

DA TUTELA ANTECIPADA

PEDRO BARBOSA RIBEIRO

*Juiz de Direito Aposentado e Professor de Direito
Processual Civil da Faculdade de Direito de Jaú.*

I - GENERALIDADES

O Código de Processo Civil de 1973 pode ser considerado como o primeiro, na História Brasileira, que veio informado por regras, normas e princípios contaminados pelo laurel da modernidade. Com efeito, o Código de 1939, conquanto tivesse sido precedido de boas intenções, dentro da sistemática do Direito Processual Civil Brasileiro, não consubstanciou um instrumento hábil para servir de esteio à boa administração da Justiça. Sem ter muito de originalidade, o vestuto Código trazia em seu ventre muito de ancianidade e falta de sistematização, como, por exemplo, a mistura do processo de conhecimento com o de execução (art. 298); o número excessivo de recursos, como o agravo; a falta de disciplina do processo cautelar, que não tinha autonomia; a imitação de Códigos alienígenas, sem a adaptação necessária à realidade brasileira, etc.

Entanto, tal Código caminhou incólume, apesar das restrições que lhe faziam os filósofos do Direito Processual Civil e das sugestões que lhe impingiam a Doutrina e a Jurisprudência, pelas décadas de 40, 50 e 60, até que, em 1973, depois de quase dez anos de discussões nas Comissões e no Congresso, a respeito do

Anteprojeto de Alfredo Buzaid, veio à lume o atual Código, pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Excelente, em princípio, o novo Código. Trouxe ele muito de modernidade e veio com projetos de agilizar, dinamizar, acelerar, economizar e tornar efetiva e prática a administração da Justiça Brasileira, retratando um ideário de propostas processuais que sensibilizou, fundamentalmente, a opinião dos processualistas indígenas.

Assim é que citado Repositório de leis disciplinou os três tipos de processos tradicionais (conhecimento, execução e cautelar), com o perfil de perfeita atualidade; criou a fase do julgamento conforme o estado do processo; o julgamento antecipado da lide; definiu e tratou, de forma melhor, a coisa julgada; manteve e ampliou, com sucesso, os princípios gerais de direito; reduziu com proficiência, os recursos; criou o instituto da conciliação; enfim, dinamizou o instrumento de nossa Justiça.

Todavia, como toda obra humana deixa muito a desejar, o que é compreensível, dada a falibilidade do ser, o Código em apreço continha vários e diversos defeitos.

No ano que entrou em vigor, vários dispositivos, que se não afinavam com o projeto de modernidade e de dinâmica da Justiça, já foram revogados, por estarem obsoletos.

De lá para cá, vários de seus dispositivos foram sendo alterados, para a sua purificação.

Recentemente, comissão presidida pelo notável jurista pátrio, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça vem promovendo profunda reforma em dispositivos do Código de 1973, tornados obsoletos, desatualizados ou impuros, de tal sorte que o novel Código, com suas novas roupagens, vai chegar ao outro século que se aproxima, como um efetivo, proficiente e eficiente instrumento para uma administração de justiça escoreita, justa, humana e moderna.

Dentre tais inovações, sobrenada altaneiro o instituto da antecipação da tutela jurisdicional, com a nova redação do art. 273.

Não se afirme, como anotado em algumas publicações sobre a matéria, que o Código de 1973 criou tal instituto. Não. A matéria não tem o ineditismo que se lhe quer infundir.

Em verdade, a tutela jurisdicional antecipada, embora sem o tratamento total que ora lhe é dado, como instituto que adianta a tutela jurisdicional pretendida na sentença de mérito, de há muito já é tratada e disciplinada no nosso ordenamento jurídico.

Vejamos:

- a) a Lei do mandado de segurança (nº 1.533 de 31 de dezembro de 1951, com suas alterações posteriores) já previa, no seu art. 7º, nº II, medida liminar, ordenando “que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficiência da medida, caso seja ela deferida”.

Embora seja ela medida que se aproxima, em muito das medidas cautelares (“*fumus boni juris et periculum in mora*”), não há qualquer dúvida que o Juiz, concedendo a liminar, estará adiantando a tutela pedida no “*writ*”, qual seja a anulação do ato da autoridade que feriu direito líquido e certo do impetrante;

- b) a liminar de manutenção ou reintegração de posse, prevista no art. 928 do C.P.C., não tem conotação outra senão de antecipação da tutela jurisdicional buscada na petição inicial e cuja província de concessão é a sentença final;
- c) a concessão liminar de alimentos provisórios, prevista no art. 4º da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, não consubstancia outro instituto que não tutela antecipatória da eficácia do provimento final, perseguida no bojo de tal tipo de ação.
- d) o aluguel provisório, previsto na Lei do inquilinato é exemplo típico de tal antecipação (art. 68, II, da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991);
- e) o despejo liminar, concedido segundo o art. 59, § 1º, incisos I a V, da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991;
- f) a busca e apreensão do Dec. Lei nº 911;

- g) o disposto no art. 84, § 3º, do C.P.C., “in verbis”: “art. 84 – Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”... § 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 após justificação prévia, citado o Réu.”;
- h) a emissão liminar na posse do imóvel desapropriado, concedida pelo Juiz, ao despachar a inicial da ação de desapropriação proposta pelo Poder Público, não deixa de ser concessão antecipada e parcial da tutela ali pleiteada.

Destarte, não há ineditismo na inclusão da tutela jurisdicional pleiteada no nosso ordenamento jurídico.

É que, em vários procedimentos especiais ou em procedimentos extravagantes, como os mencionados acima, o nosso sistema jurídico já previa tal tipo de instituto.

Todavia, honra se faça à Comissão Revisora do Código de Processo Civil. É que não existia tal remédio, de grande e profícua valia, no nosso procedimento comum ordinário.

E a medida, neste particular, é inusitada, pois entre os atos processuais do procedimento comum ordinário, jamais houve providência jurisdicional liminar de alcance tão eficiente para uma justa distribuição de Justiça.

2 - CONCEITO DE TUTELA ANTECIPADA – SUA NATUREZA JURÍDICA

O nosso Código de Processo Civil, em seu art. 273, I e II, conceitua o que seja tutela antecipatória da provisão jurisdicional, ao afirmar:

“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 do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do Réu.”

Assim, pela exegese literal de tal dispositivo, pode-se conceituar o instituto em foco como sendo o ato pelo qual o Juiz, ante a prova inequívoca dos fatos articulados pelo Autor, na peça exordial, e ante à verossimilhança dos fundamentos jurídicos do pedido, concede o adiantamento da tutela jurisdicional pedida, desde que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou que fique caracterizado, pelo comportamento do Réu, o abuso do direito de defesa ou o seu manifesto propósito procrastinatório.

Portanto, antes do momento azado, que é a sentença, ato “piu iminente” do processo, como diz Manzini, o Juiz já adianta os efeitos do provimento jurisdicional que constitui o pleito do Autor, contido na inicial, desde que se achem presentes os pressupostos constantes do citado art. 273, I e II, do C.P.C.

O legislador afirma que o “Juiz poderá” conceder tal remédio, dando a falsa impressão de que a hipótese consubstancia mera faculdade do Magistrado.

Entendemos, contudo, em sintonia com a Doutrina, que “este aspecto, contudo, deve ser muito bem compreendido para não gerar equívocos, distorções e até mesmo o esvaziamento do instituto” (Dr. Neyton Fantoni Júnior, juiz de Direito de Bebedouro, no excelente artigo a respeito publicado na Revista da Ed. Síntese, Vol. 215, set/95, págs. 31 a 43).

Portanto, tenho que, se atendidos os pressupostos legais tipados no artigo ora em comento, é imperioso que o Juiz conceda a antecipação da tutela em apreço, sob pena de serem sacrificados lídimos e indiscutíveis direitos.

O que se vê, na prática, entretanto, apesar do pouco tempo de vida do discutido art. 273, é que os Juízes, talvez por excesso de cautela, ou por comodismo, para não se aprofundarem no estudo do tema que lhes tomará tempo precioso, ou até por receio de

causarem danos ao Réu, vêm recusando sistematicamente a concessão da tutela, liminarmente, apoiados em decisões infundadas, evasivas e não fundamentadas, tais como: “falta de amparo legal”, “inexistência dos requisitos legais” etc.

Outra observação a ser feita é que o Juiz só poderá conceder a tutela antecipada, mediante o pedido do Autor, nos termos do art. 273. É-lhe defeso, assim, conceder tal remédio processual de ofício (“ne procedat iudex ex officio”).

Acentue-se, também, que a tutela poderá ser deferida tanto no todo do pedido na inicial, como em parte da pretensão ali deduzida.

Definindo tal instituto o ilustre Magistrado de Mato Grosso do Sul, J.E.S. Frias, assim se pronuncia:

“O art. 273 do Código de Processo Civil, na redação que lhe deu a Lei nº 8.952, de 13-12-1994, trata da tutela antecipada, que é o provimento dado pelo Juiz, antes de realizada a instrução da causa e, pois, antes de exaustiva cognição, por força do qual ele acolhe, total ou parcialmente, a pretensão inicialmente manifestada pelo demandante. Atendidos certos pressupostos estabelecidos pelo dispositivo referido, a parte-autora pode obter decisão da espécie, por força da qual a tutela desejada no processo é obtida antecipadamente (antes da sentença final), de molde a, desde logo, se tornar efetiva a pretensão jurisdicional” (R.T. 728, págs. 60 a 79).

O ilustre Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Francesco Conte, assim define o instituto em apreço.

“... a tutela antecipada consagra prestação jurisdicional de natureza cognitiva, sumária e satisfativa, através da qual, presentes os requisitos legais (art. 273, I ou II, e § 2º, do C.P.C.), se antecipa, provisoriamente, o próprio provimento jurisdicional almejado no processo de conhecimento, permitindo-se, assim, que o direito

seja exercido desde logo” (RT 718, págs. 18 a 21).

Hão de ser expressas as outras observações importantes, acerca do instituto em foco, como se verão a seguir.

Em primeiro lugar, a medida em questão é provisória, vale dizer, após a sua concessão, se o Juiz verificar que se enganou na aferição dos pressupostos necessários ao seu acolhimento, poderá, a qualquer tempo, revogar a decisão concessiva (art. 273, § 4º). Evidente que, deverá o Juiz motivar, fundamentar, dar as razões do seu convencimento, na decisão revocatória.

Outra anotação que se faz necessária é a de que o Juiz, na concessão, deverá explicitar os motivos, as razões, os fundamentos que o levaram a assim agir. É o que recomenda o § 1º da mesma norma.

Parece-nos, que a exigência é pleonástica e, portanto, desnecessária. É que a Constituição Federal já traz a recomendação, a nível de dogma, de que todo e qualquer julgamento, mesmo no procedimento administrativo, deve ser fundamentado, motivado, respaldado em razões que o ditaram.

No nosso Código, também, quando trata da sentença, exige o legislador a motivação (art. 458, II, do C.P.C.).

As decisões interlocutórias também carecem de motivação, fundamentação (art. 165, parte final).

Ora, assim sendo, a regra prevista no art. 273, § 1º, a par de ser supérflua, contraria a regra de elaboração das normas jurídicas de que nelas não podem haver palavras inúteis.

Finalmente, é de se observar que, concedida a tutela liminar, não estará esgotada a finalidade do processo, que deverá continuar até a sentença final (art. 273, § 5º, do C.P.C.).

Qual a natureza jurídica do ato jurisdicional que concede o adiantamento da tutela jurisdicional buscada na petição inicial? Tal ato constitui uma sentença? Ou despacho? Ou decisão interlocutória?

Consoante o disposto no art. 162 e seus parágrafos do Código de Processo Civil, três são os atos processuais praticados pelo

Juiz, no Processo: a sentença, o despacho, e as decisões interlocutórias.

A sentença é o ato jurisdicional mercê do qual o Juiz põe fim ao processo com ou sem julgamento do mérito (art. 162, § 1º do C.P.C.).

A decisão interlocutória é o julgamento que profere o Juiz, dentro da relação jurídica processual, sobre questões incidentes ou processuais (art. 162, § 2º, do C.P.C.).

Finalmente, os despachos são atos através dos quais o Juiz dá impulso ao processo, ordena-o, determina a prática dos atos processuais das partes e de todos os demais sujeitos que participam do processo.

Ora, assim, verifica-se, em princípio, que o ato antecipatório da tutela pleiteada na inicial, embora esteja substancialmente afinado com o mérito da causa, não põe fim ao processo, sem ou com o julgamento do mérito. Sentença, pois, ele não é.

Também, não tem ele apenas a finalidade de fazer movimentar o processo, de ditar ordens às partes e às pessoas que participam da relação jurídica processual. Portanto, também ele não é despacho de mero expediente, de impulsão do processo ordinário, etc.

Por via de consequência tal ato se afigura como decisão interlocutória, pois, no curso do processo, decide sobre uma questão incidental, consubstanciada no adiantamento da concessão do provimento a ser deferido na sentença final.

E, sendo decisão interlocutória, tal ato processual só pode ser guerreado através do agravo de instrumento.

3 - DIFERENÇA ENTRE TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR

Embora tenha um único carácter de semelhança, há grande diferença entre antecipação de tutela jurisdicional, prevista no art. 273 do C.P.C., e a liminar concedida no processo cautelar.

Na primeira, há uma antecipação, um adiantamento, da tutela jurisdicional pedida na ação. Há, pois, um acolhimento, prematuro e provisório, da pretensão contida no bojo da petição inicial. O Juiz acolhe, a nível efêmero, a totalidade ou parte do pedido contido na inicial, até que, afinal, o “meritum causae” seja apreciado, decidido e concedido, ou não.

Já a medida cautelar liminar só será deferida “initio litis”, se ocorrer o requisito previsto no art. 804, isto é, se o Juiz se convencer de que, sendo citado, poderá o Réu tornar ineficaz a medida pleiteada.

Além disso, para conceder a liminar, no processo cautelar, deve o Juiz determinar que o Autor preste caução real ou fidejussória. O que não ocorre na antecipação da medida.

A única semelhança que ambas possuem em comum é que são elas provisórias, podendo serem revogadas a qualquer tempo.

Também, no que concerne à finalidade de ambos institutos, apresentam eles bastante disparidade.

Na medida antecipatória, a sua finalidade consiste em se pedir o adiantamento da tutela jurisdicional de mérito. Já na pretensão cautelar, busca-se medida acautelatória para se obter a garantia de sucesso, de êxito, no processo principal, que pode ser de conhecimento ou de execução. Daí, o seu caráter de instrumentalidade.

4 - REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

O legislador exige requisitos fundamentais para a concessão da antecipação da tutela jurisdicional. Através da exegese do enfocado art. 273 do C.P.C., chega-se tranqüilamente à conclusão de que tais requisitos são os mencionados a seguir:

A – Em primeiro lugar, é necessário que haja prova inequívoca dos fatos da causa.

O dispositivo não fala explicitamente que a prova inequívoca deve se referir aos fatos da causa. E nem era preciso dizê-lo. É que

no nosso sistema vigora o princípio “da mihi factum, ego dabo tibi jus” (Dá-me os fatos que eu te dou o direito). Com efeito, as partes devem alegar os fatos da causa e, depois, prová-los (art. 333, I, do C.P.C.), para que o Juiz, suficientemente convencido a respeito da existência e da veracidade de tais fatos, sobre eles aplique, o direito, que não precisa ser demonstrado (“jura novit curia”), solucionando, assim, o litígio.

No caso da antecipação, contudo, os fatos já precisam vir demonstrados, na inicial, para que o Juiz, no momento da apreciação do pedido de tutela antecipada, já sobre eles possa formar um juízo de valor convincente, incontestável, indubitável, a que chegará pela inequívocidade da prova dos fatos alegados.

Qual é a modalidade de prova que deve ser acostada à inicial, para gerar tal convencimento? Indubitável que é a prova documental, pois a sua sede de produção é a inicial, ou a contestação.

É que, em nenhum momento, o capítulo em espécie alude à eventual justificação para a demonstração dos fatos.

Os fatos que devem ser liminarmente provados, para o efeito em apreço, são os fatos constitutivos alegados pelo Autor na exordial. E eles precisam ser obviamente, controvertidos, relevantes e determinados.

Assim, havendo prova inequívoca dos fatos alegados pela parte, tem-se o primeiro requisito para se chegar à conclusão da necessidade do deferimento da antecipação da tutela em apreço.

B – Faz-se indispensável, outrossim, que haja verossimilhança da alegação. Quando o legislador se exprime em termos de alegação, é por demais evidente que ele está se referindo à verossimilhança dos fundamentos jurídicos do pedido.

O que se deve entender por verossimilhança?

No vernáculo, tal vocábulo quer dizer “semelhante à verdade”. O nosso Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, assim define tal substantivo: “Qualidade ou caráter de verossímil ou verossimilhante; verossimilitude”. E verossímil, segundo o renomado gramático, é o que é “semelhante à verdade; que parece

verdadeiro. 2 – Que não repugna a verdade; provável” (“Novo Dicionário Básico da Língua Portuguesa”, Editora Nova Fronteira, 1994/1995, pág. 670).

Assim, alegações de fundamentos jurídicos verossímeis são aqueles que se aproximam, com grande intensidade, da verdade. São aqueles que não repugnam à verdade. São aqueles bem prováveis. São os que convencem, com extrema facilidade.

O ilustre Juiz J.E.S. Frias, no artigo citado acima, manifesta-se com precisão, sobre tal requisito:

“O legislador foi cauteloso em se referir à verossimilhança dos fatos, porque pode depois ser demonstrado que eles não eram como afirmados – o que justifica a revogação da medida – mas não quis dificultar em demasia aquela antecipação de tutela. Se exigisse juízo de certeza para seu deferimento, então esvaziar-se-á o objeto do processo e, por outro lado, dificultada seria a possibilidade de efetividade do processo por cognição sumária” (RT 728/pág. 65).

O extraordinário jurisperito paulista, Cândido Rangel Dinamarco, assinala, com profunda juridicidade, que a lei, na espécie, está exigindo mais do que o “fummus boni juris” das medidas cautelares, isto é, é indispensável a real probabilidade da existência do direito (“A Reforma do C.P.C., pág. 143, 2ª Edição, Malheiros Editora, 1995).

E acrescenta o mestre:

“Para chegar ao grau de probabilidade necessário à antecipação, o Juiz precisa proceder a uma instrução que lhe revele suficientemente a situação de fato... Trata-se de uma cognição sumária dimensionada segundo o binômio representado a) pelo menor grau de imunidade de que se reveste a medida antecipatória em relação à definitiva e b) pelas repercussões, que ela terá na vida e patrimônio 'dos litigantes' (ob. citada, págs., idem ibidem).

C – Além desses dois requisitos, ainda é preciso que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Destarte, no momento da avaliação dos pressupostos que deverão estar presentes para a antecipação de tutela, deverá, o Juiz, aquilatar sobre se é vera a alegação do requerente de que, se não concedida, poderá o Autor sofrer prejuízos irressarcíveis ou de difícil possibilidade de reparação ou de recuperação.

D – Mesmo que não haja tal prenúncio de difícil reparação ou de dano irreparável, o Juiz também poderá conceder a antecipação, se se convencer de que o Réu está abusando do direito de defesa ou que haja, da parte dele, manifesto propósito protelatório.

Há abuso do direito de defesa toda vez que o Réu sustente, em sua resposta, teses que afrontam o direito legislado, ou se ele se apoia em argumentos que agridem reiterada, remançosa e unânime jurisprudência. Como também quando ele sustém o edifício de sua defesa em fatos manifestados infundados e destituídos de veracidade.

Proficiente, a propósito, é ponderação de João Batista Lopes, emérito Magistrado paulista, quando ensina que:

“O conceito de “abuso de direito” constitui verdadeira “cruz” para os juristas, sendo inúmeras as teorias que procuraram explicar o instituto. É clássica, porém, a lição de Jossierand no sentido de que nossos direitos são dotados de certo espírito, certa finalidade, e não se realizam numa direção qualquer, mas no ambiente social “en fonction de leur mission” e em conformidade com princípios subjacentes à legalidade. Assim, caberá ao Juiz, em cada caso, indagar se o direito de defesa está sendo exercido de acordo com sua função (ou missão) ou de modo irregular e anormal (vale dizer, abusivo)” (RT 729. págs., 72/73).

Haverá, por outro lado, manifesto propósito protelatório do Réu quando, por exemplo, ele retém injustificadamente os autos em seu poder, reiteradamente; quando ele procura demonstrar

fatos irrelevantes através de prova imprópria, sempre recorrendo, ante indeferimento de tais provas, por impertinentes; quando manifesta reiteradamente recursos, alegando matéria já preclusa; quando, em embargos à execução, ele alega e tenta provar fatos que já foram analisados e decididos na sentença do processo de conhecimento, já acobertada pelo manto protetor da coisa julgada; quando faz emergir, no desenvolvimento da relação processual, incidentes infundados e que nada têm a ver com o mérito, etc.

E – Também é imprescindível, para a concessão da medida antecipatória do mérito, que o Juiz fundamente a decisão que a defere.

Tal exigência está contida expressamente no art. 373, § 1º do C.P.C., a nosso ver desnecessariamente.

Com efeito, como já se fez notar acima, a própria Constituição da República é explícita, no sentido de que, em qualquer tipo de processo, bem como em procedimento administrativo, é impostergável que a Autoridade motive, dê razões, fundamente, respalde as suas decisões.

Além disso, mesmo dentro do nosso Direito Processual legislado, há norma expressa, que obriga o Juiz fundamentar as decisões interlocutórias que exarar (art. 165, “in fine”).

Assim, o disposto no art. 373, § 1º, é supérfluo.

F – Finalmente, é requisito para a concessão da medida enfocada, a possibilidade de reversão do provimento antecipado, se, afinal, na sentença, o pedido contido na inicial for acolhido.

Portanto, quando o Juiz faz aquele juízo de valor sobre os efeitos da antecipação do provimento, deverá ele, usando de sua ponderação e de seu prudente arbítrio, examinar se ela poderá tornar-se irreversível, naquele caso concreto. Tal irreversibilidade impedirá que a situação atingida pela antecipação não volte “status quo ante”, se, afinal, for negada a pretensão contida na inicial, causando sérios e irrecuperáveis prejuízos ao Réu.

Assim, a tutela antecipada está limitada à possibilidade da ocorrência da irreversibilidade da situação jurídica que é o objeto do litígio.

Todavia, tal perigo de irreversibilidade não pode ser alegado, a todo momento e sem efetiva fundamentação, por Juízes que têm medo de conceder a tutela, muitas vezes sacrificando lédimos direitos do Autor.

A respeito, diz o ilustre Juiz Neyton Fantoni Jr., no erudito artigo publicado na “Revista Jurídica”, Síntese Editora, nº 215, set 1995, pág. 39, “in verbis”:

“Por outro lado, o perigo de irreversibilidade não pode servir de desculpa ou pretexto para a acomodação ou acovardamento do Juiz diante da situação concreta submetida à sua apreciação e do dever de fundamentar a decisão, porque traduz postura inteiramente descompromissada com os princípios constitucionais do direito à adequada tutela jurisdicional e do acesso à ordem jurídica justa, convertendo-o em instrumento de denegação da justiça em desprestígio da função jurisdicional.”

A proibição da concessão da tutela antecipada, quando houver o perigo da irreversibilidade está disciplinada no § 2º do mesmo art. 373 do C.P.C.

Por derradeiro, a este respeito, é de se ressaltar que a medida antecipatória da tutela jurisdicional, é essencialmente provisória, por isso poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, por decisão fundamentada (§ 4º do art. 373 do C.P.C.).

Ainda é de se pôr em realce que, concedida ou não a medida antecipatória, o processo continuará, dentro de seu fluxo procedimental, até o momento em que a sentença transitar em julgado (art. 373, § 5º, do C.P.C.).

5 - EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Concedida a medida tutelar antecipadamente, é preciso que ela seja executada para produzir os efeitos desejados pelo Autor.

A propósito, soa o art. 373, § 3º, do C.P.C.:

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

O artigo citado diz respeito à execução provisória de sentença que foi impugnada por apelação, recebida apenas no efeito devolutivo.

A primeira cautela tomada pelo legislador prende-se ao fato de que tal execução provisória da tutela antecipada “não abrange os atos que comportem alienação de domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento do dinheiro”.

A outra diz respeito à determinação de que “fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior”.

Destarte, na primeira hipótese, instaura-se a execução provisória da tutela antecipada, que esbarra na impossibilidade de vender o bem objeto do feito. Chegado a tal ponto, urge que se interrompa o seu fluxo, para se aguardar a sentença de mérito, que confirme a medida antecipatória.

Por outro lado, se o caso comportar levantamento de dinheiro, para a execução provisória da tutela antecipada, o Autor só poderá efetuar-lo, se prestar caução idônea (real ou fidejussória).

Na hipótese do inciso III do mesmo artigo, tal execução provisória ficará sem efeito, restituindo a coisa ao “status quo ante”, se sobrevier a sentença de mérito, que modifique ou anule a decisão interlocutória que concedeu a tutela antecipada.

Observa-se que o legislador não submeteu a execução provisória à disciplina do art. 588, I, do C.P.C., que determina que a execução provisória da sentença condenatória “corre por conta e responsabilidade do credor, que prestará caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor”.

Entendo que o legislador da tutela antecipada deveria também adotar tal providência, que traria melhores garantias ao Réu, contra o qual fosse concedida a antecipação da tutela, que, assim, na hipótese de inacolhimento, na sentença, do pedido contido na inicial, e, pois, na anulação da tutela antecipada, ficaria

resguardado do perigo de sofrer danos de reparação difícil (“ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio”).

6 - MOMENTO PROCESSUAL PARA A CONCESSÃO DA TUTELA

O legislador processual não teve a prudência de especificar, na lei, em que fase processual, em que momento, em que instante, deve o Juiz se pronunciar sobre tal pedido, para concedê-lo ou rechaçá-lo.

Seria no exato momento em que ele despacha a inicial? Haveria necessidade de se proceder a uma justificação prévia “inaudita altera pars”, vale dizer, sem ouvir o Réu? A medida só poderia ser apreciada após a vinda para os autos da contestação?

O legislador quedou-se silente, deixando o intérprete perplexo.

Tratando-se de medida de extrema gravidade, que poderá trazer sérios prejuízos ao Réu, se a ação, afinal for julgada improcedente; cuidando-se de providência que, se não for atendida, no início do processo, poderá trazer danos de difícil reparação ao Autor; considerando-se que o processo é informado fundamentalmente pelo princípio do contraditório, pedra angular do processo moderno; considerando-se que o Juiz, ao se pronunciar sobre o pedido, deve obrar com extrema cautela, com ponderação, com equilíbrio, com intenso bom senso, ousamos sugerir: a) primeiro, que o Juiz, ao despachar a inicial, e usando dos poderes amplos e discricionários que lhe outorga a lei processual, mande citar o réu, apenas para se pronunciar sobre o pedido de antecipação, no prazo de 3 dias; b) que não se proceda à justificação, para a colheita de prova oral, porque, como já foi afirmado antes, a lei exige, implicitamente, a prova documental; c) que o Juiz não conceda a medida sem ouvir o Réu, para não causar a este, sob o pretexto de proteger o autor contra a eventual lesão de seu direito, danos de impossível ou difícil reparação; d) finalmente, pronunciar-se sobre o pedido de antecipação da tutela, concedendo-a ou negando-a, em decisão assaz fundamentada.

Não concordamos – repita-se – que a medida possa ser apreciada e concedida “inaudita altera pars”. É que se trata de providência violenta, que pode causar danos catastróficos ao Réu, quando ele, afinal, ganhar a causa. Ademais, toda a vez que o caso exige tais providências de exceção, o legislador tem disciplinado expressamente a respeito, como se vê no art. 804 do Código de Processo Civil.

Finalmente, enfatiza-se que o procedimento do pedido deve ser levado a efeito dentro dos próprios autos e não em apenso.

7 - ESPÉCIES DE PROCESSO EM QUE TEM CABIMENTO A TUTELA ANTECIPADA

Como é sabido, três são os tipos de processo, no sistema brasileiro: o processo de conhecimento, o processo de execução e o processo cautelar.

O processo de execução não pode servir de “habitat” para a medida cautelar antecipada, por dois motivos transcendentais: a) primeiro porque o processo de execução não é processo de sentença, mas, sim, processo de coação. Neste tipo de processo, não se busca a solução de litígio por um tipo de sentença. Busca-se, isto sim, a prática de atos de coação para compelir o devedor a satisfazer os direitos de credor, já definido na sentença condenatória.

Portanto, descabe tal medida no processo executório, até porque neste já existem medidas que se aproximam em muito da antecipação em foco, como a penhora, a prisão do devedor que frustra o pagamento da pensão alimentícia etc.

No processo cautelar, também, a medida chega até ser desnecessária, porque ele já tem medidas bem semelhantes, como a liminar do art. 804, o arresto, o seqüestro, a busca e apreensão etc.

Só tem cabida, assim, a tutela antecipada no processo de conhecimento, que é onde ela está situada.

Todavia, mesmo no processo de conhecimento, a tutela antecipada só tem província no de efeito condenatório.

É que ele é inconciliável com o processo meramente declaratório e com o constitutivo. Como, por exemplo, se pode pedir que o Juiz declare, a nível de antecipação, a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou a autenticidade ou falsidade de um documento? Como, “verbi gratia”, seria possível que se declarasse, no processo constitutivo, que um casamento é nulo ou que é nula uma escritura pública de compra e venda?

Neste sentido é o escólio de João Batista Lopes, “in” “Antecipação da Tutela e o Art. 273, do C.P.C.”, R.T., pág. 68.