipada

Concedida ou negada a tutela jurisdicional antecipada no curso do processo, eventual recurso contra a decisão interlocutória que a propósito houver decidido será destituída de efeito suspensivo, porque assim quer a lei (CPC, art. 497) e sobretudo porque o sistema das antecipações não se compatibiliza com as demoras que seriam inevitáveis se fosse necessário aguardar o julgamento pelo tribunal. Assim é o sistema instituído no art. 273 e seus parágrafos, que de modo explícito admite a execução provisória das decisões concessivas de tutela antecipada (art. 273, § 3o) - o que seria impraticável se o recurso tivesse suspensividade.

Essa orientação impõe-se tanto nos casos ordinários em que a tutela seja concedida no curso do processo, quanto nos excepcionais em que isso seja feito depois da sentença - quando também o recurso adequado é o de agravo.

Nos casos extraordinários em que a tutela seja concedida na própria sentença que decide a causa, nem por isso se legitimaria o entendimento de que contra esse ato judicial único caberiam dois recursos, a saber, apelação contra o julgamento de meritis e agravo contra a concessão da antecipação tutelar. A percepção de que se trata de um ato só,

conquanto internamente estruturado em capítulos destinados a decidir sobre mais de uma pretensão, conduz com segurança à admissibilidade da apelação apenas. Como recurso extremamente amplo, capaz de repropor diante do tribunal todas as pretensões contidas no processo e todas as questões suscitadas e pertinentes ao julgamento delas, a apelação é o meio adequado a investir o órgão destinatário do poder de decidir sobre tudo quanto haja sido decidido na sentença, inclusive a questão da antecipação de tutela. Essa orientação não colide com a adequação do agravo contra antecipações ou negativas de antecipação decididas antes da sentença, porque nesse caso terão sido realizados dois atos, sendo natural que a decisão interlocutória portadora de tal decisão comporte esse recurso e não o de apelação (CPC, art. 522).

A apelação interposta contra a sentença que em capítulos distintos julga procedente a demanda inicial e concede a antecipação sujeitar-se-á a dois regimes quanto ao possível efeito suspensivo, desse modo: a) quanto ao capítulo principal, ela terá ou não esse efeito, conforme os preceitos ditados no art. 520 do Código de Processo Civil e seus parágrafos; b) com referência ao capítulo que decide sobre o pedido de antecipação, o efeito será somente devolutivo, sem suspensividade. Como parece mais do que óbvio, a antecipação deixaria de ser autêntica antecipação quando ficasse sujeita à espera do julgamento pelo tribunal. Pelo aspecto do direito positivo, da afirmada e demonstrada destinação comum das medidas cautelares e antecipações de tutela ao objetivo de dar remédio pronto a situações de urgência decorre que às segundas se aplica por inteiro a não-suspensividade estabelecida no Código de Processo Civil em relação às primeiras. Leia-se portanto o art. 520, inc. IV, como portador da regra de que a apelação será recebida só no efeito devolutivo quando interposta de sentença que decidir sobre medida de urgência.

#### 18. responsabilidade objetiva

Porque concedidas com base em cognição superficial e incompleta, as antecipações de tutela trazem consigo uma potencialidade danosa, tanto quanto as cautelares. Se depois, ao cabo da instrução exauriente e completa, o juiz decidir a causa contra o sujeito que se beneficiou da antecipação, isso significará que a aparência de razão do autor (fumus boni juris) não passava de ilusão e só conduziu à antecipação porque havia urgência (periculum in mora).

Nessa situação, se a efetivação da medida urgente houver causado dano, é natural que por ele responda aquele que requerera tal medida e dela se beneficiara. Na disciplina da tutela antecipada o Código de Processo Civil nada diz sobre essa responsabilidade, o que mais uma vez gera a necessidade de um lavor interpretativo capaz de, mediante remissão ao que está disposto quanto às medidas cautelares, conduzir a resultados satisfatórios. Se essas duas espécies de medidas urgentes são igualmente portadoras dos mesmos riscos inerentes à superficialidade da instrução em que se baseiam, seria ilegítimo instituir a responsabilidade objetiva do beneficiário de medidas cautelares e negar igual tratamento em caso de antecipação tutelar. Por isso, ao art. 811 do Código de Processo Civil, inserido no livro regente do processo cautelar, deve ser atribuída eficácia de estabelecer que o requerente de medida urgente responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida. Tanto quanto ali se estabelece em relação à tutela cautelar, também no tocante às antecipações essa responsabilidade é objetiva, o que dispensa o elemento subjetivo e faz ser suficiente a efetividade do dano e da causalidade entre a medida e este, dispensando-se o lesado de qualquer prova do dolo ou culpa do beneficiário da medida; aplica-se também a disposição segundo a qual a indenização será liquida nos próprios autos em que a medida houver sido concedida (art. 811, par.).

É razoável entender que, em princípio, esse raciocínio prevalece apenas em relação às antecipações de tutela fundadas no periculum in mora, ou seja, àquelas concedidas em relação da urgência e para atender a uma necessidade do autor (art. 273, inc. I); eventual prejuízo causado pelas antecipações sancionatórias, que constituem repressão às condutas desleais do réu (art. 273, inc. II), é conseqüência do comportamento deste e não da vantagem concedida ao autor. Mas a hipótese do inc. II é de ocorrência muito rara e não se exclui que, excepcionalmente, possam configurar-se situações de prejuízo a ser ressarcido, o que se aferirá caso a caso (p.ex., excesso na repressão).

#### 19. caução

Em um só dispositivo o art. 273 do Código de Processo Civil faz indireta exigência de caução a ser prestada pelo requerente de tutela antecipada. Trata-se do seu § 3o, portador de remissão ao inc. II do art. 588, o qual exige que a essa contracautela seja subordinado o levantamento de dinheiro em sede de execução provisória (Theotônio Negrão).[18] Só essa disposição é contudo insuficiente, porque nem sempre a efetivação de medidas antecipatórias se faz mediante execução, havendo portanto largo campo em que não se aplicam as regras da execução provisória. Só se pode pensar em execução, e portanto em execução provisória, nos casos em que se antecipa uma condenação (art. 584, inc. I), porque nos demais a efetivação se dá por outros meios; é pensar, p.ex., na sustação de protesto, na intervenção em uma sociedade anônima etc.

Por dois caminhos, no entanto, chega-se à pertinência da exigência de caução a cargo do requerente da antecipação de tutela. Um deles é aquele sistemático, bastante amplo, ligado à substancial unidade das medidas de urgência, que conduz à unidade dogmática das duas espécies em que elas se manifestam (cautelares e antecipatórias): se o juiz pode condicionar a efetivação dos provimentos cautelares a uma contracautela destinada a evitar riscos demasiados ao

demandado (art. 804), do mesmo modo e com o mesmo objetivo ele pode fazer essa exigência ao conceder uma antecipação de tutela. Por outro lado, o risco de irreversibilidade dos efeitos da medida antecipatória, que constitui motivo para a inadmissibilidade desta (art. 273, § 2o), pode ser afastado ou mitigado em muitos casos, se uma caução for prestada e com isso ficar assegurada a possibilidade de retorno ao status quo ante em caso de o requerente da medida não ter razão afinal. À luz desses dois dispositivos, o juiz verificará se a caução deve ser exigida ou não, e qual o valor da garantia a ser prestada; esse juízo levará em conta, em primeiro plano, a existência e o grau do risco a ser imposto ao demandado.

## 20. síntese conclusiva

Constitui fio condutor da presente exposição de todas as propostas nela contidas, a assertiva de que, conquanto suscetíveis de uma distinção conceitual mais ou menos clara, as medidas cautelares e as antecipatórias de tutela integram uma categoria só, mais ampla, que é a das medidas urgentes. Essa idéia esteve também ao centro da tese com que o prof. José Roberto dos Santos Bedaque conquistou a livre-docência na Faculdade de Direito de São Paulo e que também sustenta essa visão unitária, aqui endossada.

A essa premissa metodológica associa-se o tratamento homogêneo de que são merecedoras as duas espécies de medidas de urgência, a saber, as cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela final. Ao longo desta exposição alinharam-se razões para considerar admissível a tutela antecipada ainda antes da instauração do processo principal (CPC, art. 796), para ter-se por competente para essa tutela antecedente aquele mesmo juiz que será competente para tal processo (art. 800), para condicionar a eficácia daquela à propositura da demanda principal em trinta dias a contar da efetivação (art. 808, inc. I), para vedar a reedição de medida antecipatória que haja perdido a eficácia (art. 808, par.), para admitir-se a antecipação incidente desde o momento em que a demanda principal é ajuizada e enquanto os autos não tiverem sido remetidos ao tribunal destinatário da apelação, para sujeitar todas as decisões concessivas ou denegatórias de antecipação a recurso sem efeito suspensivo (ainda quando a concessão haja sido incluída na própria sentença, sendo possível o recurso de apelação - art. 520, inc. IV), para impor ao beneficiário da medida a responsabilidade objetiva pelos danos que esta houver causado (art. 811) e para autorizar o juiz a exigir uma caução que assegure ao lesado a futura indenização, eventualmente devida (art. 804 c/c art. 273, § 2o).

Talvez o item em que se manifesta a maior diferenciação entre as duas espécies de medidas urgentes seja o da concessibilidade ex officio, dado que as antecipações não podem ser concedidas sem pedido da parte, mesmo na pendência de um processo - sendo legítima a concessão de medidas cautelares incidentes, conforme lição irrefutável do prof. Galeno Lacerda.

Assumida aquela premissa central e tomando em conta todas essas ilustrações da unidade metodológica do instituto da tutela de urgência, o laconismo do art. 273 do Código de Processo Civil poderá ser superado legislativamente mediante a inclusão de mais um parágrafo destinado a tornar explícita a regência da antecipação de tutela jurisdicional pelas regras diretamente destinadas a reger as medidas cautelares. O aconselhável § 6o do art. 273 seria redigido assim: “aplica-se à antecipação de tutela, no que couber, o disposto no capítulo I do título único do Livro III deste Código”.

O capítulo I, acima referido, é o primeiro dos capítulos do Livro III do Código de Processo Civil e tem a rubrica das disposições gerais, sendo composto pelos arts. 796 a 812.

Chama-se também a atenção para o fato de que o instituto da antecipação tutelar ainda não ganhou suficiente maturidade no mundo brasileiro, o que se manifesta mediante a indevida afirmação da natureza cautelar de várias medidas que na realidade são antecipatórias, como sucede em relação à sustação de protesto, aos alimentos provisionais e muitas outras atípicas que ocorrem na experiência diuturna. Essa distorção ainda vai durar muito, porque arraigada em nossa cultura e em nossas mentalidades, tendo muito vigor a clássica mas superada lição de Calamandrei, que incluía as antecipações dos efeitos do julgamento da causa entre as medidas cautelares. Mas é preciso afinar melhor os instrumentos, chegando-se à consciência do verdadeiro conceito e abrangência de cada uma das duas espécies de medidas de urgência, sem o que jamais se afastará o vício quase ridículo, consistente em condicionar a concessão de uma tutela urgente à denominação que lhe haja atribuído o autor - concedendo-se a medida se pedida a título de tutela antecipada e negando-se se pedida como tutela cautelar, ou vice-versa. Sem essa consciência conceitual, prosseguir-se-á também admitindo a concessão de uma mesma providência antes denegada, desde que na reiteração haja o autor tomado o cuidado, ou haja tido a malícia, de dar-lhe denominação diferente; continuarão também abertas as portas para a reedição da mesma medida que antes perdera a eficácia (art. 808, inc. I), com o mesmo efeito da primeira e fundada na mesma situação de fato, sempre que pedida a outro título e não com a mesma denominação daquela que já falecera.

Nos termos do que ficou muito enfatizado (supra, nn. 4-5), a grande diferença conceitual entre as medidas cautelares e as antecipatórias reside em que (a) as primeiras visam a aparelhar o processo de meios adequados e suficientes para que possa desenvolver-se regularmente e com utilidade, caracterizando-se como processo justo, enquanto que (b) as antecipações se propõem a oferecer a um sujeito, em sua vida exterior ao processo, o mesmo resultado que ele espera obter ao fim do procedimento, ou parte desse resultado. As cautelares dão apoio ao processo e as antecipações, às pessoas.

§ 2º: considerações específicas

21. ressalvas e precisações: as antecipações tipificadas em lei

Como foi dito, a principal inovação trazida pela Reforma em tema de tutela de urgência foi a institucionalização de um poder geral de antecipação, paralelo e estreitamente análogo ao poder geral de cautela emergente do art. 798 do Código de Processo Civil. Mas foram também instituídas ao menos duas figuras de tutela antecipada típica, que se acostaram a outras antecipações típicas implantadas no sistema com anterioridade - a saber, (a) a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional destinada à efetivação de obrigações de fazer ou de não-fazer e (b) a antecipação que em determinada situação se outorga ao réu nas ações de consignação em pagamento. São também antecipações de tutela, disciplinadas no Código de Processo Civil, (