

AS LIMINARES E A TUTELA DE URGÊNCIA

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador do TJ/MG.

1. UM TEMA DO MOMENTO

Não há um dia em que não se deprenda na mídia com notícias de grande repercussão envolvendo liminares decretadas judicialmente, nos mais variados setores jurídicos, desde os que dizem respeito às relações de família e aos negócios econômicos, no terreno do direito privado, até aqueles pertinentes aos interesses públicos e coletivos, como ocorre com os atos da Administração, os embates da política partidária, os problemas de meio ambiente e as relações de consumo. Raros são, com efeito, os litígios hoje deduzidos em juízo que não se instaurem apoiados em medidas liminares, em regra de grande impacto, ora para o âmbito restrito dos litigantes, ora para toda a comunidade.

A justiça - até pouco tempo, fechada e circunspecta, avessa à publicidade, promovia atos que não repercutiam além das paredes dos foruns e tribunais e que, por isso mesmo não gerava notícia de interesse jornalístico senão esporadicamente - tornou-se, de repente, polêmica e devassada, passando a freqüentar, com inusitada assiduidade, as manchetes de todas as modalidades de imprensa. E atrás dessa revolução operada em torno da divulgação dos atos judiciais, está, sem dúvida, a técnica generalizada do emprego das liminares no moderno direito processual, profundamente preocupado com o anseio geral de obter maior efetividade na tutela jurisdicional em prol dos direitos subjetivos lesados ou ameaçados.

Na linguagem da imprensa e do comum do povo, **liminar** é qualquer providência enérgica, de caráter executivo imediato, tomada pelo juiz antes do provimento jurisdicional definitivo, que muitas vezes chega mesmo a torná-lo desnecessário, pela grande repercussão da medida emergencial exercida sobre os ânimos dos litigantes, desencorajando a parte sucumbente a persistir na pretensão atingida pela sumária repressão judicial.

Mesmo entre os juristas a novel valorização das medidas de urgência, no terreno da prestação jurisdicional, não logrou ainda o plano das conceituações e sistematizações definitivas e acabadas. Grandes são as controvérsias que a todo instante se manifestam tanto acerca da importância e conveniência da atual política processual, como a respeito do conceito e natureza das diferentes medidas utilizadas na busca da agilização dos procedimentos da justiça de nosso tempo.

Cabe ao cientista do direito, portanto, a tarefa, urgente e relevante, de justificar o novo perfil da prestação jurisdicional e de compatibilizá-lo com os princípios da grande conquista da humanidade que se rotulou como a garantia do **devido processo legal**. E, a esse propósito, evidente é a necessidade de empenhar-se no uso de terminologia própria e adequada para bem definir os fenômenos que se passam no exercício da tutela jurisdicional de emergência, conceituando e classificando-os de maneira racional, técnica e útil.

Pensamos que, para perseguir esse desiderato, a seqüência lógica do trabalho deve principiar pela análise geral da que seja a **tutela de urgência** (tema que se insere na idéia de sumarização do processo e de tutelas jurisdicionais diferenciadas), para depois identificar e classificar as providências de que se vale o processo contemporâneo para implementar esse novo padrão de tutela proporcionada em juízo. Só assim será possível superar as inconvenientes confusões que ainda se verifiquem, por exemplo, entre celeridade processual e sumariedade do processo, entre medida liminar e medida cautelar, entre medida cautelar e medida de antecipação de tutela etc.

2. TUTELA JURISDICIONAL E PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Urge não confundir **tutela** com **prestação** jurisdicional; uma vez que se tem como abstrato o **direito de ação**, a garantia de acesso do litigante à justiça lhe assegura um provimento jurisdicional, capaz de proporcionar a definitiva solução para o litígio, mesmo quando o autor não detenha de fato o direito que afirma violado ou ameaçado pelo réu. Na satisfação do direito à composição do litígio (definição ou atuação da vontade concreta da lei diante do conflito instalado entre as partes) consiste a prestação jurisdicional. Mas, além dessa pacificação do litígio, a defesa do direito subjetivo ameaçado ou a reparação da lesão já consumada sobre o direito da parte também incumbe à função jurisdicional realizar, porque a justiça privada não é mais tolerada (salvo excepcionalíssimas exceções) pelo sistema de direito objetivo moderno. Assim, quando o provimento judicial

reconhece e resguarda *in concreto* o direito subjetivo da parte, vai além da simples prestação jurisdicional e, pois, realiza a **tutela jurisdicional**. Todo litigante que ingressa em juízo, observando os pressupostos processuais e as condições da ação, tem direito à **prestação jurisdicional** (sentença de mérito ou prática de certo ato executivo); mas nem todo litigante faz jus à **tutela jurisdicional**.

Daí se deduz que, sendo o caso de violação ou ameaça a um concreto direito subjetivo, o processo é o remédio (ou mecanismo) que a ordem jurídica concebeu para sua defesa. Irrecusável, portanto, o vínculo de instrumentalidade entre o direito processual (que estabelece as regras da atuação do titular do direito subjetivo em juízo) e o direito material (que define as regras para a aquisição dos direitos subjetivos sobre os bens da vida).

Embora haja autonomia científica entre o direito processual e o direito material, o certo é que a existência do primeiro só se justifica pela necessidade de solucionar problemas surgidos em relação a observância dos preceitos do segundo. Isto, porém, não faz com que o direito material seja mais importante que o direito processual, porque, nas situações de crise, em que suas regras podem ser impostas coercitivamente, o império do direito material não se estabelecerá senão com o imprescindível concurso do direito processual. Registra-se, destarte, uma simbiose entre os ramos do ordenamento jurídico, gerando uma dependência recíproca entre eles¹.

Em outros termos: o direito, como um todo, existe para programar a paz social e, para tanto, o direito material, traça as regras primárias de convivência entre as pessoas. Quando, porém, o programa não é voluntariamente observado, é pelas regras do processo que a paz social almejada pelo direito material se pode concretizar, já que, por si só, seu regramento não tem como se efetivar nas sociedades civilizadas de nosso tempo. O que se extrai do direito material são preceitos ou ordens (conteúdo de suas regras de conduta). Mas a existência de tais preceitos pressupõe meio de torná-las realidade concreta, pelo que o processo se torna pressuposto da própria ordem material, já que um comando sem possibilidade de transformar-se em realidade é um nada. “Em outras palavras, ordenar e pôr em ordem são termos que se implicam reciprocamente”².

¹ Nesse sentido, pode-se afirmar que “*il diritto sostanziale non potrebbe cristere senza il diritto processuale. Pur nella loro diversità vi è una stretta interdipendenza - cioè dispendenza reciproca - tra diritto sostanziale e diritto processuale*” (ANDREA PROTO PISANI, **Appunti sulla giustizia cvvile**, Bari, Caccuri Editore, 1982, p. 10)

É intuitiva, então, a importância do direito processual para o funcionamento do sistema planejado pelo direito material, devendo-se concluir que “da efetividade do processo depende a atuação das regras substanciais”³.

3. ADEQUAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL AO DIREITO MATERIAL

Porque se proíbe a justiça pelas próprias mãos do titular do direito lesado ou ameaçado e se força o uso do processo para a respectiva tutela, deve a jurisdição proporcionar-lhe, quando tenha razão, meios substitutivos da autotutela adequados para que possa “*ottenere per quanto possibile praticamente tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire a livello di diritto sostanziale*”⁴.

O processo, nessa ordem de idéia, deve amoldar-se aos desígnios do direito material, de sorte a não simplesmente assegurar a composição do litígio e a reparação do dano que o titular do direito lesado suportou, mas a proporcionar a melhor e mais rápida e objetiva concretização do direito da parte que tem razão. O processo tem de estar voltado para a **efetividade**, evitando, quanto possível, o dano ou o agravamento do dano ao direito subjetivo.

A insatisfação do direito material da parte é um dano imediato que o adversário já lhe impôs. Ao processo corresponde a tarefa de repará-lo. No entanto, não pode, de ordinário, fazê-lo senão após a tramitação mais ou menos longa dos atos que compõem o procedimento judicial. O simples fato de o direito subjetivo permanecer insatisfeito durante o tempo reclamado pelo desenvolvimento do processo já configura um novo dano, quase sempre inevitável, mas que a prestação jurisdicional procura compensar com expedientes como o dos juros moratórios, a correção monetária e outras cominações acessórias. Além desse prejuízo natural, outros eventos indesejáveis podem ocorrer, agravando a situação do litigante e pondo em risco a efetividade da tutela jurisdicional.

Fala-se, a propósito dessa eventualidade periculosa, em **dano marginal**, como sendo aquele que sobrevém ao do descumprimento do dever

² JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, *Da Ação Civil*, São paulo, Ed. RT, 1975, p. 89

³ JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada; Tutelas sumárias e de urgência*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 10

⁴ PROTO PISANI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Napoli, Jovene Editore, 1994, p. 645.

jurídico pela parte faltosa e é causado ou agravado pela duração do processo. Cabe ao legislador moderno preocupar-se com a adoção de medidas especiais que possam compensar os inconvenientes da inafastável demora na obtenção da tutela jurisdicional⁵.

Múltiplos são os expedientes de que o direito processual se vale na luta em prol da efetividade do processo e na coibição dos efeitos do tempo sobre os resultados do processo, como a criação de títulos executivos extrajudiciais e a redução dos procedimentos (ritos sumários, ações monitórias, julgamento antecipado da lide etc.). Com todos esses caminhos especiais se intenta proporcionar as chamadas **tutelas diferenciadas**, que, além da sumarização dos procedimentos comuns, conduzem também àquilo que configura as modernas **tutelas de urgência**, de que o direito processual atual não pode prescindir para realizar o anseio de **efetividade**.

Nosso ordenamento jurídico insere nesse capítulo das tutelas diferenciadas as **medidas cautelares** e as **medidas de antecipação de tutela de mérito**.

Todas essas medidas formam o gênero “tutela de urgência”, porque representam providências tomadas antes do desfecho natural e definitivo do processo, para afastar situações graves de risco do dano à efetividade do processo, prejuízos que decorrem da sua inevitável demora e que ameaçam consumir-se antes da prestação jurisdicional definitiva. Contra esse tipo de risco de dano, é inoperante o procedimento comum, visto que tem, antes do provimento de mérito, de cumprir o contraditório e propiciar a ampla defesa⁶.

O que, no sistema de nosso Código de Processo Civil, distingue as espécies “tutela cautelar” e “tutela antecipada”, é o terreno sobre o qual a medida irá operar. As medidas cautelares são puramente processuais. Preservam a utilidade e eficiência do provimento final do processo, sem, entretanto,

⁵ PROTO PISANI, “I Procedimenti Cautelari”, **Enciclopedia Giuridica**, v. XXIV, Roma, 1991, p. 2; **Lezioni**, cit., p. 647l; BEDAQUE, **Tutela Cautelar**, cit., p. 19

⁶ Para ARAKEN DE ASSIS, os efeitos da tutela de urgência, que é provisória, temporária e reversível, atuam “para garantir a utilidade da prestação jurisdicional e dos direitos sob ameaça”, podendo ir além da “simples garantia” e chegar, desde logo, a entrega do bem da vida a alguém. “A função de urgência se origina da necessidade de regular a situação de fato, que é uma antes do processo, e será outra depois dele” (“Fungibilidade das Medidas inominadas cautelares e satisfativas”, **Revista de Processo**, 100/39).

antecipar resultados de ordem do direito material para a parte promovente. Já a tutela antecipatória proporciona à parte medida provisoriamente satisfativa do próprio direito material cuja tutela constitui objeto da tutela definitiva a ser provavelmente alcançada no provimento jurisdicional de mérito.

4. LIMINARES E TUTELA DE URGÊNCIA

Costuma-se confundir liminar com medida de urgência e, às vezes, chega-se a afirmar que a liminar, quase sempre, não é mais do que uma medida cautelar⁷. Assim, a primeira tarefa a cumprir, no exame das tutelas diferenciadas, é a de precisar a noção jurídica de **liminar** para depois cuidar do tema das medidas que compõem a tutela de urgência, ou seja, as medidas cautelares e as medidas de antecipação de tutela.

Liminar, lexicamente, é um adjetivo que atribui a algum substantivo a qualidade de **inicial, preambular**, vale dizer “é tudo aquilo que se situa no início, na porta, no limiar”⁸.

Na linguagem jurídica usa-se a expressão “liminar” para identificar qualquer medida ou provimento tomado pelo juiz na abertura do processo - *in limine litis* -, vale dizer: liminar é o provimento judicial emitido “no momento mesmo em que o processo se instaura”⁹; em regra, se dá antes da citação do réu, embora o Código considere, ainda como liminar a decisão de medida a ser tomada depois de justificação para que foi citado o réu, mas antes ainda de abertura do prazo para resposta à demanda (CPC, arts. 930 e 928, e respectivos parágrafos).

A rigor, portanto, liminar qualifica qualquer medida judicial tomada antes do debate em contraditório do tema que constitui o objeto do processo, e nessa categoria entrariam os diversos provimentos, inclusive os de saneamento do processo, como os tendentes a suprir defeitos da petição inicial

⁷ REIS FRIEDE, **Medidas Liminares**, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1997, p. 14/25. A liminar, para certa doutrina, é vista “como forma efetiva de revestimento instrumental de **providências cautelares em ações de conhecimento** reputadas especiais (tais como *habeas corpus*, mandado de segurança, ação popular, ação civil pública etc.), cujo objeto, próprio e particular... acabou por influenciar o legislador no sentido de procurar prover - de uma maneira mais segura - a plena efetividade (inteireza) do pronunciamento jurisdicional final de caráter cognitivo” (REIS FRIEDE, *ob. cit.*, p. 3).

⁸ ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, “Breves Notas sobre Provimentos Antecipatórios, Cautelares e Liminares”, **Revista Ajuris**, 66/13

⁹ FABRÍCIO, *ob. cit.*, loc. cit.

ou a propiciar-lhe emendas, antes da contestação do réu, e outras como a concessão de prazo ao advogado do autor para que exhiba posteriormente, e em prazo certo, o mandato *ad judicium* que, pela urgência do aforamento da causa, não pôde ser previamente obtido. Até mesmo o indeferimento da petição inicial, quando totalmente inviável o ajuizamento da demanda, pode-se ter como medida de caráter unilateral e liminar¹⁰.

O conteúdo do ato decisório, como se vê, não tem influência alguma sobre a identificação da liminar como categoria processual. Essa identificação liga-se apenas e tão-somente ao momento em que o provimento é decretado pelo juiz. Para ter-se como configurada uma liminar, nada importa que a manifestação judicial expresse um juízo cognitivo, executório, cautelar ou até mesmo administrativo, ou de antecipação da apreciação do *meritum causae*. O critério a observar, para esse fim, portanto é o temporal ou de lugar no tempo, dentro da seqüência dos atos que compõe a cadeia processual¹¹.

Incorreta, portanto, a tentativa de confundir sempre a natureza das liminares com a das medidas cautelares.

5. TUTELA CAUTELAR E LIMINAR

Como o tempo de duração do processo pode comprometer a eficácia e utilidade do provimento judicial esperado na composição definitiva do litígio, a história do direito processual vem registrando, de longa data, a configuração de medidas provisórias, distintas das de satisfação do direito material da parte, mas que asseguram o seu útil exercício, caso a solução final da demanda lhe seja favorável.

Assim, ao lado da tutela de conhecimento e da executiva, ambas de caráter satisfativo, concebeu-se a função acessória, complementar, da tutela cautelar, com o propósito claro de afastar os incômodos da demora inevitável entre a dedução da demanda em juízo e a resposta definitiva da jurisdição.

De início, delimitou-se bem o terreno da tutela cautelar, que não poderia ultrapassar o campo das providências conservativas, já que as medidas de satisfação do direito da parte somente seriam alcançáveis após a exaustão do contraditório.

¹⁰ BEDAQUE, ob. cit., p. 278; FABRICIO, ob. cit., p. 13

¹¹ FABRICIO, idem

No entanto, como havia casos em que não era possível evitar-se o *periculum in mora* senão antecipando-se o exercício, no todo ou em parte, do próprio direito subjetivo material, a tutela de emergência foi sendo ampliada por dois caminhos distintos: a) o da **antecipação de tutela**, por expediente como o das liminares freqüentemente introduzidos pela lei em procedimentos especiais (mandado de segurança, ação popular, ação de inconstitucionalidade, ação de nunciação da obra nova, ações locatícias etc); b) e pela dilatação do poder geral de cautela, tendente a admitir seu uso não só para fins conservativos, mas também para, excepcionalmente, cumprir a provisória satisfação de pretensões de mérito¹².

Nesse sentido, a última corrente acabaria por inserir toda a tutela de emergência dentro do universo cautelar, de sorte que tudo o que se baseasse na defesa do *fumus boni iuris* (apreciação superficial sobre a plausibilidade ou verossimilhança do direito da parte) e na necessidade de evitar o *periculum in mora* (risco de dano durante o processo), seria absorvido pelas medidas de natureza cautelar. Não haveria razão, em tal conjuntura, para um tratamento jurídico diferenciado para as antecipações de tutela e as medidas de cunho conservativo.

Na Europa, esse tem sido o rumo predominante de forma bem marcante no direito francês e no direito italiano, onde o poder geral de cautela passou, naturalmente, por via de interpretação doutrinária e pretoriana, a abranger as providências de urgência de natureza satisfativa.

Entre nós, embora vozes abalizadas tenham se erguido em prol da admissão das medidas cautelares satisfativas, a opinião que sempre prevaleceu, principalmente na jurisprudência, foi no sentido de que o poder geral de cautela não comportaria tal ampliação, devendo restringir-se às providências meramente conservativas. Antecipação de tutela satisfativa somente haveria nos casos em que a lei expressamente previsse, em procedimentos especiais, a concessão de liminar.

Adveio, porém, em 1994, a reforma do Código de Processo Civil e, fora do processo cautelar, e dentro do processo de conhecimento, instituiu-se

¹² CARREIRA ALVIM, por exemplo, entendia que se o “processo cautelar” dentro do texto do Código de Processo Civil, “alberga tantas tutelas de índole tão diversificadas”, dentre as quais várias medidas específicas “reconhecidamente satisfativas, como os alimentos provisionais, a busca e apreensão, as previstas no art. 888 do CPC”, não haveria razão para se recusar o uso do poder geral de cautela também em caráter satisfativo, quando necessária “uma tutela de urgência, no âmbito de uma tutela jurisdicional diferenciada” (**O direito na doutrina**, Curitiba, Juruá, 1998, p. 27).

a possibilidade emergencial genérica da antecipação de tutela, sujeitando-a, outrossim, a requisitos mais rigorosos do que os exigidos para as medidas cautelares (atual redação dada aos arts. 273 e 461 do CPC, pela Lei nº 8.952, de 13.12.94). Essa nova e ampla possibilidade de antecipar medidas satisfativas não se confunde, necessariamente, com as antigas e conhecidas liminares, pois agora a providência urgente pode acontecer em qualquer momento ou fase do processo, enquanto não solucionado definitivamente o processo de conhecimento, e não apenas na abertura da relação processual.

Outrossim, diante da duplicidade de regime normativo instituído oficialmente por nosso ordenamento jurídico, em matéria de tutela de urgência, não se me afigura correto insistir em identificar todas as medidas liminares de antecipação de tutela, previstas no Código ou em leis extravagantes, com as medidas próprias do processo cautelar.

É certo que todas elas pertencem ao gênero comum da **tutela de urgência**. Sendo, no entanto, diversos os requisitos de seu deferimento e diverso o terreno sobre que atua cada tipo dessas medidas, não me parece conveniente que sua análise doutrinária e científica seja feita em comum, como se se tratasse de providências de uma única natureza.

Descarto, pois, o tratamento indiscriminado das liminares, no direito processual brasileiro, como medidas cautelares. Muitas delas não se baseiam sequer no *periculum in mora*, mas na conveniência da tutela do direito evidente, como é o caso dos interditos possessórios e das ações locatícias, a propósito das revisionais e renovatórias, onde se cuida de assegurar efeitos econômicos imediatos, sem o pressuposto do *periculum in mora*. Em outras, não basta a aparência do bom direito, mas se exige logo, a verossimilhança do direito da parte, formada através de prova inequívoca geradora de convicção sobre direito líquido certo *prima facie* (antecipações do art. 273 do CPC, para as ações em geral do processo de conhecimento, e da Lei nº 1.533/51, para as ações de mandado de segurança).

Ora, se múltiplos são os motivos que levam a lei a quebrar o ritmo normal do processo de conhecimento, para autorizar as liminares, e se nem mesmo o *periculum in mora* é traço comum a todas elas, é totalmente inadequado pretender inseri-las todas e sempre no campo da cautelaridade. O que, enfim, permite encarar a **liminar** como uma categoria jurídico-processual é tão-somente o seu específico aspecto temporal, ou seja, a excepcional possibilidade de providências no início do processo, antes pois de realizar e completar o contraditório. Nada mais do que isto.

6. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E MEDIDAS LIMINARES

Para ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, em princípio, as liminares antecipam algum tipo de tutela, que tanto pode atuar no plano de mérito, como no cautelar; mas nem toda antecipação de tutela se dá em regime de liminar¹³.

No combate do perigo de dano grave e iminente, o processo cautelar corresponde a terreno onde mais se ensejam e justificam as medidas liminares, pois a urgência natural dessa repressão recomenda quase sempre sua adoção em via de liminar. Mas a liminar aqui não é satisfativa em relação ao direito material litigioso; é providência que antecipa à sentença cautelar apenas a medida conservativa. Explica o já referido processualista gaúcho:

“É possível que essa realidade” (a freqüente necessidade de antecipar a cautela) “tenha contribuído para a tendência errônea a supor-se que toda liminar é cautelar, quando em realidade essas duas classificações correspondem a diferentes critérios classificatórios. Trata-se de uma antecipação de tutela (cautelar) que coincide ser, outrossim, dispensada em caráter liminar”¹⁴.

Por outro lado, a providência conservativa, própria da tutela cautelar, tanto pode ser tomada *initio litis* como ao final, isto é, depois da sentença que julga a ação cautelar. Pode ainda ser deliberada, executada e modificada a qualquer tempo, durante a marcha do processo. A eficácia da medida será a mesma, quer o evento se dê em caráter antecipatório (liminar ou incidental), quer ocorra após a sentença. O momento, portanto, não influi sobre a natureza e os efeitos da medida com que se cumpre a tutela cautelar¹⁵.

Não é diferente o que se passa no processo de conhecimento, quando se realiza a antecipação de tutela. O provimento se destina a assegurar ao demandante o efeito jurídico, no todo ou em parte, que se espera seja consequência do acolhimento do pedido na sentença final de mérito. Presentes os requisitos legais, o juiz lhe tutela, provisoriamente, o mesmo direito material

¹³ Ob. cit., p. 15

¹⁴ Ob. cit., p. 15

¹⁵ FABRÍCIO, ob. cit., p. 15

que será objeto do provimento definitivo. E isto, tanto pode acontecer em forma de liminar (isto é, na abertura do processo) como em qualquer outro momento antes de encerrado o processo de conhecimento (ou seja, como incidente do processo ainda em tramitação).

De qualquer maneira, haverá tutela antecipada, porque o juiz deliberará sobre o exercício provisório do direito material ainda não acertado em caráter definitivo pela sentença de mérito. O litigante, todavia, gozará antecipadamente da mesma tutela que lhe haverá de proporcionar o julgamento final da demanda. Só lhe faltará a definitividade. Não é a substância do provimento que distingue a medida antecipada da definitiva; é apenas o traço da provisoriedade e do adiantamento temporal em relação ao momento ordinário da prestação jurisdicional. Mais uma vez - conclui FABRICIO - pode-se dizer que “a questão é apenas de momento processual”¹⁶.

7. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E MEDIDAS CAUTELARES

Embora escrevendo antes da regulamentação da antecipação de tutela em caráter geral no processo civil brasileiro, já observava, com propriedade, OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA, serem absolutamente inconfundíveis as medidas **cautelares** (que representam, simplesmente, medidas de **segurança para a execução**) e as **medidas antecipatórias** (medidas de **execução para segurança**). Cautelares propriamente só são as que criam condições para garantir a futura execução. As que antecipam a execução, para satisfazer direito substancial da parte, “de cautelares apenas têm o nome e a forma procedimental”¹⁷.

Com a reforma de 1994, o legislador pátrio eliminou a controvérsia sobre ser ou não legítimo o uso do poder cautelar atípico para antecipar a tutela de mérito. A partir de então, restou consagrada a possibilidade de serem antecipadas, em qualquer processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva, desde, é claro, que se atendam os requisitos indispensáveis enunciados pelo atual art. 273 do CPC. O regime processual, todavia, não será o das ações ou medidas cautelares; criou-se procedimento especial, integrado ao próprio processo de conhecimento.

É evidente, dessa maneira, que das antecipações antes autorizadas apenas sob a forma de liminares em algumas ações especiais, passou-se ao

¹⁶ Ob. cit., p. 16

¹⁷ OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso de Processo Civil*, Porto Alegre, Fabris, 1993, v. III, p. 17

regime do cabimento das **medidas provisórias satisfativas** em qualquer ação de conhecimento. “No entanto” - adverte TEORI ALBINO ZAVASCKI - “sua concessão está sujeita a regime próprio, inconfundível e em alguns aspectos mais rigoroso que o das medidas cautelares, a saber: a) a antecipação da tutela se dá, invariavelmente, na própria ação de conhecimento, mediante decisão interlocutória, enquanto as medidas cautelares continuam sujeitas à ação própria, disciplinada no Livro do processo Cautelar; b) a antecipação da tutela está sujeita a pressupostos e requisitos próprios, estabelecidos pelo art. 273 do CPC, substancialmente diferentes dos previstos no art. 798 do CPC, aplicável apenas às medidas genuinamente cautelares”¹⁸.

Prossegue ZAVASCKI:

*“O que se operou, inquestionavelmente, foi a **purificação** do processo cautelar, que assim readquiriu sua finalidade clássica: a de instrumento para obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito, sem satisfazê-lo. Todas as demais medidas assecurativas, que constituam satisfação antecipada de efeitos da tutela de mérito, já não caberão em ação cautelar, podendo ser, ou melhor, **devendo ser reclamadas na própria ação de conhecimento... Postulá-las em ação cautelar, onde os requisitos para a concessão da tutela são menos rigorosos, significará fraudar o art. 273 do CPC, que, para satisfazer antecipadamente, supõe cognição em nível mais aprofundado, pois exige verossimilhança construída sobre **prova inequívoca.**”***¹⁹

Bem se vê, como conclui acertadamente ZAVASCKI, que “a inovação introduzida no sistema não eliminou o significado da distinção entre medidas cautelares e medidas antecipatórias. Pelo contrário: o tema ganhou absoluta atualidade”²⁰.

De fato, não se pode aceitar a orientação dos que preconizam a inserção numa só figura e num só regime de tutela urgente, tanto das medidas cautelares como das antecipatórias. Dar-se-ia a pretensa unificação porque

¹⁸ TEORI ALBINO ZAVASCKI, “Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: Técnicas diferentes, Função Constitucional semelhante”, **Revista de Processo**, 82/56

¹⁹ TEORI ALBINO ZAVASCKI, ob. cit., loc. cit.

²⁰ Ob. cit., loc. cit.

todas elas se fundam no perigo de dano e no *fumens boni iuris*²¹. Se, porém, o regime legal é diverso, tanto no procedimento como nos requisitos de obtenção das providências emergenciais de um e outro grupo de medidas, não me parece razoável negar-se a diferenciação técnica e prática entre as duas espécies de tutela de urgência.

Não há como evitar a diversidade gritante que se nota entre os diversos efeitos da medida cautelar e da medida antecipatória: a primeira não vai além do preparo de execução útil de futuro provimento jurisdicional de mérito, enquanto a última já proporciona a provisória atribuição do bem da vida à parte, permitindo-lhe desfrutá-lo juridicamente, tal como se a lide já tivesse sido solucionada em seu favor.

É assim que a cautela não é satisfativa e antecipação o é²².

A distinção entre as duas tutelas, a meu juízo, só contribui para a eficiência e utilidade dos importantes expedientes de prevenção contra o risco de ineficácia prática do processo. A um só tempo, valoriza-se o cabimento e o acesso à medida correspondente à hipótese discutida em juízo e evita-se o uso abusivo de providências excepcionais fora da previsão para que foram especificamente concebidas.

Em suma: não basta que a medida processual apresente alguma força de prevenção para ser qualificada como cautelar. Se este traço fosse suficiente, todas as medidas preparatórias do provimento final do processo de execução como a penhora (na execução por quantia certa) e a busca e apreensão (na execução de obrigações de dar) não passariam de medidas cautelares. No entanto, como atos normais da execução forçada, sua natureza é a de ato executivo e não de ato meramente cautelar. A natureza do processo e dos atos processuais deve ser procurada pelo seu objetivo final e não pelo caminho percorrido para atingi-lo. A penhora não é medida cautelar, porque, embora possa impedir o desvio jurídico do

²¹ Na verdade, nem todas liminares se apoiam no *periculum in mora*, pois há aquelas que se destinam à **tutela da evidência**, como é comum nas reintegrações de posse.

²² A profunda diferença entre medida cautelar e medida antecipatória, ARAKEN DE ASSIS evidencia com o cotejo entre os atos do juiz no **seqüestro** e na **reintegração de posse**, quando examinados em face do interdito possessório: “em qualquer caso, o juiz atuará a função litisreguladora, mas de modo bem diverso: seqüestrando, a nenhum dos litigantes satisfaz, no mundo dos fatos; reintegrando, satisfaz o autor, conquanto temporariamente, porque poderá restituir a coisa ao réu, no curso do processo ou através da sentença. Enquanto o autor se mantiver reintegrado na posse da coisa litigiosa, desfrutando-a livremente, vai satisfazendo seu direito. Nada tem a ver com a essência de pronunciamentos tão discrepantes o elemento antecipatório, provocado pela urgência” (Ob. cit., p. 44/45).

bem constricto, e assim exerce de alguma forma a prevenção, sua função básica é a de iniciar a operação da expropriação executiva (ato principal da execução forçada).

Assim, também, a medida que antecipa, no processo de conhecimento, efeitos da solução de mérito, não é, em nosso sistema, medida cautelar, porque vai além da simples prevenção da utilidade do provimento final do processo e já se transforma, antecipadamente, num meio de reconhecer, de modo provisório, o direito material da parte e de propiciar-lhe o respectivo exercício. Enquanto, pois, a medida cautelar se limita a garantir uma futura e eventual execução, a medida antecipatória, desde logo, cria condições de provisoriamente executar o direito subjetivo ainda não acertado em definitivo. Realiza, por antecipação o que, de regra, se obteria pelo provimento final de mérito.

8. JUSTIFICATIVA DA TUTELA DE URGÊNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL

Nosso Estado Democrático de Direito assegura a todos o **devido processo legal** como direito fundamental (CF, art. 5º, LIV), ao qual se integra a garantia do contraditório e ampla defesa (CF., art. 5º, LV).

Nesse esquema fundamental, parece evidente que a justiça imediata se torna impossível, visto que a composição dos conflitos em juízo, seguido o método do *due process of law*, terá de cumprir o *iter* obrigatório do diálogo e da instrução ampla, o que, obviamente, reclama o consumo de um razoável espaço de tempo, entre a dedução da demanda em juízo e a resposta jurisdicional.

Como a autotutela, por princípio, é vedada, tornando obrigatório o recurso à Justiça estatal para solucionar os litígios, a parte que se sente lesada ou ameaçada em seu direito corre o risco de ter de sujeitar-se à conservação do *status quo* enquanto o provimento judicial não lhe propiciar a competente tutela. O mecanismo do devido processo legal conduz a uma situação estática, tanto que se considera ato ilícito o **atentado** que qualquer das partes venha a praticar mediante inovação no quadro da lide na pendência do processo judicial (CPC, art. 879).

Mas, a garantia do devido processo legal não é a única que a ordem constitucional previu para a situação daqueles que tenham de sujeitar-se à tutela jurisdicional para resguardo e satisfação de seus direitos lesados ou ameaçados. Antes mesmo de cuidar da forma de atuar em juízo, a Carta Magna estatui a garantia de acesso pleno e irrestrito de todos ao Poder Ju-

diciário, de modo que nenhuma lesão ou ameaça a direito seja subtraída à apreciação e solução da Justiça oficial (CF., art. 5º, XXXV).

Para que essa garantia básica se cumpra é reconhecido por todos que a prestação jurisdicional haverá de revestir-se de **efetividade**, ou seja, o provimento judicial terá de proporcionar ao titular do direito lesado ou ameaçado um resultado prático equivalente, quando possível, àquele que se obteria pelo cumprimento voluntário e oportuno da prestação assegurada pelo direito material.

Como a duração temporal do devido processo legal pode, pela estática da situação litigiosa enquanto se aguarda a tutela estatal, redundar em danos graves para a relação jurídica material discutida entre os litigantes, impõe-se concluir que é possível, e freqüente, o conflito entre as duas garantias fundamentais, a do devido processo legal e a do acesso efetivo à Justiça.

Pela teoria da proporcionalidade tem-se de encontrar uma forma capaz de contornar o conflito e permitir a coexistência harmônica entre as garantias momentaneamente antagônicas.

É nesse quando principiológico conflituoso que se impõe a tutela jurisdicional de urgência, como remédio provisório e necessário. Assim, no hiato inevitável interposto entre o ajuizamento da causa e o provimento final de mérito, os problemas que põem em risco a efetividade do processo, devem ser equacionados pelo juiz, afastando-se de imediato tudo aquilo que possa tornar inútil ou insatisfatória a prestação definitiva que se espera alcançar ao fim do processo. A essa atividade judicial complementar dá-se o nome de “regulação provisória” ou “litisregulação”, ou, ainda, “tutela de urgência”²³.

A litisregulação, nessa ordem de idéias, compreende atividade judicial distinta da que o devido processo legal irá atingir, na solução do litígio, mas é também atividade jurisdicional, porque tende a sanar ou prevenir lesões ou ameaças a direito que não podem ser subtraídas ao Poder Judiciário, segundo a garantia de efetividade da tutela jurisdicional.

Com as medidas cautelares e com as antecipações de tutela, o juiz pode assegurar a efetividade do provimento definitivo, sem que isto anule

²³ “No fundo, o veto à autotutela, acrescido da obrigatória intervenção da autoridade judiciária para resolver a lide produz efeito colateral relavantíssimo: a necessidade de regular a passagem da lide à satisfação, por ato judicial, do direito litigioso. Esse fenômeno recebeu o epíteto de litisregulação, auspicioso achado de TESHEINER” (ARAKEN DE ASSIS, “Fungibilidade das medidas cautelares e satisfativas”, *Revista de Processo*, 100/41).

o contraditório ou ampla defesa. O que se faz é apenas uma protelação do momento do contraditório. As medidas de urgência, para conjurar a situação de perigo, são sempre provisórias e reversíveis e devem durar apenas até o provimento final de mérito. Logo após a medida de urgência, o contraditório se estabelece e pode, afinal, redundar em manutenção, reforma ou cassação daquilo que emergencialmente se estabeleceu.

O importante é ressaltar sempre que as tutelas de urgência - cautelares e antecipações de tutela, em liminar ou não - compreendem sempre medidas excepcionais e não regra geral a ser livremente aplicada segundo arbítrio da parte ou do juiz. Todas elas estão sujeitas a pressupostos que a lei dita como condições indispensáveis a seu manejo²⁴. Só com sua configuração é que se tolera a quebra momentânea do devido processo legal e da natural precedência do contraditório à solução dos conflitos em juízo. Providências da espécie tomadas sem o respaldo dos pressupostos legais configuram pura arbitrariedade e verdadeiro abuso de autoridade em intolerável infração à garantia fundamental do devido processo legal.

9. TUTELA DE URGÊNCIA E CONTRADITÓRIO: LIMINAR “INAUDITA ALTERA PARTE”

O fato de a lei autorizar a tutela de urgência, até mesmo por meio de providências liminares, não quer dizer que o juiz esteja autorizado a sempre deferi-las sem audiência da parte contrária.

Na regra permissiva da tutela antecipada (CPC, art. 273) não há autorização para que as medidas nela compreendidas sejam sempre tratadas unilateralmente. Na própria tutela cautelar, a lei que admite seu deferimento *initio litis*, o faz com dispensa da ouvida do réu somente quando o juiz “verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz” (CPC, art. 804).

Isto quer dizer que as medidas de tutela de urgência não dependem de discussão e instrução exaurientes mas, por outro lado, não devem eliminar por completo o contraditório. Sempre que possível, então, o réu deverá ter oportunidade de pronunciar-se antes de o juiz decidir pelo cabimento ou não da medida emergencial, seja cautelar, seja antecipatória.

²⁴ Os pressupostos legais da tutela de urgência representam justamente o reconhecimento da ordem jurídica que, em sua presença, configura-se o quadro que obriga a fazer atuar, com preferência, a garantia do pleno e efetivo acesso à Justiça, sobre a do contraditório (CF., art. 5º, XXXV).

Se o grau de urgência não é suficiente para impedir a prévia audiência do réu²⁵, terá o juiz, em princípio, que realizar o mínimo de contraditório recomendável pelas circunstâncias. Somente deliberará após dar oportunidade de manifestação ao demandado.

Como princípio geral norteador do comportamento judicial *in casu*, há de prevalecer a exigência de audiência prévia do réu, ou seja, “não se defere liminarmente cautela, sem audiência da parte requerida, salvo na hipótese do art. 804”²⁶, isto é, só se deixa de ouvir o réu, quando estiver configurada a possibilidade de o prejuízo do requerente se consumir de imediato, frustrando, no todo ou em parte, os objetivos da prevenção cabível²⁷.

Há, destarte, que se ter como excepcional e não como regra geral a concessão de liminares em medida cautelar e antecipatórias *inaudita altera parte*²⁸.

10. INEXISTÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE NO DESEMPENHO DA TUTELA DE URGÊNCIA

Por outro lado, manifesta-se totalmente incongruente e incompatível com as garantias constitucionais do processo a assertiva, que às vezes se vê na jurisprudência e em alguns autores, de que ao juiz cabe o poder **discricionário** de deferir ou não as medidas liminares, cautelares ou antecipatórias, de sorte que sequer se poderia recorrer do ato que, por exemplo, denegasse

²⁵ São medidas liminares que, por exemplo, não comportam a prévia ouvida do réu e, por isso, admitem deferimento *inaudita altera parte*: a sustação de protesto, cuja lavratura deverá ocorrer, sempre, em breve espaço de tempo; a sustação de realização de hasta pública ou a suspensão de ato executivo, quando as diligências já se encontram na iminência de consumir-se; o arresto ou seqüestro de bens móveis, prestes a serem consumidos ou desviados; a garantia do direito de voto em assembléia, já designada para data muito próxima; a venda de bens de rápido perecimento etc.

²⁶ TFR 1ª Seção, MS 137.538/SP, Rel. Min. Dias Trindade, ac. 15.02.89, DJU 03.04.89, p. 4.449.

²⁷ TJSP, Ag. 230.825-1, Rel. Des. Vasconcellos Pereira, ac. 16.08.94, JTJ 166/199; STJ, 1ªT., Rec. em MS 335-0/CE, Rel. Min. César Asfor Rocha, ac. 03.05.93, RSTJ 47/517.

²⁸ “Ainda que possível, em casos excepcionais, o deferimento liminar da tutela antecipada, não se dispensa o preenchimento dos requisitos legais, assim a ‘prova inequívoca’, a ‘verossimilhança da alegação’, o ‘fundado receio de dano irreparável’, o ‘abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório’, ademais da verificação da existência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, tudo em despacho fundamentado, de modo claro e preciso. O despacho que defere liminarmente a antecipação de tutela com apoio, apenas na demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* malfere a disciplina do art. 273 do CPC, à medida que deixa de lado os rigorosos requisitos impostos pelo legislador para a salutar inovação trazida pela Lei 8.952/94” (STJ, 3ªT., REsp. 131.853/SC, Rel. Min. Menezes Direito, ac. 05.12.97, DJU 08.02.99, p. 276).

a liminar em mandado de segurança²⁹. Como imaginar que as medidas de **litisregulação** ou de **tutela de urgência**, cuja força atua basicamente por meio das liminares, representariam “mera faculdade atribuída ao julgador”, a quem exclusivamente caberia avaliar “sua necessidade”³⁰, se a ordem jurídica as concebe justamente para dar vida prática a uma garantia fundamental consagrada pela Carta Magna?

O fato de serem vagos ou imprecisos os termos da enunciação legal dos requisitos da tutela de urgência, não submete seu deferimento ao mero arbítrio do juiz, nem pode tornar irrecorrível sua decisão. A conveniência de uma liminar é decorrência de opção da lei e não do juiz, pelo que se deve concluir, em matéria de jurisdição (realização da vontade concreta da lei): “não existe no Estado de Direito, lugar para decisões fruto de poder arbitrário”³¹.

Se a parte apresenta, para sustentar a pretensão cautelar ou antecipatória, razões relevantes (ou seja, razões comprovadoras de que a prestação definitiva ou de mérito corre o risco de frustrar-se, caso não se tome imediata providência para assegurar-lhe a eficácia), a regra legal autorizativa da tutela preventiva atuará como **impositiva** no sentido de seu deferimento. Não haverá espaço para discricionariedade alguma da parte do juiz. Ao contrário, estará vinculado à vontade da lei, de que a prestação jurisdicional seja sempre boa e efetiva³².

Em suma, o entendimento correto e preciso é o transmitido por
ATHOS GUSMÃO CARNEIRO:

*“... as liminares são concedidas, ou denegadas, não ao **prudente arbítrio do juiz** ou pela maior ou menor liberalidade pessoal do julgador, ou porque simpatize ou não simpatize com as teses ou com as idéias preconizadas pelo impetrante, mas sim serão concedidas*

²⁹ TRF, 1ª Seção, MS 118.865/RJ, Rel. Min. Otto Rocha, ac. 16.03.88, DJU 23.06.88, p. 15.882; TJPR, 1º Gr., MS 10/88, Rel. Des. Adolpho Pereira, ac. 21.08.86, *Paraná Judiciário*, 19/58; TJSP, Câm. Esp., AgRg. Ms 64.234-1, Rel. Des. Aniceto Aliende, *RJTJSP*, 97/398; REIS FRIEDE, *Medidas Liminares*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1997, p. 18-25.

³⁰ 1º TACivSP, 4ªCâm., Ag. 357/84, Rel. Juiz José Bedran, ac. 28.05.86, *JTACivSP*, 99/161.

³¹ CELSO BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo, RT, 1980, p. 221.

³² EDUARDO RIBEIRO, *Recursos em Mandado de Segurança - Mandado de Segurança e Mandado de Injunção*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 285.

*quando claramente se compuserem ambos os pressupostos legais, e serão denegadas quando tais não ocorrerem com a suficiente clareza.”*³³

Presentes, pois, os pressupostos legais da liminar, não há que se pensar em faculdade judicial, pois a hipótese, incontestavelmente, é de um **direito subjetivo** da parte à tutela de urgência³⁴. Logo, a denegação de liminar, onde a lei a autorize, seja de natureza cautelar, seja de feitiço antecipatório de tutela de mérito, desafia recurso de agravo³⁵ e, conforme o caso, até mandado de segurança, se por algum óbice judicial se tornar inócua ou inviável a via recursal³⁶.

11. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÕES DECLARATÓRIAS E CONSTITUTIVAS

Como não há execução de sentença no procedimento declaratório e no constitutivo, há quem negue cabimento à antecipação de tutela em relação a esses tipos de cognição, restringindo a aplicação do art. 273 do Código de Processo Civil tão apenas aos procedimentos tendentes à obtenção de sentença condenatória, únicos que abrem ensejo à **execução forçada**. Nesse sentido, J. E. S. FRIAS entende que: “como a sentença de cunho meramente declaratório não admite execução, porque o autor se contenta com o mero **acertamento** do direito litigioso, claro que quando o pedido tiver sido de tal espécie, **não tem cabimento pretensão antecipatória...** Porque a sentença constitutiva independe de execução, é possível concluir que, sob pena de vulneração do princípio do contraditório, não é possível deferir liminarmente a antecipação de tutela de tal ordem”³⁷. No direito italiano, também RICCI defende a tese de ficar a tutela antecipada restrita “aos casos de atuação forçada (*lato sensu* executiva) dos direitos, com exclusão quer da tutela declarativa, quer da tutela constitutiva”³⁸.

³³ “Liminar na Segurança Individual”, **Rev. AJUFE**, mar/jun. 1992, *apud* REIS FRIEDE, *ob. cit.*, p. 21.

³⁴ TFR 4ª Reg., MS 90.04.21882-3/SC, Rel. Juiz Silvio Dobrowsky, DJU 17.07.91.

³⁵ GALENO LACERDA, **Comentários ao Código de Processo Civil**, 7. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, v. VIII, t. I, n. 63, p. 253.

³⁶ GALENO LACERDA, *ob. cit.*, n. 63, p. 256.

³⁷ J. E. S. FRIAS, “Tutela antecipada em face da Fazenda Pública”, *in* **RT**, 728/72 e 77

³⁸ RICCI, “Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália”, *in* **Genesis - Rev. de Dir. Proc. Civil**, v. 7, p. 89

Parece intuitivo que a declaração de certeza e a constituição de uma nova situação jurídica apenas possam ser alcançados pela sentença definitiva de mérito, após cognição completa e exauriente, não havendo como antecipar provisoriamente o puro efeito declaratório e constitutivo. Há, porém, que se fazer a distinção entre o efeito declaratório e constitutivo e os efeitos práticos que decorrem da declaração e da constituição de uma situação jurídica. Se a declaração e a constituição, em si mesmas, não correm risco de dano pela demora do processo, o mesmo não se pode dizer em relação aos efeitos práticos que o titular da pretensão tem em mira alcançar com apoio no provimento judicial.

A propósito, adverte CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, “nada impede que, para evitar o dano, possa o órgão judicial adotar providências de ordem mandamental, se convencido da verossimilhança do direito constitutivo alegado pelo autor. Exemplo típico tem-se na **constituição** sentencial da servidão de passagem, que, embora não possa ser antecipada, não impede o órgão judicial de ordenar a passagem ou o desfazimento da obstrução à luz, para prevenir o dano”³⁹, tudo em forma de antecipação dos **efeitos** da tutela postulada na petição inicial.

A “execução” que se antecipa provisoriamente, para os fins do art. 273 do CPC, não é propriamente “execução no sentido técnico de processo à parte, mas de realização prática, alcançável no normal das espécies por ordens ou mandados emanados do órgão judicial, de modo compatível com a instante necessidade de prevenção do dano”; “são propriamente os **efeitos práticos** antecipados, mais precisamente os atos materiais adequados à prevenção do dano”⁴⁰.

Nem é preciso que o objeto da medida antecipatória corresponda ao exato conteúdo da sentença, como objeto preciso da declaração judicial a ser proferida para solucionar o pedido formulado na inicial. Basta que corresponda a um **efeito normal** da situação jurídica a ser declarada no mérito da causa. O dano que se busca impedir, lembra ARRUDA ALVIM, não tem de corresponder necessariamente “ao perecimento da pretensão”. O dano, aludido no art. 273, I, do CPC “pode ser **externo à pretensão**, ou seja, pode ser um dano evitável por causa do acolhimento da pretensão”⁴¹.

³⁹ CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, “Alcance e Natureza da Tutela Antecipatória.” *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord), **Estudos de direito processual em memória de LUIZ MACHADO GUIMARÃES**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 117

⁴⁰ CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, *ob. cit.* p. 118

⁴¹ ARRUDA ALVIM, “Tutela Antecipatória”, *in* **Direito do Consumidor**, v. 21, p. 74

A antecipação de tutela, muito embora faculte **atos executivos** à parte, antes da sentença, não se faz somente para compreender providências que seriam tecnicamente objeto de futuro processo de execução forçada. Qualquer tipo de processo de conhecimento pode ter a eficácia de sua sentença sob risco de encontrar um direito subjetivo material sem condições de atuar praticamente. É possível, portanto, pretender algum tipo de medida satisfativa que afaste o perigo não de eficácia executiva da sentença, mas de efetividade dela perante o direito substancial do litigante, que já terá perdido toda capacidade de atuar *in concreto* pela supressão total ou parcial de seu suporte fático, enquanto se aguardava a sentença declaratória ou constitutiva.

A **execução** de que se cogita para justificar a antecipação de tutela, nessa ordem de idéias, é a que se entende no sentido mais amplo do termo, não se confundindo, por isso, com aquele restrito significado de atuação judicial da força do título executivo *stricto sensu*.

TOMMASEO observa que os exemplos extraídos da experiência jurisprudencial revelam que o interesse da parte em obter antecipação de tutela em ação de mero accertamento pode justificar-se enquanto aguarda condições de valer-se do pronunciamento judicial para determinar o próprio comportamento em função da relação substancial *sub iudice*.

*“Così, la tutela urgente del mero accertamento si presenta nel suo contenuto più significativo là dove il recorrente chiede al giudice la valutazione in sede cautelare della legittimità di un proprio atto. Così, il provvedimento d’urgenza può contenere l’anticipata valutazione della nullità della clausola di un contratto o di uno statuto societario.”*⁴² .

ARIETA observa, de seu lado, que o ordenamento jurídico processual não contém disposição alguma que imponha o descabimento de tutela cautelar antecipatória na via da ação de mero accertamento⁴³. Conclui, pois, pela *“possibilità di sottoporre a cautela atipica qualsiasi situazione giuridica sostanziale in termini di diritto soggettivo, senza alcuna esclusione aprioristica o di principio”*⁴⁴. Cita precedentes jurisprudenciais *“nel senso*

⁴² FERRUCIO TOMMASEO, **I provvedimenti d’urgenza**, Padova, Cedam, 1983, p. 259

⁴³ ARIETA, **I provvedimenti d’urgenza**, 2. ed., Padova, Cedam, 1985, p. 143.

⁴⁴ ARIETA, ob. cit., n° 36, p. 142

di ammettere la possibilità di assicurare in via cautelari gli effetti della sentenza di mero accertamento". Invoca, também, a doutrina de ANDRIOLI⁴⁵ e MONTESANO⁴⁶, segundo a qual se admite que *"il giudice della cautela possa ordinare l'astensione da quel comportamento di cui l'azione proposta o proponibile nel giudizio di cognizione tende al mero accertamento di illegittimità"*. Ainda sobre o cabimento da tutela cautelar em sede de ação declaratória - e nunca é pouco lembrar que no direito italiano a antecipação de tutela é parte da tutela cautelar - ARIETA reporta-se às lições de PROTO PISANI⁴⁷ e de CERINO CANOVA⁴⁸.

No Brasil, não tem sido diferente o enfoque da doutrina acerca do problema. Eis o magistério insuperável de KAZUO WATANABE:

"O caput do art. 273 alude à antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial.

A expressão 'pedido inicial' é abrangente, também, da reconvenção e do pedido formulado em ação dúplice...

Qualquer tipo de provimento poderá ser antecipado, inclusive o condenatório, inclusive para pagamento de quantia certa...

*Mas, em alguns tipos de ação, principalmente nos provimentos **constitutivos e declaratórios**, deverá o juiz, em linha de princípio, limitar-se a antecipar alguns efeitos que correspondam a esses provimentos, e não o próprio provimento. Por exemplo, na ação em que se peça a anulação de uma decisão assemblear de sociedade anônima de aumento de capital, ao invés de antecipar desde logo o provimento constitutivo, deverá ater-se à antecipação de alguns efeitos do provimento postulado, como o exercício do direito de voto correspondente segundo a situação existente antes do aumento de capital objeto da demanda ou a distribuição de dividendos segundo a participação acionária anterior ao aumento de capital impugnado etc. O mesmo se deve dizer em relação à ação declaratória, pois a utilidade da declaratória está, precisamente, na certeza jurídica a*

⁴⁵ ANDRIOLI, **Comento**, p. 260

⁴⁶ MONTESANO, **I provvedimenti**, p. 68-69

⁴⁷ PROTO PISANI, **I provvedimenti...**, p. 393-394

⁴⁸ CERINO CANOVA, **I provvedimenti...**, p. 134, cf. GIOVANNI ARIETA, ob. cit., loc. cit.

ser alcançada com a sentença transitada em julgada. Antes do seu julgamento, porém, a parte poderá ter interesse em obter os efeitos práticos que correspondam à certeza jurídica a ser alcançada com o provimento declaratório. Isto ocorre principalmente em relação àquelas ações declaratórias que tenham repercussões práticas, como a ação declaratória de paternidade em relação aos alimentos, ou que contenha alguma carga constitutiva, como a de desfazimento da eficácia de um ato nulo, ou a sua propriedade de, apesar de nulo, produzir alguns efeitos”⁴⁹.

No mesmo sentido são as lições de CAMPOS BATALHA⁵⁰, SÉRGIO SAHIONE FADEL⁵¹, CÂNDIDO DINAMARCO⁵², NELSON NERY JÚNIOR⁵³, ERNANE FIDELIS DOS SANTOS⁵⁴, LUIZ GUILHERME MARINONI⁵⁵.

Sempre, pois, que do possível acolhimento de uma demanda declaratória ou constitutiva for possível extrair uma pretensão *executiva* ou *mandamental*, haja ou não, cumulação de pedidos, é irrecusável a possibilidade de usar a antecipação de tutela, se presentes, naturalmente, os seus pressupostos legais.

Em suma, merece acolhida o ensinamento de MARINONI, quando conclui que nos casos de sentença declaratória e constitutiva, a tutela antecipatória “*é genuinamente preventiva, ou inibitória, não se confundindo com a cautelar*”. Seu caráter antecipatório está em “*ordenar ao réu não fazer aquilo que somente a sentença final poderá demonstrar ser ilegítimo fazer*”. A tutela não é cautelar, mas antecipatória, porque se refere ao exercício de um direito material que “*ainda será declarado ou constituído*”. Com ela não se está “*assegurando a possibilidade do autor exercer o direito no futuro,*

⁴⁹ KAZUO WATANABE, “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, in **Direito do Consumidor**, v. 19, p. 89-90

⁵⁰ **Cautelares e Liminares**, 3. ed., São Paulo, Ed. LTR, 1996, p. 67/68.

⁵¹ **Antecipação da Tutela no Processo Civil**, Rio de Janeiro, Dialética, 1998, p. 43/47.

⁵² **A Reforma do Código de Processo Civil**, 3. ed., São Paulo, Malheiros, 1996, nº 105, p. 14.

⁵³ **Atualidades sobre Processo Civil**, São Paulo, RT, 1996, p. 73.

⁵⁴ **Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro**, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, nº 7, p. 10.

⁵⁵ “A Tutela Antecipatória nas Ações Declaratória e Constitutiva”, in TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**, São Paulo, RT, 1997, p. 270.

mas sim viabilizando desde logo ao autor o exercício do direito". Também é inegavelmente antecipatória, para MARINONI, "a tutela que suspende a eficácia de um ato que se pretende ver anulado ou declarado nulo. Nesse caso impede-se, antecipadamente, que o ato produza efeitos contrários ao autor". O autor, obtida a antecipação de tutela, "desde logo se vê livre dos efeitos do ato impugnado"⁵⁶.

12. EXECUÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES E ANTECIPATÓRIAS

Para distinguir os critérios da verdadeira execução forçada e da execução das decisões cautelares, os autores italianos costumam atribuir a estas o título de "mera execução processual", em contraposição à "execução forçada" propriamente dita⁵⁷. E o fazem não apenas por uma questão de capricho terminológico, mas para acentuar a profunda diferença de natureza que há entre as duas figuras.

Ao contrário do que se passa no terreno da jurisdição satisfativa, no âmbito da jurisdição preventiva nem por hipótese se pode pensar numa fase de execução que seja distinta da de cognição. Há uma estrutura visceralmente unitária. O procedimento cautelar, longe de ser um ato de acerto para constituir o título da sucessiva execução forçada, é ele mesmo "ato de execução forçada, antes que mero ato de criação de alguma especial obrigação cautelar"⁵⁸.

Não é preciso, outrossim, que a lei declare esse caráter unitário do procedimento cautelar. A incindibilidade do aspecto cognitivo e executivo na espécie deriva de uma exigência lógica, pois, sem ela, nenhuma eficácia prática teria a tutela preventiva ou de segurança. A imediata executoriedade, por isso, é inerente à essência das medidas cautelares. Sua função típica jamais seria exercida senão mediante atuação do imediato efeito prático, o qual somente pode ser alcançado, desvencilhando-o do procedimento comum da *actio iudicati*⁵⁹.

⁵⁶ ob. cit. p. 279.

⁵⁷ TOMMASEO, ob. cit., p. 332; DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, p. 198

⁵⁸ GIOVANNI ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, 2. ed., Padova, CEDAM, 1985, n° 75, p. 313.

⁵⁹ ARIETA, ob. cit., p. 314

O fato de, entre nós, ter prevalecido a orientação de tratar em regimes legais diversos a tutela cautelar (conservativa) e a tutela antecipatória (satisfativa) não elimina o elo natural que existe entre ambas. Tanto numa como noutra, a função processual corresponde ao dever de segurança que a jurisdição não deve deixar de exercitar, quando a parte submetida ao monopólio estatal da justiça se vê em risco de sofrer lesão iminente em sua esfera jurídica. Quer nas medidas cautelares típicas, quer nas antecipatórias de tutela de mérito, o que está em jogo é a garantia de efetivo acesso à justiça, que figura entre as garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito.

O tratamento normativo das tutelas cautelar e antecipatória em regimes processuais diferentes ou em regime único é apenas uma questão de política legislativa, já que ambas se inspiram em justificativas iguais e procuram resultados similares. Há, mesmo entre os autores nacionais quem classifique “a tutela antecipatória como **modalidade de cautelar**”⁶⁰.

Deixar que um direito subjetivo pereça no aguardo do provimento jurisdicional definitivo é, sem dúvida, negar a tutela jurídica que o Estado garantiu, é vetar, praticamente, ao lesado o acesso à justiça. Daí porque as medidas de antecipação previstas nos arts. 273 e 461 do CPC são, por essência, providências emergenciais, cuja implementação não admite delongas e, por isso mesmo, não de ser tomadas de plano, em feitiço de liminar, deferível até *inaudita altera parte*, quando a urgência do caso concreto o determinar.

Seu regime executivo não pode ser diferente do das medidas cautelares. Não se submetem, portanto, ao procedimento da *actio iudicati*. Ao juiz que as defere compete ordenar a sua forma de cumprimento.

Vale dizer que, para prevenir o dano, nas antecipações de tutela como nas medidas cautelares típicas, o efeito prático provisório opera de imediato, sem maiores solenidades, e resume-se em dar cumprimento ao mandado judicial expedido logo após a prolação do respectivo decisório.

Até mesmo quando, excepcionalmente, compreenderem imposições de pagamento de somas de dinheiro (como, *v.g.*, nos alimentos provisionais, outros pensionamentos similares, participações em rendas comuns etc.), as medidas antecipatórias, se possível, dispensarão o rito das execuções

⁶⁰ JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada; Tutelas sumárias e de urgência* cit., p. 372.

por quantia certa, e, conforme o caso, poderão ser efetivadas por meio de averbação em folha de pagamento, retenção de receitas, ou bloqueio de somas junto a devedores do responsável pela prestação envolvida na medida antecipatória⁶¹. Como é óbvio, esse tipo de execução deverá ser adotado com muita cautela, porque a provisoriedade da antecipação de tutela impõe ao juiz preservar sempre a reversibilidade da medida, para a hipótese de, afinal, o provimento definitivo não ser favorável à parte que a promoveu (CPC, art. 273, § 2º).

A exigência de caução idônea, aliás, é condicionamento legal ao deferimento de qualquer medida antecipatória que importe levantamento de dinheiro pela parte (CPC, art. 273, § 3º).

13. FUNGIBILIDADE EXTRAORDINÁRIA ENTRE AS MEDIDAS CAUTELARES E AS ANTECIPATÓRIAS

Decerto não se pode negar a diferença essencial, no regime jurídico processual brasileiro, entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória. Cada uma, evidentemente, exerce **função** distinta, como bem dilucida ADROALDO FURTADO FABRÍCIO:

“Ao passo que a função cautelar se exaure na asseguuração do resultado prático de outro pedido, sem solucionar sequer provisoriamente as questões pertinentes ao mérito deste, a antecipação de tutela supõe necessariamente uma tal solução, no sentido de tomada de posição do juiz, ainda que sem compromisso definitivo, relativamente à postulação do autor no que se costuma denominar ‘processo principal’ (no caso, o único existente).”⁶²

No entanto, ambas as tutelas pertencem a um só gênero, o das tutelas de urgência, concebidas para conjurar o perigo de dano pela demora do processo, e, em muitos casos haverá uma certa dificuldade em descobrir, com rigor, a qual das duas espécies pertence a providência que, *in concreto*, se vai adotar para contornar o *periculum in mora*.

⁶¹ LUIZ FUX, ob. cit., § 23, p. 129

⁶² ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, *Breves notas cit.*, p. 16

Para ater-se ao rigor técnico classificatório, o juiz pode correr o risco de denegar a tutela de urgência somente por uma questão formal, deixando assim o litigante privado da efetividade do processo, preocupação tão cara à ciência do direito processual contemporâneo. Com efeito, não é nesse rumo que se orienta esse ramo da ciência jurídica, em nosso tempo.

É reiterado o entendimento jurisprudencial de que não é pelo rótulo, mas pelo pedido de tutela formulado, que se deve admitir ou não seu processamento em juízo; assim como é pacífico que não se anula procedimento algum simplesmente por escolha errônea de forma.

Ora, tanto na tutela cautelar como na antecipatória, a parte pede uma providência urgente para fugir das conseqüências indesejáveis do perigo de dano enquanto pende o processo de solução de mérito. E o que distingue o procedimento de um e outro pedido de tutela de urgência é a circunstância formal de que o pedido cautelar deve ser processado à parte do feito principal enquanto o pedido antecipatório se dá dentro do próprio processo de mérito. Formular, portanto, um pedido de natureza antecipatória ou outro de natureza cautelar em desacordo com o procedimento traçado pela lei processual, como, por exemplo, uma medida antecipatória em petição separada, sob o rótulo de medida cautelar atípica, não passa de simples equívoco formal ou procedimental.

A regulamentação separada da tutela antecipatória não veio para o nosso Código com o propósito de restringir a tutela de urgência, mas para ampliá-la, de modo a propiciar aos litigantes em geral a garantia de que nenhum risco de dano grave, seja ao processo seja ao direito material se torne irremediável e, por conseguinte, se transforme em obstáculo ao gozo pleno e eficaz da tutela jurisdicional.

É bom lembrar que no direito comparado sequer se faz distinção entre os dois tipos de tutela provisória e facilmente se admitem no mesmo regime processual, sob o rótulo comum de medidas cautelares, tanto as conservativas como as satisfativas. O mais importante, de fato, é a repressão ao *periculum in mora* e não o rigor classificatório a respeito de suas sub-espécies (embora haja também óbvia relevância na classificação, para evitar os casos de manobras de má-fé na utilização de um procedimento pelo outro).

Daí a lição de ARAKEN DE ASSIS, benemérita de irrestrita adesão, em todas as hipóteses em que não se nota a presença de má-fé ou fraude à lei:

“A toda evidência, o equívoco da parte em pleitear sob forma autônoma providência satisfativa, ou vice-versa, não importa

*inadequação procedimental, nem o reconhecimento do erro, a cessação da medida porventura concedida. E isso, porque existem casos em que a natureza da medida é duvidosa, sugerindo ao órgão judiciário extrema prudência ao aplicar distinções doutrinárias, fundamentalmente corretas, mas desprovidas de efeitos tão rígidos.”*⁶³

É, por exemplo, o que se passa com a sustação de protesto cambiário, que para uns é simples medida cautelar e, para outros, caso típico de antecipação de tutela. Além disso, mesmo estando a parte ciente de que a medida é de natureza satisfativa, pode não ter tempo útil para aforar a causa de mérito e, como o risco de dano ao direito material é imediato, não dispõe de outro caminho senão o de formular o pedido de tutela de urgência pelo rito cautelar.

A melhor doutrina, destarte, é a que, a respeito do problema, recomenda a solução flexibilizante do procedimento cautelar ou antecipatório, e se justifica com o irresponsável argumento de que “questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos”, como é o caso da garantia de efetividade da tutela jurisdicional⁶⁴.

O que não pode deixar de ser observado é o atendimento dos pressupostos justificadores da providência de urgência. Assim, mesmo que veiculado o pedido por via procedimental imprópria, o exame de sua admissibilidade terá de levar em conta não o procedimento eleito mas a natureza mesma da medida. Se, por exemplo, se requereu medida satisfativa dentro do procedimento próprio da ação cautelar atípica, o provimento preventivo somente será deferido se presentes os requisitos do art. 273, e não apenas os do art. 798 do CPC.

A manobra, portanto, de lançar mão do procedimento cautelar para tentar obter antecipação de tutela dentro apenas dos condicionamentos menos rigorosos do art. 798 é expediente que o juiz deverá energeticamente coibir. Estando, todavia, presentes os requisitos do art. 273, seria um contra-senso denegar a medida de urgência apenas porque requerida de forma separada da ação principal⁶⁵.

⁶³ ob. cit., p. 52.

⁶⁴ BEDAQUE, **Tutela cautelar e tutela antecipada** cit., p. 291; ARAKEN DE ASSIS, **Fungibilidade** cit., p. 55-56; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, **Curso de Direito Processual Civil**, 31. ed., v. II, Rio de Janeiro, Forense, 2000, Apêndice IV, n. 14, p. 563.

⁶⁵ ARAKEN DE ASSIS, ob. cit., HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, **Curso** cit., loc.cit.

14. CONCLUSÕES

No estágio atual das garantias constitucionais do processo, exercem as tutelas de urgência relevantíssimo papel tendente a promover a plenitude do **acesso à Justiça** e a assegurar a **efetividade** da tutela jurisdicional contra toda e qualquer lesão ou ameaça a direito subjetivo. Não podem, por isso, ser vistas como simples faculdade que o juiz possa usar ou não, de maneira discricionária.

As liminares, que antes existiam apenas para alguns procedimentos especiais de conhecimento, sofreram generalizações com a reforma do CPC, que instituiu a possibilidade emergencial de antecipar efeitos do futuro julgamento do mérito da causa, em qualquer procedimento (arts. 273 e 461).

A introdução das medidas de antecipação de tutela (medidas **satisfativas**) em nosso sistema processual civil não se deu (diversamente do direito europeu) por meio de ampliação do âmbito da tutela cautelar, pois estas continuaram limitadas, entre nós, aos provimentos **conservativos**. Criou-se uma modalidade distinta de tutela de urgência, sob regime jurídico próprio.

A generalização, porém, da tutela antecipatória não ocorreu mediante adoção apenas de **liminares** em todos os procedimentos cognitivos. As medidas satisfativas provisórias podem ser decretadas em **liminares**, na abertura do processo; mas podem também acontecer em qualquer fase ou estágio da marcha processual anterior à coisa julgada (medidas **incidentais**).

Liminar não é sinônimo de providência **cautelar**; é qualquer medida deliberada logo no início da relação processual e tanto pode ter cunho cautelar como satisfativo.

Medida cautelar (conservativa) e medida antecipatória (satisfativa) são espécies distintas **de um mesmo** gênero - a **tutela de urgência** - porque ambas têm em comum a força de quebrar a seqüência normal do procedimento ordinário, ensejando sumariamente provimentos que, em regra, só seriam cabíveis depois do acertamento definitivo do direito da parte. Subordinam-se, todavia, a requisitos e procedimentos distintos e tendem a resultados diversos.

Não se recomenda, todavia, um rigor inflexível na conceituação e delimitação dos dois institutos, sendo de admitir-se a fungibilidade entre as medidas de um e outro, desde que, **in concreto**, se observe a existência dos pressupostos legais da providência de urgência pretendida. As divergências de rito ou forma procedimental não devem impedir a outorga da tutela de urgência realmente necessária. ◆