

A TUTELA ANTECIPADA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

LUIZ FUX

Desembargador TJ/RJ

I - A TUTELA ANTECIPATÓRIA

A reforma processual promovida nos idos de 1990 e motivada pelos escopos de efetividade do processo e da tempestividade da resposta judicial trouxe em seu bojo instrumentos notáveis, dentre os quais destacam-se a “*antecipação de tutela*” e a concessão de poderes ao relator dos recursos para coibir o que poderíamos denominar de “*abuso do direito de recorrer*”.

No que pertine ao primeiro aspecto, o legislador encartou no sistema processual pátrio norma *in procedendo* habilitando o “juiz” (leia-se: os integrantes das magistraturas em qualquer grau de jurisdição)¹ a conceder a antecipação dos efeitos práticos pretendidos pela parte através de seu pedido antes da decisão final, desde que exibida prova inequívoca conducente à verossimilhança da alegação de que o direito *sub judice* reclama pronta resposta posto em “estado de periclitación” ou em “estado de evidência”².

O novel instituto participa da ideologia que cerca o constitucionalizado princípio do *due process of law*, porquanto não se pode acenar para a parte

¹ Luiz Guilherme Marinoni, na sua festejada obra “Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença” em convergente opinião, doutrina: *o art. 273 faz referência apenas ao juiz, mas toma a expressão no seu sentido mais amplo, de magistrado, até porque os integrantes dos Tribunais de Alçada e dos Tribunais Regionais Federais, como se sabe são denominados juízes, e não teria sido, obviamente, intenção do legislador permitir a antecipação nos Tribunais de Alçada e Regionais Federais e não a admitir nos Tribunais de Justiça. RT 1997, p. 179.*

² Consoante tivemos oportunidade de ressaltar em nosso trabalho, **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência**, Saraiva, 1996: *A tutela antecipada reclama pressupostos substanciais e pressupostos processuais. Genericamente, poder-se-ia assentar que são pressupostos substanciais a “evidência” e a “periclitación potencial do direito objeto da ação”³⁹⁶, e processuais a “prova inequívoca conducente à comprovação da verossimilhança da alegação” e o “requerimento da parte”.*

A esses requisitos a lei os enumera como “grave risco de dano irreparável e abuso do direito de defesa”. (art. 273 do CPC).

com essa promessa constitucional se, diante de casos em que o direito está na iminência de perecer ou se revela líquido e certo, posterga-se-lhe a imediata prestação de justiça. Ambos são casos em que a resposta jurisdicional deve ser imediata. Na periclitação, porque o direito não pode aguardar as delongas da ordinaryidade sem realização imediata sob pena de perecer. Na evidência, porquanto diante da liquidez e certeza do direito não há necessidade de delongas especulativas por parte do juiz, imperiosas apenas nos denominados “estados de incerteza”.

Essa nova modalidade de tutela satisfativa imediata compatibiliza-se com aquilo que denominamos “situação de segurança” e “situação de evidência”. Em ambos os casos o processo, para cumprir o seu desígnio, deve instrumentalizar-se de tal forma que torne rápida e efetiva a proteção requerida.

Cumprindo essa finalidade maior da prestação jurisdicional, o legislador processual brasileiro fez exsurgir no cenário do processo esta salutar regra *in procedendo*, segundo a qual, cumpridos determinados requisitos, é lícito ao juiz antecipar os efeitos do provimento futuro aguardado pelo demandante.

A regra é inovadora, posto prevista no livro das disposições que são aplicáveis a todos os processos e procedimentos, por isso que a “tutela liminar” não se restringe mais àqueles procedimentos aonde a providência vinha textualmente prevista.

Em certa medida, a inovação não reclamava qualquer diploma para autorizar a ousada investida do Judiciário no seu poder-dever de solucionar os conflitos intersubjetivos com celeridade e exatidão, em face da previsão genérica do artigo 798 do CPC.³

Observa-se, de início, o caráter discricionário da novel regra do artigo 273 do CPC, tanto que a lei utiliza-se da dicção “poderá”, no sentido de que o juiz dispõe desse poder avaliatório da situação de segurança e da situação de evidência.

³ Este, como se sabe, é o postulado máximo do princípio da efetividade do processo, retratado inúmeras vezes no corpo da tese. A esse respeito, referiu-se Andrea Proto Pisani em “Appunti sulla tutela sommaria” in **I processi speciali; studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi**, cit., p. 309 e s. Na doutrina nacional, José Carlos Barbosa Moreira, **Temas**, cit. Aliás, é antiqüíssima a denúncia de Carnelutti quanto à conspiração do tempo em detrimento de um processo justo. Segundo o insuperável mestre peninsular, sob o ângulo temporal, trava o juiz uma “lotta senza posa” (**Diritto e processo**, cit., p. 354). Mais recentemente, na obra constantemente destacada, Cappelletti, **Acesso à justiça**, cit.

Mantendo-se fiel ao criticado anacronismo de nosso sistema, o legislador “condicionou” a concessão da tutela antecipada ao requerimento da parte, excluindo a possibilidade de incoação estatal⁴.

O preceito revela-se aceitável em termos de tutela da evidência, máxime naqueles casos de direitos disponíveis, revelando-se acanhado nas situações de perigo, em que o malogro do direito material da parte se avizinha com esvaziamento da função jurisdicional substitutiva. Lavrou-se, neste passo, fundo voto de desconfiança no Judiciário, mercê de manter-se em diploma tão atual uma velha postura homenageadora do não mais convincente princípio da “inércia processual”.

O ativismo judicial que hoje se apregoa faz da lei nova um diploma recheado de vetustez e covardia, sem prejuízo de afastar-se dos mais modernos postulados da efetividade do processo. Esse acanhamento do legislador foi tão longe que retirou praticamente com a outra mão a sedutora idéia da tutela antecipada, ao dispor no § 2º do art. 273, que, *verbis*: “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

É que não se atentou para o fato de que, na grande maioria dos casos da prática judiciária, as situações de urgência que reclamam a antecipação da tutela geram, inexoravelmente, situações irreversíveis, porque encerram casos em que a satisfação deve ser imediata, como, v. g., aquela em que é autorizada uma viagem, uma cirurgia, uma inscrição imediata em concurso etc.

Desta sorte, a redação, como está, serve de instrumento para os que não reconhecem o que denominamos de “dever geral de segurança”. E, para tanto, basta que se justifique ou motive a decisão, como quer o § 1º do art. 273, sob o argumento de que a concessão implicará irreversão.

⁴ O dispositivo matriz desse poder do juiz é o art. 273, com a nova redação que lhe emprestou a Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, assim enunciado: “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...”.

O legislador nacional desperdiçou a excelente oportunidade de enfrentar com coragem e ousadia a questão da inércia jurisdicional. A atuação *ex officio* do Judiciário, como sustentado na tese, é consectário do dever geral de segurança que se ancora nos poderes instrumentais do juiz para prestar a atividade substitutiva.

A fusão das idéias de evidência e de segurança não permitiu ao legislador entrever que, nesta última, há casos notórios de defesa da própria jurisdição e que por isso não pode ficar à espera da custódia parcial. Há interesse público que recomenda, nos estados de periclitacão, que o Judiciário atue incontinenti cumprindo o seu *munus*. Calamandrei, na sua magnífica obra acerca dos provimentos cautelares, reiteradamente citada, observava esse poder jurisdicional, comparando-o ao *imperium iudicis* do magistrado romano e às *contempt of court* do direito inglês (p. 143). Acerca da temática da incoação estatal, repisamos tudo quanto expusemos a respeito com farta resenha das opiniões, nos seus múltiplos sentidos.

A regra ora *in foco* melhor disporia se, obedecendo à mesma margem de discricionariedade que inseriu para a concessão, a mantivesse mesmo nos casos de irreversibilidade, que representam grande parte das demandas de urgência.

Por outro lado, subjaz a certeza de que, não obstante textual a discricionariedade do magistrado, advirá a interpretação autêntica dos tribunais no sentido de que, preenchidos os pressupostos, é “direito da parte” a obtenção da tutela antecipada, tal como ocorre, v. g., nas ações possessórias e demais procedimentos aonde vem prevista a concessão das liminares antecipatórias dos efeitos do provimento final.

Em nosso entender o parágrafo praticamente aniquila a inovação trazida ao nosso⁵

Na sua essência, a tutela antecipada é regrada *in procedendo* que se concilia com o poder-dever que tem o magistrado de velar pela rápida e adequada solução dos litígios. Dentre os imperativos jurídico-processuais, caracteriza-se como um “poder”, razão pela qual a lei utiliza-se da expressão “poderá”.

Seguindo a regra de que ao juiz é lícito julgar total ou parcialmente procedente o pedido, dispõe o novo diploma que a antecipação da tutela também pode ser “parcial ou total”, mas sempre nos limites qualitativos e quantitativos do pedido. O legislador fez questão de assentar a congruência necessária entre o pedido e a possibilidade de antecipação, de tal sorte que qualquer atividade fugidia do juízo incorrerá em *error in procedendo* pela concessão *ultra petita*. Esse exagerado apego ao princípio dispositivo exclui por completo a aplicação da fungibilidade do provimento.⁶

⁵ Admitir o acesso ao juízo significa pedir a proteção adequada, como bem acentuou Marinoni em “Tutela cautelar e tutela antecipatória”, **Revista dos Tribunais**, 1992, p. 89. No mesmo sentido Ovídio Baptista, para quem a tutela de segurança e de evidência entrevia-se embutida no procedimento cautelar, não obstante satisfativo-injuncional o provimento dela decorrente (**Comentários**, cit., p. 97). A mesma idéia encontra-se em Ada Grinover, que equipara a adequada tutela ao “devido processo” em **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**, cit., p. 18.

⁶ A questão da fungibilidade dos provimentos vincula-se umbilicalmente ao problema da atuação *ex officio*; assim como o juiz fica adstrito às provocações das partes, vincula-se, também ao pretendido pelas mesmas, em quantidade e qualidade. Sucede que, no âmbito da segurança, subjaz a “defesa da jurisdição”, a necessidade de não permitir que se frustrate um direito submetido ao juízo. Nesse aspecto, inegável que ao juiz se deveria conceder um poder de adaptação da medida às necessidades da parte, ainda que diverso daquilo que foi requerido. Entretanto, a única forma de assim proceder-se é considerar implícito o *aliud* porém *minus*. Expressivo o exemplo encontrado na obra de Fritz Baur antes citada, p. 9, quanto à possibilidade de o juiz, em vez de determinar a retirada de janela colocada com infração aos deveres de vizinhança, impor a substituição dos vidros, tornando-os foscos e impeditivos da invasão da privacidade alheia. A respeito desse delicado aspecto da atuação fungível do magistrado, consulte-se o corpo da tese, onde se sustenta, *de lege ferenda*, essa possibilidade *in genere*, como meio de se evitar sem resposta um pedido eventualmente atendível sob forma diversa daquela que foi pedida, como, v. g., ocorre com um vínculo rescindível, objeto de uma demanda onde se postulou a sua anulação.

Desta sorte, não cabe ao juízo escolher a “providência adequada”, como se mostra, em tese, a melhor proposição, senão acolher parcial ou totalmente o pedido do autor, quer na sentença final, quer na decisão antecipada.

É de se observar que um dos casos de tutela antecipada é aquele relativo aos “direitos em estado de periclitção”, por isso que, se o juiz verificar que uma outra medida diversa daquela pleiteada revela-se suficiente a conjurar o perigo de dano, não poderá adotá-la se estiver fora da órbita do pedido. A lei sinaliza, nessas hipóteses, com a adstrição do juiz aos elementos da demanda, restando ao magistrado a improcedência do pedido, malgrado o estado de periclitção do direito veiculado na ação, o que demonstra o grave equívoco legislativo.

Perseveramos, assim, no nosso entendimento de que, nos casos de tutela de segurança, é amplíssima a margem de arbítrio do juiz na escolha do provimento “sob medida”, considerando o “provimento adequado” como implícito no pedido de tutela antecipatória. Para esse fim, o juiz deve atentar sempre para o princípio de que não pode conceder a título de antecipação aquilo que não concederia como provimento final.

Objetivamente, à luz do dispositivo, uma odiosa interpretação literal implicaria afirmar que o juiz, diante de um pedido de arresto que alcançasse vários bens, não poderia reduzi-lo à quantidade “que reputasse suficiente” para garantia do crédito exequendo, ou, em face de um pedido de interdição de vários estabelecimentos, não poderia conceder a medida apenas de nomeação de um administrador para os mesmos, em razão de não constar referida providência do pedido de tutela antecipada, o que se revela inaceitável.

Destarte, a tutela antecipada torna desnecessária, em princípio, a instauração de processo antecedente para obtenção de medida prévia antes da instauração do feito principal.⁷

É que o legislador inseriu-a como uma fase do processo principal, estendendo a qualquer processo de conhecimento a possibilidade de concessão de liminar antecipatória dos efeitos da providência principal. Entre-

⁷ A tutela antecipada vem prevista como provimento interinal, assim considerado o satisfativo ou cautelar antecipatório. A esse respeito, expressivas são as lições de Mario Dini em **I provvedimenti d’urgenza**, cit. A expressão interinal serve, como serviu a Calamandrei, para especificar as medidas que decidem interinamente uma relação litigiosa sem prejuízo do comando final. Ovídio Baptista as considera satisfativo-provisionais, em *Curso*, cit., v. 3, p. 61 e s.

tanto, não se podem excluir as hipóteses em que a relação jurídica digna de proteção apresenta formação gradual e complexa e que numa dessas fases já se faça necessária a tutela de segurança, sem prejuízo de outra que porventura se imponha ao final da constituição completa da relação.

Assim, v. g., uma deliberação assemblear pode ser impugnada através de ação com tutela antecipada, sem prejuízo da continuação desse ato societário onde outras manifestações em continuação podem ser também objeto de demandas futuras. Nessa hipótese, a parte não é obrigada a aguardar o desenrolar da “lesão” ao seu direito para pleitear a tutela principal com pedido de antecipação. É lícito requerer a tutela de segurança de seu direito material antecipadamente, através de processo sumário, passível, inclusive, de ser revista, posteriormente, quando posta em juízo a pretensão final. Não obstante ocorrência mais rara, não se pode excluir essa tutela antecipada antecedente sem cunho cautelar.⁸

Entretanto, integrado completamente na esfera jurídica de seu titular o direito para o qual pede a proteção judicial, poderá o mesmo, existentes os pressupostos da antecipação, pedir o adiantamento da tutela no bojo do próprio processo principal, sem a necessidade de duplicação de feitos, como ocorria outrora com a utilização promíscua do processo cautelar antecedente ao processo principal, onde se pleiteava a defesa de interesses substanciais e não instrumentais.

1.1. Pressupostos da Tutela Antecipada

A tutela antecipada reclama pressupostos substanciais e pressupostos processuais. Genericamente, poder-se-ia assentar que são pressupostos substanciais a “evidência” e a “periclitacão potencial do direito objeto da ação”⁹,

⁸ Encontram-se nos exemplos da doutrina nacional e da alienígena casos de provimentos satisfativos autônomos sem qualquer dependência com um futuro processo. Satisfazem de imediato, sem reclamar qualquer processo posterior. É o que Ovídio denomina de *tutela urgente satisfativa autônoma*, como se colhe em Dini, **I provvedimenti d’urgenza**, cit., p. 945, t. 2, segundo o qual o juízo defere ao locatário uma permissão para exploração pessoal do imóvel rural a que o locador se recusava a conceder, ou, ainda, o exemplo do deferimento da entrega de bem fungível ao credor, gerando, inclusive, uma *situazione ir reversibile*, como anota Giovanni Verde em **La tutela d’urgenza**, cit., p. 93.

⁹ O relevo conferido ao pressuposto serve para distinguir a tutela cautelar da tutela antecipada satisfativa. Consoante repetido inúmeras vezes no texto antecedente, assegurar não é satisfazer, senão criar condições para que a tutela satisfativa de cognição ou execução seja útil. A periclitacão para o direito material da parte é situação diversa da periclitacão para o processo ou para as condições necessárias para que se preste justiça. Conforme Calmon de Passos, há tutela preventiva substancial e tutela preventiva processual. Na primeira assegura-se um bem da vida que é conteúdo de um interesse de direito material, enquanto na segunda “se dá segurança ao processo”, no que diz respeito ao seu resultado útil (As ações cautelares, in **Comentários**, cit., p. 44). Giovanni Arieta timbrou a distinção na seguinte passagem de

e processuais a “prova inequívoca conducente à comprovação da verossimilhança da alegação” e o “requerimento da parte”.

O art. 273, com a sua nova redação, permite a tutela antecipada toda vez que a prova inequívoca convença o juízo da verossimilhança da alegação de que o direito objeto do *judicium* submete-se a risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Ambos os conceitos devem ser analisados à luz da pretensão de direito material e do princípio da especificidade, segundo o qual o ordenamento deve dar ao credor aquilo que ele obteria se a conduta devida fosse voluntariamente cumprida pelo devedor. Em prol do prestígio do Judiciário como atuante substitutivo do comportamento devido pelas partes, deve o mesmo evitar que o credor sinta os efeitos do inadimplemento, aqui considerados como “lesão” *in genere* do direito do autor.

Desta sorte, é sempre irreparável em primeiro plano, para o vencedor, não obter através da justiça aquilo que ele obteria se houvesse cumprimento espontâneo do direito. Assim, a primeira preocupação do magistrado não é verificar se a conduta devida pode ser substituída por prestação pecuniária, mas antes o alcance da frustração do credor no descumprimento da obrigação específica¹⁰.

O dano irreparável, nesse sentido, manifesta-se na impossibilidade de cumprimento posterior da obrigação ou na própria inutilidade da concessão da providência, salvo, antecipadamente. O esvaziamento da utilidade da decisão vitoriosa revela um “dano irreparável” que deve ser analisado em plano muito anterior ao da visualização da possibilidade de se converter em perdas e danos a não-satisfação voluntária pelo devedor¹¹.

seu **I provvedimenti d’urgenza**, cit., p. 48: “... *La dottrina tradizionale ha da tempo introdotto una distinzione tra due specie di pericula in mora: il pericolo da infruttuosità del provvedimento principale, che si verifica allorchè i provvedimenti cautelari si limitano non già ad accelerare la soddisfazione del diritto controverso, ma soltanto ad apprestare in anticipo mezzi atti a far sì che l’accertamento o l’esecuzione forzata di quel diritto avvengano in condizioni praticamente più favorevole; ed il pericolo da tardività del provvedimento principale, che, invece, sorge non dal temuto venir meno dei mezzi occorrenti per la formazione o l’esecuzione del provvedimento principale, ma dal protarsi, nelle more del processo ordinario, dello stato di insoddisfazione del diritto di cui si contende nel giudizio di merito*”.

¹⁰Essa também é a ótica da Barros Moreira, “Tutela específica das obrigações negativas”, in **Temas**; 2ª série, cit., p. 30 e s. Relembra-se por oportuno a antiquíssima e ainda insuperável fórmula de Chiovenda em **Saggi**, cit., v. 1, p. 110, de que “*o processo deve dar a quem tem direito tanto quanto seja praticamente possível, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de conseguir*”.

¹¹ Em expressão muito própria, Barbosa Moreira refere-se a algumas indenizações como verdadeiros “prêmios de consolação”, numa alusão à ineficiência da resposta judicial diante da lesão (“Tutela sancionatória e tutela preventiva”, in **Temas**, cit., p. 23).

Assim, v.g., a entrega de um imóvel pode ser premente para aquele adquirente que comprou um bem desfazendo-se dos demais que lhe pertenciam e não tem onde residir com a sua família. Entretanto, um determinado credor pode aguardar o pagamento de direitos autorais diante da inegável solvabilidade do devedor e de sua própria resistência econômico-financeira. No primeiro caso há potencialidade de dano irreparável e no segundo não.

O dano pode ser também de difícil reparação pela insolvabilidade do sucumbente ou porque este se mostre incapaz de recompor o patrimônio do vencedor diante da lesão ao seu direito. A entrega imediata de determinada coisa que pode vir a perecer resulta em utilidade maior para o credor do que a conversão em perdas e danos pelo seu mais alto valor. A tutela antecipada, nesse caso, é fruto da avaliação do juiz quanto à “dificuldade de reparação”.

Tendo em vista o sistema hermético utilizado pela lei tornando a tutela antecipada excepcional, tanto que não pode ser concedida se gerar efeitos irreversíveis, a prova inequívoca há de se referir, também, a esse risco de dano, sem prejuízo de engendrar-la o demandante quanto à verossimilhança de suas alegações.

Em resumo, para fazer jus à tutela antecipada o requerente há de demonstrar de forma inequívoca o seu direito e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

*1.2. A Evidência do Direito*¹²

A tutela antecipada reclama prova inequívoca da verossimilhança da alegação e “periclitamento do direito” ou “direito evidente”, caracterizado pelo “abuso do direito de defesa” ou “manifesto propósito protelatório do réu”.

Conforme se verifica, a idéia central da lei é demonstrar a expressiva evidência do direito do autor, de tal maneira que a defesa é apenas abusiva ou protelatória, com o escopo de postergar a satisfação dos interesses do titular do direito líquido e certo¹³.

¹² Ovídio Baptista assentou com muita propriedade que onde há evidência não se justifica a demora da resposta judicial nem o ritualismo das formas de indagação judicial (Curso, cit., v. 3, p. 46, notas). Mais adiante (p. 56), conclui que os direitos aparentes são objeto da cognição típica cautelar, ao passo que os “direitos evidentes merecem proteção imediata”. Essa também é a inspiração legislativa ao erigir esse segundo pressuposto da tutela antecipada.

¹³ O paradigma parece ter sido o moderno direito francês no art. 808 do **Nouveau Code de Procédure Civile**, que autoriza a concessão das *ordonnance des référés* quando a oposição do demandado não é *serieuse*.

Observa-se que, em princípio, nessa hipótese de tutela antecipada do direito evidente, o juízo necessita conhecer a defesa do réu para concluir pela inconsistência desta, frente ao direito do autor. Entretanto não se pode afastar a possibilidade de o juiz verificar a ausência de oposição séria à luz de comunicações formais trocadas entre os contendores antes mesmo da ação proposta como cartas, notificações etc., possibilitando a concessão da antecipação *initio litis*.

A defesa abusiva é a inconsistente, bem como a que não enfrenta com objeções, defesa direta ou exceções materiais a pretensão deduzida, limitando-se à articulação de preliminares infundadas. Assente-se, ainda, por oportuno, que não é preciso ao juízo aguardar a defesa para considerá-la abusiva, haja vista que nos casos de evidência é lícito atender o requerimento de tutela antecipada, tal como se procede quando se analisa o pedido liminar de mandado de segurança, proteção possessória etc.

A insubsistência da defesa exercitável ou exercitada, em resumo, configura, para a lei, caso de direito evidente, passível de receber a antecipação dos efeitos da sentença, porque injustificável a espera da decisão final após longo e oneroso procedimento.

Uma última observação se impõe quanto a se considerar repetitiva a lei ao referir-se a “abuso do direito de defesa” e “intuito protelatório do réu”, por isso que essa segunda modalidade de conduta processual encaixa-se no gênero da primeira prevista, na medida em que os incidentes processuais suscetíveis nessa fase do procedimento encontram-se englobados na expressão “defesa do réu”.

*1.3. Prova Inequívoca*¹⁴

Não é de estranhar-se que o legislador, acanhado como o foi na instituição da tutela antecipada, tenha exigido para sua concessão uma “prova inequívoca” capaz de reduzir a zero a margem de erro que gravita em torno da tutela imediata. Em princípio, há mesmo *contraditio in terminis* na utilização dos termos “prova inequívoca” e “verossimilhança”, na medida em que aquela conduz à certeza. Entretanto, o legislador adaptou-se à moderna concepção de que o juiz trabalha com a “lógica do razoável”, na expressão de renomado filósofo do direito¹⁵.

¹⁴ Considerando que a tutela antecipatória engloba a tutela de urgência, denota-se exagerado o requisito, tanto mais que a tendência nesse campo de tutela imediata não é senão a própria “redução do módulo de prova” como suficiente a legitimar o julgamento prévio (Gerhardt Walter, **Libre apreciación de la prueba**, cit., § 10).

¹⁵ Luiz Recaséns Siches, **Nueva filosofía de la interpretación**, 1980, p. 277.

A prova, via de regra, demonstra o “provável”, a “verossimilhança”, nunca a verdade plena “que compõe o mundo da realidade fenomênica. Os fatos em si não mudam, porque a prova realiza-se num sentido diverso daquele que a realidade indica. Ora, se assim o é e se o legislador não se utiliza inutilmente de expressões, a exegese imposta é a de que “prova inequívoca” para a concessão da tutela antecipada é alma gêmea da prova do direito líquido e certo para a concessão do *mandamus*. É a prova estreme de dúvidas, aquela cuja produção não deixa ao juízo outra alternativa senão a concessão da tutela antecipada.

Essa prova há de ser pré-constituída se o autor desejar obter a antecipação *initio litis*, ou constituída no curso do processo através de justificação ou antecipação da fase probatória. A lei não estabelece o momento de concessão dessa tutela, decerto deferível “em regra” antes da sentença final, para que possa ser considerada antecipatória. Ademais, a correta exegese é a de que o juízo aguarde a iniciativa da parte, que pode dar-se inicialmente com a própria apresentação da petição inicial em juízo ou incidentemente.

No que pertine à evidência, o raciocínio, à luz do texto legal, é claro. A parte deve comprovar de plano o seu direito evidente na inicial e pleitear a antecipação da tutela, de sorte que, muito embora a prova plena possa ser encetada mais adiante, a concessão da antecipação fica condicionada a haver pedido na inicial.

Realizada a prova plena ulteriormente, mister tornar-se possível a tutela antecipada, malgrado não pleiteada na inicial, considerando esse pedido como embutido na postulação de uma decisão para a causa. Essa é uma das razões pelas quais essa tutela antecipada deveria compor a atividade *ex officio* do juiz.

Considere-se, ainda, que se revela em prova inequívoca a alegação calcada em fatos notórios, incontroversos ou confessados noutro feito entre as partes, bem como aquela fundada em presunção *jure et de jure*, haja vista que a presunção relativa admite, em princípio, prova em contrário e por isso mesmo não é inequívoca.

Cabe ao juízo avaliar a prova inequívoca em confronto com a urgência requerida, compondo um juízo de probabilidade que o autorizará a conceder a antecipação. Na tutela da evidência o exame ocorre sem maiores percalços, porque não se trata de direito em estado de periclitamento, senão direito evidente. Ressalte-se, por fim, que qualquer meio de prova moralmente legítimo pode ser utilizado para a comprovação da verossimilhança da alegação apta a ensejar a tutela antecipada.

1.4. Tutela Antecipada - Natureza Jurídica e Irreversibilidade da Decisão

A antecipação da tutela significa que, sob o ângulo cronológico, a decisão antecede a sentença final, caracterizando-se, portanto, como decisão interlocutória, passível de agravo. A concessão fica ao critério do juízo, segundo a averiguação da comprovação dos requisitos substanciais e processuais, ao passo que a denegação é sempre obrigatória quando irreversíveis os efeitos do deferimento. Trata-se de uma impossibilidade jurídica odiosa criada pela lei, uma vez que, em grande parte dos casos da prática judiciária, a tutela urgente é irreversível sob o ângulo da realizabilidade prática do direito.¹⁶

De toda sorte, a irreversibilidade significa a impossibilidade de restabelecimento da situação anterior, caso a decisão antecipada seja reformada. Essa literal percepção do fenômeno da irreversibilidade do resultado pode aniquilar com o novo instituto, haja vista que essa reversão não pertence ao mundo das normas jurídicas. É verdade que algumas determinações judiciais podem ser desfeitas, restabelecendo as coisas ao estado anterior, como, v.g., a devolução de um bem determinado antecipadamente ou a reintegração num cargo ocupado por força de decisão liminar. Entretanto, há providências cujos resultados são irreversíveis e urgente a necessidade de tutela. Sob esse prisma, o juízo, desincumbindo-se de seu poder-dever, há que responder de tal maneira que, malgrado irreversível o estado de coisas, a decisão não cause prejuízo irreparável ao demandado. Em essência, é a contrapartida da regra que não permite ao juízo, para conjurar um perigo, criar outro de maior densidade. De toda sorte, mercê de ser casuística essa análise, deverá balizar-se o juízo à luz da urgência, da necessidade e da inexistência de dano irreparável para o demandado pela irreversibilidade do provimento.

¹⁶ O legislador não se desgarrou da técnica cautelar, cuja decisão, provisória por excelência, deve ser sempre reversível, e adotou-a em sede de tutela antecipada do direito material. É de sabença que, em alguns casos, os efeitos fáticos são irreversíveis, porque essa irreversibilidade não pertence ao plano normativo, consoante anteriormente expusemos. Ademais, a doutrina sempre reconheceu a possibilidade de decisões antecipadas irreversíveis com possibilidade de reparação pelo beneficiário da medida caso revogada posteriormente. Ultimamente tem sido essa a tendência, consoante os exemplos da lei de locações, com o despejo liminar irreversível e as liminares do Código de Defesa do Consumidor. Quanto a essa possibilidade de irreversibilidade, leciona Giovani Verde em **La tutela d'urgenza**, cit., p. 93, e, no mesmo sentido, Ovídio Baptista, **Curso**, cit., v. 3, p. 53.

A tutela, não obstante antecipatória, não exclui a necessidade de motivação para a sua concessão. Aliás, com o advento da Carta de 1988 instituindo a motivação de toda e qualquer decisão judicial, lavrou-se certa discussão sobre se a concessão das liminares deveria ou não ser antecedida de farta motivação comprometedora da decisão final. O novel diploma não deixa a menor margem a dúvidas, tanto que o § 1º do art. 273 determina, sob pena de *error in procedendo*, que o juiz indique de forma clara e precisa as razões de seu convencimento quanto à verossimilhança da alegação do direito evidente ou em estado de periclitamento. Desaparece, assim, a prática judiciária da concessão de liminares sem motivação, devendo, agora, a justiça esclarecer por que razão o demandante foi acolhido ou rejeitado na sua pretensão antecipada¹⁷.

A decisão de antecipação, por seu turno, pode ser, segundo a lei, revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

*1.5. Revogação e Modificação da Tutela Antecipada*¹⁸

A revogação implica a eliminação da medida anteriormente concedida e a modificação pode ser quantitativa ou qualitativa. Advirta-se, entretanto, que o sistema da lei é informado pelo princípio dispositivo, haja vista que a antecipação pressupõe pedido e adstrição do juízo à inicial. Disto decorre que tanto a revogação quanto a modificação devem ser “requeridas”, vedando-se em princípio a atividade *ex officio*. No campo da tutela da evidência, a sistemática segue tradição secular, sendo certo que os direitos indisponíveis mereciam tratamento diferenciado, como de resto assim os contempla o ordenamento em geral¹⁹.

¹⁷ A necessidade de motivação das decisões judiciais permitiu a Barbosa Moreira lavrar belíssima página acerca do tema, como se verifica em **Temas**, cit., p. 83 e s., onde se colhem dados histórico-comparativos da necessidade de motivação como “garantia do estado de direito”. Como bem inspirou-se o renomado autor Bentham: “*Good decisions are such decisions for which good reasons can be given*”.

¹⁸ A provisoriedade é característica da tutela antecipatória; no aguardo da decisão final, trata-se de consectário da impossibilidade de concedê-la com caráter irreversível e do comando legal de que o processo deve prosseguir mesmo com a concessão da antecipação. Provisório é o que aguarda o definitivo, na clássica lição de Calamandrei na **Introdução ao estudo sistemático das providências cautelares**. Idêntica idéia se encontra em Lopes da Costa, **Medidas preventivas**, cit., ao nomear o exemplo dos andaimes como instrumentos temporários e definitivos e a barraca do desbravador dos sertões, provisória de uma melhor habitação (p. 10).

¹⁹ A matéria foi discutida em textos anteriores, onde se enuncia a opinião daqueles que não só admitiam a incoação estatal em matéria de tutela antecipada como também dos que limitavam essa iniciativa aos denominados direitos indisponíveis, como, v. g., o professor Calmon de Passos. Inegável, entretanto, as fendas que se abrem no sistema em matéria de família e menores, campos fertilíssimos do trato dos interesses ditos indisponíveis.

Entretanto, no campo da tutela de segurança, à luz do dever geral de segurança que tem todo o magistrado a partir da instauração da relação processual, não se pode duvidar da necessidade de uma atuação independente da iniciativa da parte. Consoante afirmamos anteriormente, não se pode conceber que o juiz assista impassível à periclitación de um direito cuja satisfação depende da resposta judicial em razão da impossibilidade de autotutela.

Verificando o juízo através de provas inequívocas que a tutela requerida merece, v.g., uma ampliação, sob pena de frustrar aquela anteriormente concedida, deve atuar de ofício, ainda que seja para equilibrar as posições das partes no processo²⁰.

A questão não resolvida pela lei diz respeito à extensão desse poder de o juiz “modificar a decisão”.

À luz do *caput* do art. 273, parece limitar-se o magistrado a um *minus* e a um *plus*, tudo dentro daquilo que foi pedido na inicial. No sistema rigidamente dispositivo não há lugar para a criatividade do juiz.

Ademais, a lei não repisou, na tutela antecipada, a regra do art. 799 do Código de Processo Civil, que confere ao magistrado o poder de prover “sob medida”.

Ao revés, ele deve conferir a providência dentro do “pretendido no pedido inicial”, para utilizarmos a expressão do art. 273, *caput*. Logo, essa modificação também fica balizada pelo pedido, encarcerando o juiz aos seus limites, fazendo com que qualquer modificação da tutela *in itinere* seja requerida e empreendida nos limites do pedido inicial. Em nosso entender, entretanto, esta não é a melhor solução, tampouco a melhor exegese.

A modificação da tutela antecipada em sede de tutela de segurança deve atender, especificamente, às necessidades do caso concreto. A situação de periclitación é mutável e pode exigir algo proporcional que não esteja incluído no pedido, até porque superveniente a nova exigência²¹.

²⁰Relembre-se que Carnelutti referia-se a essa igualdade das partes como motivadora das medidas de segurança. Ademais, os deveres são exercitáveis de ofício, o que não impede a iniciativa da parte mas não a obriga. Essa publicização da jurisdição foi entrevista por Ovídio na obra de Calamandrei, em *Curso*, cit., v. 3, p. 68-9.

²¹É de Mario Dini a lição de que o provimento cautelar “*pu essere modificato dal giudice ogni qualvolta si renda necessario per raggiungere lo scopo che si era prefisso con l’emanazione dello stesso in relazione alle variazioni delle circostanze che eventualmente non potevano prevedersi al momento dell’emissione*” (*La denuncia di danno temuto*, cit., p. 44).

Por outro lado, nesse mister de adaptação da medida às necessidades supervenientes, preconiza-se a fungibilidade constante do provimento, consoante exposto anteriormente, porque ao juiz cabe dar solução adequada ao litígio.

A modificação e a revogação obedecem à regra da necessidade de motivação, que se exige, também, para a concessão. Encetada a decisão no curso do procedimento, a mesma comportará o agravo pela natureza incidente da decisão.

A sentença final que dispõe sobre o litígio cassa a tutela antecipada, prevalecendo sobre esta, não ocorrendo, aqui, a controvérsia sobre a prevalência da liminar sobre a decisão final suspensa por recurso recebido no duplo efeito²².

A tutela antecipada, como o próprio nome sugere, é antecipação do resultado final e sobre este não pode prevalecer, máxime porque o último é adotado após cognição plena. É certo que dificilmente a tutela antecipada merecerá revogação na sentença final, haja vista o requisito probatório exigido para a sua concessão, que não é senão o mesmo que se reclama para o julgamento mesmo da causa.

Que espécie de prova mais robusta pode a parte produzir para o acolhimento de seu pedido senão uma “prova inequívoca conducente à verossimilhança de sua alegação”? E essa mesma prova é a exigível para a concessão da tutela antecipada, de sorte que o panorama probatório, numa causa em que se deferiu a tutela antecipada, dificilmente se modificará do início ao fim do processo²³.

²² Raciocínio diverso empreende a doutrina em matéria de antecipação da tutela cautelar. Exatamente porque não há satisfatividade antecipada e o mérito vai ser apreciado *a posteriori*, sustenta-se uma distinção entre a eficácia da medida cautelar e a eficácia da sentença, fazendo prevalecer a primeira mesmo após a definição final sujeita a recurso recebido no duplo efeito. Aduz-se a diferença entre imperatividade do julgado e executoriedade do julgado, esta sim capaz de fazer desaparecer a liminar cautelar, segundo lições de Carnelutti e Alcides Mendonça Lima enunciadas no texto. A tutela antecipada obedece a uma sistemática diferente, na medida em que resta absorvida pela decisão final. Ademais, como advertira Tommaso, “*assurdo attribuire alla misura cautelare urgente un’ autorità maggiore della decisione di merito di primo grado*” (**I provvedimenti d’urgenza**, cit., p. 276).

²³ Há uma profunda diferença entre a prova exigida para a concessão da tutela antecipada e aquela que se impõe ao demandante cautelar. Exatamente porque à cautela sucede o processo principal, nessa sede o legislador contenta-se com a aparência, ao passo que para a antecipação a exigência é a da evidência, ou, para utilizarmos a linguagem da lei, “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”. Essa demonstração ainda não é a certeza absoluta, a verdade, senão o próprio valor limite com que lida o magistrado na sua tarefa de definir o direito. Aliás, é clássica a lição de Calamandrei em “Verità e verossimiglianza nel processo civile”, **Rivista di Diritto Processuale**, de que “*anche si siamo convinti*

Entretanto, não se podem olvidar hipóteses excepcionais, nas quais a liminar deva prevalecer sobre a decisão final em razão do estado de periclitación do direito não reconhecido na sentença, mas possível de sê-lo em sede de recurso.

Nestes casos, a permanência do provimento até o trânsito em julgado da decisão encontra amparo em algumas vozes da doutrina²⁴.

Indeferida a tutela antecipada *initio litis*, impõe-se saber se ao juiz é lícito, ao decidir a causa, antecipar esses efeitos pendente o litígio de recurso. Entendemos que sim, porque a própria lei dispõe que “concedida a tutela o processo prosseguirá até final julgamento”. Logo, ainda que o juiz não tenha deferido no curso do processo a tutela antecipada, nada obsta a que o faça quando da sentença porque, para ele, a prova inequívoca pode ter sido apresentada apenas na fase de julgamento, revelando-se injusto fazer a parte aguardar o julgamento do recurso recebido no duplo efeito.

A mesma providência pode ser requerida ao órgão superior, caso o ofício jurisdicional de primeiro grau não mais permita ao juiz intervir no processo. Afinal, as expressões “juiz” e “final julgamento” também pertinem ao tribunal.

Ademais, a própria lei prevê a modificação e a revogação da antecipação a qualquer tempo, o que significa que o órgão *ad quem* se investe também da cognição da medida sem prejuízo da análise do recurso contra a sentença final, exegese que se reforça na medida em que um dos casos de tutela antecipada é o de periclitación do direito, e, nesses casos, sempre foi da tradição do nosso sistema admitir a competência do relator diante do *periculum in mora* e em face do término do ofício jurisdicional de primeiro grau, como, v. g., prevê o atual art. 800 do Código de Processo Civil, modificado apenas para explicitar-se que a competência é do próprio “órgão” do tribunal e não mais, monocrática.

che la natura humana non è capace di raggiungere le verità assolute, è dovere di onestà adoprarsi con tutte le forze per cercare di approssimarsi quanto più si pu alla meta irraggiungibile: così nel processo, anche se si è convinti che la sentenza finale non pu essere altro che un giudizio de verossimiglianza tale da non escludere mai in maniera assoluta l'errore giudiziario, ci non toglie che tutta la struttura del procedimento debba essere preordinata a rendere il più possibile approfondita e controllata la ricarca della verità, in modo che lo scarto tra questa e la verossimiglianza si riduca al minimo”.

²⁴ Ovídio Baptista, *Curso*, cit., v. 3, p. 124, com citações da doutrina francesa e de parte da moderna doutrina italiana.

*I.6. Execução da Tutela Antecipada*²⁵

Mantendo a coerência com a proibição de tutela antecipada de efeitos irreversíveis, a nova lei instituiu, como meio para “efetivar-se” a antecipação, os princípios que regem a execução provisória. Nesta, como é sabido, a satisfação do direito não pode alcançar estágio irreversível característico da execução definitiva. Há apenas atos de execução, antecipados. Nesse sentido, a lei determina que a efetivação da medida antecipada não importe alienação de domínio, levantamento de dinheiro sem caução idônea, sem prejuízo de implementar-se de uma maneira que, sobrevindo decisão contrária, as “coisas retornem ao estado anterior”. Mais uma vez, aqui, o legislador esbarrou na sua covardia, tornando inócua a inovação. Inúmeros são os casos em que a medida antecipada ou é deferível naquele momento ou não mais revelará qualquer utilidade para a parte. Ademais, é fenomênico o grau de irreversibilidade prática dos efeitos da decisão. Assim, v.g., uma viagem autorizada, uma cirurgia, a determinação de apresentação de um espetáculo ou a divulgação de um documento, chancelados por tutela antecipada, apresentam efeitos irreversíveis. Nesses casos, é de todo impossível aplicarem-se os princípios da execução provisória, sob pena de inviabilizar-se a antecipação, com notável denegação de justiça. Não há a menor dúvida de que a melhor técnica seria a duplicidade²⁶ das ações onde se verifica a tutela antecipada, permitindo-se ao juiz conferir perdas e danos à parte lesada pela efetivação da antecipação da tutela, como contrapartida ao deferimento daquela, inclusive garantido por caução, conforme sustentado anteriormente.

²⁵ 412. A lei utiliza-se de forma promíscua do vocábulo “execução”, em vez de efetivação. É que o sistema exige sentença condenatória para execução e a tutela antecipada liminar encerra a figura de uma interlocutória. É verdade que parte da doutrina sustenta a possibilidade de sentenças liminares e execução para segurança, como, v. g., Pontes de Miranda e Ovídio Baptista. Entretanto, o sistema da lei é de categorizar essas decisões, conforme determinem ou não a extinção do processo, e o novel diploma é claro ao estatuir que a tutela antecipada não encerra a relação processual. Ademais, seria de todo insustentável submeter o beneficiário da tutela antecipada aos rigores das formas da execução, por isso que a efetivação da antecipação realiza-se sob o signo da mandamentalidade. Melhor é a expressão da doutrina italiana, que prefere a “*provvedimenti d’urgenza*” (Tommaso, **I provvedimenti d’urgenza**, cit., p. 331, e Arieta, **I provvedimenti d’urgenza**, cit., p. 332).

²⁶ A esse respeito remetemos o leitor à nossa proposta, *de lege ferenda*, quanto à duplicidade das ações, revelando-se, aqui, sua intensa utilidade em face da irreversibilidade fática de alguns provimentos antecipados.

Contudo, a lei utilizou-se de técnica diametralmente oposta. O executante da tutela antecipada, em princípio, está isento da caução, até porque esta não pode ser irreversível na medida em que as coisas devem retornar ao estado anterior caso a decisão seja modificada. Por outro lado, revelando-se irreversível o provimento, a tutela não pode sequer ser concedida, pouco importando a “prova inequívoca” exigida, que, como já vimos, dificilmente será alterada no curso do processo.

O § 3º do art. 273 do Código de Processo Civil determina a aplicação, no que couber, das regras da execução provisória. Na verdade não se trata de processo de execução autônomo. É execução sem intervalo, na mesma relação processual, assemelhando-se o vocábulo execução à “efetivação”, implementação do provimento no mesmo processo. Ressoa evidente que não teria sentido que o legislador instituísse uma antecipação no curso do processo de conhecimento visando à agilização da tutela e a submetesse às delongas da execução²⁷.

A lei não distinguiu a tutela antecipada da evidência da tutela antecipada nos casos de periclitación. Em ambas, a execução deve ser provisória e reversível. Entretanto, de nada adiantaria a previsão de tutela antecipada se o cumprimento da medida fosse postergado, tornando letra morta o instrumento de agilização jurisdicional.

Obedecendo à regra da reversibilidade, amplos devem ser os poderes do juiz no afã de efetivar a antecipação, aplicando-se analogicamente, para esse fim, o § 5º do art. 461 do Código de Processo Civil, alterado pela mesma lei, que previu a utilização de todos os meios necessários pelo juiz para a implementação da tutela específica, tal como buscas e apreensões, remoção de pessoas, requisição de força policial etc.

Ainda sob esse ângulo e mantida a reversibilidade, caracteriza-se desobediência o descumprimento da ordem contida no provimento antecipa-

²⁷ Aplicável à tutela antecipatória pela sua modernidade constante e porque lavrado tendo em vista os mesmos pressupostos da atual tutela antecipada, o memorável ensinamento de Liebman no estudo “L’unità del procedimento cautelare”, **Rivista di Diritto Processuale**, 1954, cit., p. 248: “*La fasi è i momenti in cui l’organo conosce e quelli in cui eseguisce si seguono, senza soluzione di continuità, in un unico procedimento, che è perciò, almeno nella generalità dei casi, un procedimento misto di cognizione e d’esecuzione. Il procedimento è unico e indivisibile, perchè unico e indivisibile è l’interesse ad agire*”, e vice-versa. Em obra recente, Marinoni concluiu pela executividade intrínseca dos provimentos de urgência, capazes de produzir efeitos imediatos (“Tutela cautelar e tutela antecipatória”, **Revista dos Tribunais**, 1992, p. 130). Assim também se pronuncia a doutrina italiana moderna acerca do tema, como se observa em Tommaso, **I provvedimenti d’urgenza**, cit., p. 330.

do, porque é da essência deste a mandamentalidade como instrumento viabilizador da antecipação dos efeitos do provimento final²⁸.

Assim, v.g., a realização de uma assembléia desautorizada em tutela antecipada ou a recusa à entrega imediata de um bem podem gerar, no primeiro caso, o impedimento de realização do ato pela força policial, sem prejuízo da sanção criminal pela desobediência, e, no segundo, uma imissão de posse judicial.

Trata-se, na verdade, de fusão admirável de instrumentos de origem romano-germânica e de matiz anglo-saxônica, reclamados de há muito pela eficiência que essa execução por coação e sem intervalo representa.

Subjaz sempre a preocupação com relação a essa vedação da tutela antecipada em casos de irreversibilidade, porque a interdição, nalguns casos, desprotege os direitos e torna impossível a execução do provimento.

II. A TUTELA ANTECIPATÓRIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A repressão ao “abuso do direito de recorrer” incluiu-se na ideologia norteadora da reforma que inspirou o exurgimento da ‘antecipação de tutela’. Essa novel técnica decorre do poder de que é dotado o relator, e *a fortiori* o colegiado, para negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário aos entendimentos predominantes consubstanciados em súmulas.

Sob essa ótica, por via oblíqua, o legislador propicia uma rápida solução judicial, obstando que uma parte fique à mercê da outra, privilegiando o princípio isonômico-processual e a conduta *coram judicem* no atuar jurisdicionalmente.²⁹

²⁸ É importante anotar que aqui e alhures discute-se com grande receptividade a adoção das *contempt of court* como meio moralizador no cumprimento das decisões judiciais. Impõe-se solidificar a versão de que no plano extrajudicial a negação ao direito atinge a parte e só a ela. Entretanto, após o desfecho judicial, o descumprimento é ao decidido pelo Estado, e a resistência às decisões judiciais, inclusive às antecipatórias lavradas diante de um estado de periclitção, revelam flagrante atentado à dignidade da justiça. Ademais, a possibilidade de descumprimento da tutela antecipada torna letra morta o instrumento em prestígio à recalitrância do vencido. No direito estrangeiro coaduna-se com o rigor ora proposto a doutrina de Aldo Frignani em conhecido trabalho intitulado *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, 1974. No direito brasileiro, Ovídio Baptista, *Curso*, cit., v. 2, p. 256, e recentemente Marinoni, p. 133-7.

²⁹ Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 [Código de Processo Civil]

Art. 557 - O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior

A fusão desses dois novos instrumentos viabilizou algo que outrora observava-se com mais freqüência na instância *a quo*, qual seja a concessão de liminares pelo juízo *ad quem*. Aliás, fruto também de recente reforma, o artigo 558 do CPC passou a admitir a concessão de suspensividade *ope judicis* a recursos dotados de dupla eficácia, toda vez que se vislumbre “risco de dano irreparável”.³⁰

Num primeiro momento a praxe revelou a aplicação literal do novo dispositivo, por isso que os órgãos fracionários dos tribunais limitaram-se a “sustar” decisões “passíveis de revisão”. Posteriormente, através do papel criativo da jurisprudência consagrou-se o efeito ativo “dos provimentos de segundo grau diante da irresignação quanto aos atos omissivos da primeira instância”.³¹

Hodiernamente os nossos Tribunais praticam os novéis institutos com largueza, ora sustando efeitos das decisões recorríveis ora concedendo efeito ativo aos recursos. Assente-se que, nos Tribunais Superiores é usual a utilização de “provimentos cautelares” com base em dispositivo regimental (como v.g.; o art. 288 do RISTJ) para impedir a execução de decisões sujeitas aos recursos para esses órgãos de cúpula que, tradicionalmente, não ostentam efeito suspensivo.³²

§ 1º - Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

³⁰Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 [Código de Processo Civil]

Art. 558 - O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Parágrafo único - Aplicar-se-á o disposto neste artigo às hipóteses do art. 520.

³¹ Anotou percucientemente Teori Zavaski que a concessão de eficácia suspensiva ao recurso dela não dotado não era suficiente a reprimir a potencialidade de danos irreparáveis. A Adoção da máxima *ubi eadem res ubi eadem dispositio* restou por admitir a consagração do “efeito ativo”, inclusive em sede de recursos para os Tribunais Superiores, in **Antecipação de Tutela**, Saraiva, 1997, p.134.

³² Nesse mesmo sentido Teori Zavaski, ob, cit, Cap. VII, “Antecipação de Tutela nos Tribunais”, p. 117/136; Roberto Armelin, “Notas sobre a antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição”, In Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela, **RT**, 1997, p. 431/455; William Santos Ferreira, “Breves reflexões acerca da tutela antecipada no âmbito recursal”. E. **RT** 2000, p. 654/693.

Acerca dessa recente prática, mas de diuturno manejo, inúmeras páginas encontram-se lavradas nas obras versantes sobre a Tutela Antecipada.

A “questão elegante” que se põe, em verdade, não é a da antecipação consistente nessa estratégia meramente processual de sustar ou conceder o efeito ativo ao recurso em si, senão de “antecipar a satisfação do pedido no âmbito dos recursos superiores”.

Consoante é cediço, a antecipação de tutela significa realização antecipada, por isso já se afirmou em “belíssima sede doutrinária” que na tutela antecipada deferida, o processo começa por onde termina o processo de execução, que é a satisfatividade plena³³. Esta é a questão ora suscitada: Podem os Tribunais Superiores; o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça concederem a antecipação de tutela com esse espectro de satisfação?

Algumas questões antecedem a conclusão esperada.

Em primeiro lugar, cumpre destacar a hipótese em que o recurso é interposto com o fim de obter a providência negada na instância de origem e que se pretende obter antecipadamente, na premissa do provimento do recurso especial ou extraordinário. Trata-se, portanto de pedido formulado pelo próprio recorrente.

Em segundo lugar forçoso analisar a pretensão, no mesmo sentido, deduzida “pelo recorrido”, posto entender “abusivo o recurso interposto”.

No primeiro caso, a antecipação da tutela requerida ao relator *ad referendum* do colegiado dependerá da verificação da verossimilhança do alegado, à luz do contexto recursal.³⁴

Poder-se-ia objetar essa possibilidade de antecipação sob o argumento de que a concessão demandaria análise da “prova inequívoca”, cognição interdita aos Tribunais Superiores que se autolimitaram quanto à apreciação de elemento probatório em razão da função que os recursos que lhes são endereçados exercem; vale dizer: a manutenção da inteireza e interpretação do direito nacional.

³³ Claudio Cecchela; Romano Vaccarella e Bruno Capponi, in **Il processo civile dopo la riforma**, Torino, Giapichelli, 1992.

³⁴ Essa possibilidade de concessão de antecipação é chancelada por toda a doutrina, abrindo-se à parte prejudicada o agravo regimental para o colegiado a quem toca o conhecimento do recurso superior como técnica “integrativa” da deliberação antecipada. Conforme a lição de consulta obrigatória de Moniz de Aragão, o agravo regimental destina-se a permitir a integração do pensamento do tribunal”, in **Revista de Direito Processual Civil**, n. 2, p. 70 e 74.

Entretanto é inegável que os Tribunais Superiores, mercê de não empreenderem um “reexame da causa” em terceiro grau de jurisdição, “julgam-nas”, aliás, como a própria Constituição Federal explicita.³⁵

Destarte, a prova inequívoca exigida para a antecipação de tutela, não é senão a liquidez e certeza do “próprio direito em jogo”,³⁶ e de aferição exemplar pelos Tribunais Superiores, porquanto acodem a essas Cortes extraordinárias, devidamente prequestionados.

Não há a menor dúvida de que a exaustão processual cognitiva a que se submetem as partes antes da chegada do recurso aos Tribunais Superiores, revela um elemento positivo que é a “apuração da juridicidade” do que se está discutindo. Ademais, pela eminência, experiência e cultura de seus membros integrantes, não há órgão julgador mais adequado à verificação do direito escorreito, procedente, do que as Cortes Maiores. E este é o pressuposto inafastável da antecipação de tutela. Imperioso ainda assentar que afrontaria à lógica jurídica, elemento inseparável da hermenêutica, admitir-se ao juiz de primeiro grau antecipar tutela e vetá-la aos mais eminentes Tribunais Superiores do país...³⁷

A segunda indagação parece instigar questões mais delicadas porquanto o pleito de antecipação, em princípio, é obra do recorrente.

Subjaz, assim, a indagação sobre se é possível ao recorrido pleiteá-la.

A questão deve ser analisada sob o mesmo prisma da prova inequívoca da verossimilhança do direito *sub judice*.

Revela-se possível que o recorrido, por prudência e depois de obter sucessivas vitórias na justiça local, aguarde a remessa dos autos aos Tribunais Superiores para só então pleitear a antecipação.

³⁵ Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente:

.....

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

No sentido de que os Tribunais Superiores no exercício de suas competências recursais “tutelam direitos subjetivos” mediante julgamento, as intransponíveis lições de Barbosa Moreira, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Forense, p. 566, Ed. 1999.

³⁶ Consulte-se a respeito do tema, Luiz Guilherme Marinoni, onde destaca que o conceito de prova inequívoca é semelhante à liquidez e certeza exigível para o Mandado de Segurança, *in A antecipação na reforma do processo civil*, 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 1996.

³⁷ No sentido do texto, Teori Zavaski, *ob. cit.*, n. 2 “antecipação de tutela na fase recursal”, p. 119.

Considerando-se que tutela antecipada é sinônima de satisfação antecipada, tem-se que se vitorioso na instância última, o recorrido poderá promover a execução. Ora, se a execução é de sua iniciativa, a antecipação de seus resultados também pode sê-lo, e a sede própria para isso, estando o processo nas Cortes Superiores é o Tribunal maior.³⁸

É de somenos o fato de que o recorrido poderia ter pleiteado na instância de origem uma “execução provisória” que, como se sabe, diante de todas as suas limitações, dentre as quais a que impede a satisfação plena, não apresenta a mais tênue utilidade. Afirmou-se com autoridade insuperável que a execução provisória é um “nada jurídico”, não se extraindo qualquer proveito desse adiantamento levado a efeito pelo vencedor da demanda³⁹. Não é por outra razão que as reformas européias admitem a “execução completa” com base em decisão provisória⁴⁰, solução que, de *lege ferenda*, indicia tornar-se brevemente, de *lege lata* com o advento da “reforma da reforma do Código de Processo Civil”.

Ademais, conceder-se antecipação ao recorrente e vetá-la ao recorrido implica violação ao princípio da isonomia, sem prejuízo de conspirar contra um dos cânones da reforma processual que foi exatamente o de “reprimir o abuso do direito de recorrer”.⁴¹

³⁸ Sob essa ótica, doutrina JJ Calmon de Passos, “a circunstância de estar o processo na fase recursal não é empecilho à pretensão da antecipação de tutela, eis que, como já se afirmou reiteradamente, antecipar a tutela constituiu não antecipação de uma sentença, mas um adiantamento de atos executivos da tutela definitiva, que ainda se encontram reprimidos” in, **Inovações do Código de Processo Civil**, Forense, 1995, p. 21.

³⁹ Por todas as vozes abalizadas, ressoa a de Alcides Mendonça Lima, in **Comentários**, Forense, 1996.

⁴⁰ Giuseppe Tarzia informa que a recentíssima reforma italiana consagrou a execução imediata da sentença, ainda que provisória no seu conteúdo, como regra ao dispor no art. 272 do **Codice di Procedura Civile**: “*La sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti*”. in “O novo processo de cognição na Itália”, **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, v. 25, p. 389. Frederico Carpi também advertia para a aspiração moderna da execução completa com base em decisão ainda que provisória: “il potenziamento dell. esecutorietà provvisoria può essere assai utile nel perseguimento di quei fini di attuazione effettiva del precetto costituzionale del diritto di azione, che un moderno processo deve perseguire”. In **la provvisoria esecutorietà della sentenza**, Milano, Giuffrè, 1979, p. 147 e seg.

⁴¹ O saudoso mestre mineiro José Olympio de Castro Filho, na sua tese de cátedra advertia: “recorrer é um direito de que também se pode abusar, e de que amiúde se abusa largamente com prejuízos para uma das partes, que não pode descansar do incômodo da demanda, e para o Estado, cujos tribunais de grau superior cada dia vêem aumentar a influência dos recursos, a *grande maioria injustificável*” in **Abuso do direito no processo civil**, p. 142/143, Imprensa Oficial, BH, 1955).

Por fim, a possibilidade de concessão antecipatória nos Tribunais Superiores desestimula os recorrentes abusivos, que através de longa postergação do direito do vencedor, logram arrancar-lhe indesejáveis concessões, mercê da lesão causada pelo próprio tempo da satisfação judicial.⁴²

Reconhecida a antecipação como instrumento de efetividade da prestação judicial, técnica capaz de vencer a tão decantada morosidade da justiça que afronta os mais comezinhos direitos fundamentais da pessoa humana, nada mais apropriado que delegá-la aos Tribunais Superiores, os quais, mantendo a inteireza do direito nacional, logram carrear para o poder a que pertencem o prestígio necessário àqueles que, consoante às sagradas escrituras, têm o sumo sacerdócio de saciar os que têm sede e fome de justiça⁴³. ◆

⁴²Italo Andolina abordando o dano causado pela demora na satisfação de quem tem um direito reconhecido concluiu: *“Questo peculiare tipo di danno può essere indicato come “danno marginale in senso stretto”, oppure come danno marginale di induzione processuale, appunto in quanto esso è specificamente causato, e non soltanto genericamente occasionato dalla distensione temporale del processo”* in **Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale**, p. 20, Milano, Giuffrè, 1983.

⁴³Idêntica solução é possível entrever nas conclusões de Teori Zavascki, *in ob, cit*, p. 135, com expressa menção ao STF e ao STJ.