

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA: NATUREZA JURÍDICA, EXECUÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO CONCESSIVA*

Márcio Luiz Fogaça Vicari**

SUMÁRIO: I - Introdução; II - Natureza jurídica da antecipação de tutela; III - Execução do provimento antecipatório; IV - Antecipação pelo abuso no direito de defesa; V - Fundamentação da decisão sobre o requerimento de antecipação; VI - Conclusões

I . Introdução

Com o advento da chamada “reforma do Código de Processo Civil”, através de várias leis promulgadas entre 1992 e 1995, houve uma alteração profunda no sistema processual brasileiro. Com efeito, desde modificações simples, mas de grande reflexo prático, como a dispensa de reconhecimento de firma nas procurações e substabelecimentos judiciais que contenham poderes gerais para o foro — questionada doutrinariamente¹, embora aceita sem titubeios, até agora, pela jurisprudência² — até verdadeiros rasgos no nosso sistema processual tradicional, foram inseridos no diploma-base do direito processual brasileiro.

E, sem dúvida alguma, dentre as mais profundas alterações produzidas pela reforma, inserem-se principalmente a tutela *in natura* das obrigações de fazer e não fazer e a antecipação de tutela, previstas nos artigos 461 e 273 e 1.102 *a a c*,

respectivamente, do Código de Processo Civil. Ambos são temas sistemicamente interligados e que tiveram seu advento em razão da preocupação, não só nacional, com o que se convencionou denominar de “efetividade do processo”, fundada em seu trinômio básico de *rapidez, adequação e amplo acesso*.³

Apesar do curto espaço de tempo desde a adoção das modificações aludidas, já se pode contar com uma considerável produção doutrinária a respeito, além dos estudos produzidos alhures, seja na Europa, seja na própria América Latina.

Nada obstante, sempre restam pontos a serem estudados, por sua importância teórica para a ciência do direito processual, mas e, primordialmente, pelos reflexos práticos que deles decorrem na atividade de juízes, advogados e promotores de justiça e na vida dos jurisdicionados.

* Ensaio escrito em março de 1996 e refundido para a presente publicação.

** Advogado. Mestrando em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Professor da Escola Superior da Advocacia.

II. Natureza jurídica da antecipação de tutela * * * * *

Em primeiro lugar, antes de se examinar qualquer instituto com propósito de rigor científico, mister que se procure fixar os conceitos, o mais precisamente possível, daquilo que se estuda. É sempre viva a advertência atribuída a Tullio Ascarelli, de que “*a desgraça da ciência jurídica são as incertezas terminológicas*”. Sendo assim, seria adequado nominar-se o instituto previsto no artigo 273, do Código reformado de *tutela antecipatória*?

Apesar da difusão e aceitação do termo “tutela antecipatória”, utilizado inclusive pelo dedicado estudioso do tema no país, Luiz Guilherme Marinoni⁴, como título de sua primeira obra específica sobre o assunto, o mesmo não parece adequado.

Para que se pudesse falar em tutela antecipatória, ter-se-ia de admitir que, dentre as formas de *tutela jurisdicional*, como gênero, estaria a “antecipatória” como uma de suas espécies. Mas a tutela jurisdicional é, a grosso modo, o efeito ou efeitos **de fato**, do provimento que esperam as partes, a fim de proteger ou fazer valer a sua pretensão; ou, em termos devidos, ditados por Cândido Rangel Dinamarco, “*o resultado do processo em que essa função [jurisdicional] se exerce*”.⁵ Os efeitos de fato da sentença já são, portanto, a própria tutela jurisdicional, pelo que se percebe a redundância da letra da lei no *caput* do artigo 273, do CPC, “*o juiz poderá ... antecipar ... os efeitos da tutela*”, como salienta Cândido Rangel Dinamarco⁶, a não ser que se entenda tutela jurisdicional como simples sinônimo de declaração de procedência, na aguda crítica de Ovídio A. Baptista da Silva.⁷

Ora, classicamente, as tutelas jurisdicionais são elencadas, quanto à sua natureza ou finalidade em *de conhecimento, de execução e cautelar*⁸; muito embora, sabidamente, essa classificação seja inadequada, por ora ela será útil, até porque é expressamente admitida pelo código. Com a previsão do novel artigo 273, do Código de Processo Civil é possível ao juiz conceder antes o que só seria dado,

normalmente, a final, após cognição exauriente; em outras palavras, de antecipar a tutela pretendida pelo autor, outorgando-a previamente à sentença de mérito, ou como diz Arruda Alvim, “*antes do momento normal*”.⁹ Assim, a tutela não é *antecipatória*, senão *antecipada*, já que a antecipação não se refere a alguma qualidade da tutela, mas a seu **momento procedimental diferenciado** e, portanto, melhor seria falar-se em antecipação de tutela, do que em “tutela antecipatória”.

Superada a primeira questão terminológica, pode-se passar à análise da natureza jurídica da antecipação da tutela.

Saliente-se, por oportuno, que o instituto não é novo, sequer no direito positivo brasileiro. Em verdade, a possibilidade de antecipação já existia nos procedimentos especiais, e mesmo no processo cautelar. Aqui, vislumbra-se outro delicado tema que é o de sua dessemelhança com a tutela cautelar.

É corrente que a *tutela cautelar* e a *antecipação de tutela* são inconfundíveis¹⁰ e a razão, simples mas irretorquível é que a primeira serve para assegurar, ou como seu próprio nome diz, para acautelar, e, portanto, *não satisfaz, nunca*. Já a segunda, porque apenas (re)coloca a tutela, dentro do procedimento em posição em que normalmente não estaria¹¹, pode ou não satisfazer, dependendo de seu conteúdo. Como ficou dito acima, não existe uma tutela “antecipatória”, mas sim a possibilidade de se antecipar determinada tutela. Se esta (a tutela pretendida) for satisfativa — nos casos de processos “de conhecimento”, em geral — sua antecipação será também satisfativa. Mas nem sempre isso ocorre.

Em um processo cautelar, qualquer que seja, busca-se assegurar a eficácia ou a própria existência da futura tutela, de conhecimento ou de execução. Muito embora essa não seja uma posição pacífica, cada vez mais tem-se admitido a existência de *lide* e de *mérito* cautelares autônomos¹², apesar de se referirem a uma lide principal (embora nem sempre dependam de um processo principal!). Mas nunca

(e aqui, sem exceção) a cautelar poderá ser *satisfativa*, no sentido de entregar desde já o “bem da vida” buscado pelo autor.¹³

A cautelar só protege, nunca satisfaz ou realiza pretensão. Se o juiz, desde já, antes da sentença de mérito, entrega o bem ao autor, por mais que faça isso em uma “ação cautelar”, de cautelar só há o nome. Diferente será se, ao invés de entregar o bem litigioso ao autor, ou ao réu, ele deposita em mãos de terceiro imparcial. Portanto, nunca é possível falar-se em “cautelar satisfativa”. Ou se *assegura*, e aí se tem cautela, ou se *satisfaz*, se *realiza antecipadamente*, e não há, então nenhuma função cautelar. Como diz Adroaldo Furtado Fabrício, falar em *cautelar satisfativa* soa como falar-se em “gelo quente”.¹⁴

O processo cautelar, indiscutivelmente, tem autonomia, com procedimento próprio. Depende de uma “ação” (*processual*) cautelar e visa a uma *medida cautelar*¹⁵ que é dada, ordinariamente, pela sentença cautelar (artigo 802, do CPC), ato do juiz que põe fim ao processo (artigo 162, § 1º, do CPC). Dessa forma, a *medida liminar*, que pode ser concedida pelo juiz (artigo 804, do CPC) nada mais é do que a *antecipação da tutela cautelar*, que só seria concedida a final, pela sentença. É o que diz Calmon de Passos, ao afirmar que “a tutela que se adianta liminarmente tanto pode ser de natureza cautelar quanto de natureza substancial. A liminar deferida numa cautelar de seqüestro é antecipação de tutela de natureza cautelar (porque cautelar é a tutela deferível a final) e a que se defere numa ação de reintegração de posse é substancial porque o antecipado é a tutela que se pede seja deferida a final no procedimento possessório”.¹⁶ Portanto, a antecipação de tutela,

embora não se confunda com a tutela cautelar, pode ocorrer — e muitas vezes ocorre — no processo de cautela, através da *liminar*.¹⁷ Apesar disso, nem sempre a antecipação ocorre por meio de liminares. E a propósito, o que é uma *liminar*?

O termo liminar vem de *liminaris*, que por sua vez provém de *limen*, (porta, entrada) significando início, começo.¹⁸ Portanto, será liminar o provimento do juiz *tomado no início do processo (in limine litis)*, como a medida concedida *inaudita altera parte* no processo cautelar e no processo possessório; mas também será liminar o provimento, quando o juiz determinar a emenda da inicial ou a indeferir (artigos 284 e 295, do CPC, respectivamente). E, rigorosamente, não será uma liminar, se a medida for concedida, por exemplo, após a audiência de justificação dos artigos 804 e 928¹⁹, segunda parte, do CPC, ou quando concedida com base no abuso de direito de defesa (artigo 273, II, do CPC), após uma contestação genérica.

Assim, tem-se que é possível, e mesmo freqüentemente ocorrente, a *antecipação de tutela cautelar*; a antecipação de tutela nem sempre será através de liminar e a liminar nem sempre será antecipação de tutela. Em outras palavras: a) a *tutela cautelar* é uma das espécies do gênero *tutela jurisdicional*; b) a *antecipação de tutela* pode ocorrer tanto para tutelas “de conhecimento” quanto cautelares, consistindo na concessão dos efeitos práticos da sentença buscada, antes dela, ou mesmo concomitantemente a ela (dando, então, efeito imediato à sentença e, portanto, apenas efeito devolutivo ao recurso²⁰); e c) a *liminar* mero qualificativo de indicação do momento do provimento, dentro do procedimento.²¹

III . Execução do provimento antecipatório * * * * *

Parece, sem dúvida, que o ato do juiz que concede antecipadamente a tutela (total ou parcial), no sistema do código de 73, é decisão interlocutória (CPC, art. 162, § 2º), que desafia recurso de agravo, retido — muito embora despido de grande parte de sentido prático — ou de instrumento. Com efeito,

o ato não põe fim ao processo, como se vê do § 5º, do art. 273, do CPC e, portanto, *no sistema do código*, não é sentença.²²

Acerca da execução do provimento, porém, o legislador foi não só lacônico, mas aparentemente

contraditório, sendo lastimável não se poder interpor embargos de declaração para escoimar esse vício...

A finalidade da antecipação é de clareza luminar: *realizar* (grife-se a palavra) agora, o que só poderia, normalmente, ser após a sentença de mérito, ou por urgência, ou por abuso de direito de defesa, mas em ambos os casos, desde que demonstrada a probabilidade do direito alegado. Por isso mesmo que o exame de sua “execução” (em sentido amplo) é o ponto mais importante no estudo do tema.

É sabido, porém, que o processo de conhecimento “puro” — e esse é o seu grande mal, na visão coerente de Ovídio Baptista da Silva²³ — não admite qualquer atividade executória. Com efeito, tradicionalmente na Europa, e por influência principalmente de Liebman também aqui, ganhou corpo e tornou-se lei a separação do *conhecimento* e da *execução* em compartimentos (processos) estanques, como se um não estivesse — e está! — visceralmente ligado ao outro. Decorrência disso é que o processo de conhecimento “puro”²⁴ torna-se um processo essencialmente declarativo, ou que apenas atua no “mundo das normas”, sem alterar, em nada, o “mundo dos fatos”. E, por isso, só admite a classificação (“*secular e tirânica*” segundo a adjetivação de Ovídio A. Baptista da Silva²⁵) *trinária* das ações (declaratória, constitutiva e condenatória), nenhuma delas com qualquer interferência na realidade e cujo modelo foi amplamente adotado no Brasil, segundo a doutrina, especialmente a paulista.

Já de algum tempo, porém, viu-se que essa disposição das coisas não servia à real efetividade do processo. Mais que isso; ficou claro que, na realidade, nunca desapareceram completamente as ações mandamentais ou executivas *lato sensu*. Basicamente, através do gênio de Pontes de Miranda²⁶, a classificação *quinária* das ações tornou-se conhecida no Brasil, e posteriormente foi adotada e difundida principalmente por Ovídio Baptista da Silva²⁷, granjeando aceitação maior junto aos processualistas do Rio Grande do Sul. É claro que o modelo tradicional não foi uma mera opção do legislador de 73, mas é fruto ou decorrência de

várias fatores, que principiaram com a universalização da *actio* no período bizantino do processo romano.

As ações mandamentais e executivas, *lato sensu*, incorporam em si cognição e execução imediata, sem solução de continuidade e sem depender de nova “ação”, vale dizer, não dependem da *actio iudicati*, mas se executam *per officium iudicis*.²⁸ É em vários processos em que se busca provimento final de caráter mandamental ou executivo, sempre foi possível a antecipação de tutela, mesmo porque ela tem necessariamente a mesma natureza do provimento final. Veja-se, por exemplo, o mandado de segurança (mandamental) e as possessórias de manutenção (mandamental) e reintegração (executiva) ou o despejo (executiva). A “liminar”, então, era e é imediatamente executada devido a esse particular caráter: se a sentença prescindia de processo de execução para ser realizada, é evidente que a antecipação de seus efeitos também se fazia através de mandado judicial, por ato de *imperium* do juiz.

Porém, com o advento dos dois mais importantes diplomas legais em matéria de processo, pós CPC, a Lei da Ação Civil Pública e o Código do Consumidor (Leis n. 7.347/85, art. 11 e 8.078/90, art. 83, respectivamente), a classificação trinária, até, então, adotada majoritariamente, foi abalada dentro da própria Escola Paulista de Processo, seu domicílio maior no país. Inicialmente, com a tomada de posição inequívoca de Kazuo Watanabe pela mandamentalidade nas determinações judiciais baseadas no artigo 83 do Código do Consumidor²⁹, e a seguir, com a transposição do artigo 83, do referido Código, para o 461 do CPC, também com a “capitulação” por Ada Pellegrini Grinover³⁰, que nada mais é, na realidade, do que demonstração da grandeza de seu espírito científico.

Neste ponto é importante distinguir com nitidez a mandamentalidade da executividade. Para alguns, será *mandamental* o provimento, quando se dirigir a funcionário ou agente público, e *executivos* os impostos a particulares³¹ (critério subjetivo). Para outros, porém, (critério objetivo) será mandamental o provimento que contiver

mandamento ou *ordem* para que o “devedor” faça o que deve, pouco importando se este é ou não agente público; e será executivo o provimento em que o próprio estado-juiz “põe na esfera jurídica do credor o que deveria estar, mas não está” (Pontes de Miranda). Ou seja, no primeiro caso o estado não age, manda que o devedor aja; no segundo, o estado age substitutivamente ao credor e, se necessário, mediante o uso lícito da violência. Este, porque baseado em critério que efetivamente classifica o provimento pela sua natureza jurídica, e não por algo a ele externo, como a qualidade do sujeito passivo, parece ser o mais correto.

Mas, à antecipação da tutela, o que tudo isso importa? Importa em que, ao antecipar-se a tutela, ou os efeitos da sentença, não se poderá ter provimento *ultra* ou *extra sententia*, vale dizer, o que se concede a título de antecipação, não poderá ser diverso nem além do que seria dado pela sentença de procedência (em última análise, deve estar previsto no pedido). Então, se a sentença buscada tiver efeitos mandamentais ou executivos *lato sensu*, evidentemente não se fará a execução da antecipação da tutela através de processo de execução, seja provisório, seja definitivo, pela simples razão que a sentença de mérito assim não seria executada. Destaque-se que certos provimentos até pouco tempo classificados como condenatórios, hoje já estão incluídos dentro dos conceitos de *mandamentalidade* e *executividade*, que, talvez apenas com restrição ao pagamento em dinheiro (e ainda exceto pagamento de alimentos, que tem de certa forma sua execução “mandamentalizada”), tendem a superar e *abolir a condenação e a posterior execução*, sempre tão ineficazes. Assim se vê na nova redação do artigo 461 do CPC, que dá roupagem mandamental ou executiva às antigas condenações em obrigação de fazer e não fazer, possibilitando, inclusive, em seu § 3º, a antecipação de tutela, lá chamada de “medida liminar”.

E nem cabe o argumento de que para tais sentenças a execução imediata é possível, por terem elas cognição exauriente, mas para a antecipação, que depende de cognição superficial, não. São tradicionais, no direito positivo nacional mesmo, as antecipações mandamentais (v.g. mandado de

segurança, manutenção de posse) e executivas (reintegração de posse, despejo) cumpridas “por simples mandado”.

Portanto, nesses casos, a antecipação será cumprida por *ordem*, no caso de provimento mandamental, que sujeita, inclusive, o recalcitrante à prisão por desobediência³², e por *ato substitutivo*, no caso de provimentos executivos, através das medidas listadas *numerus apertus* no § 5º, do art. 461 do CPC e, em nenhum desses casos, por processo de execução, *mesmo que execução provisória*.

Os provimentos de caráter declaratório e constitutivo não podem ser antecipados no tocante a essas cargas (declaratória e constitutiva), pois que, segundo ensina Luiz Guilherme Marinoni, embasado em lição de Roger Perrot³³, ambos dependem de cognição exauriente, e, portanto, antecipariam não só os efeitos da sentença como a própria sentença.³⁴ Há de se ver que outra razão a justificar a impossibilidade da antecipação de tutela (que, como ficou acima dito, constitui-se no efeito ou efeitos *sensíveis* da sentença), é de que em ações constitutivas e declaratórias (puras) não há efeitos práticos sensíveis, nem através de processo posterior, como se dá com as sentenças condenatórias. Ou seja, antecipar-lhes a tutela seria verdadeiro *nada*, pois que não há, nessas modalidades, o que se executar ou realizar.

Ocorre que, por vezes, das sentenças constitutivas ou mesmo meramente declaratórias, decorrem efeitos práticos. São aquelas demais cargas eficaciais a que se referia Pontes de Miranda³⁵, que estão presentes, embora em uma intensidade menor. Tome-se como exemplo a exclusão ilegal de um sócio, de determinada sociedade. Uma vez que se cumpram os requisitos da lei, poderá o juiz conceder, em um processo constitutivo de anulação do ato de exclusão social, a antecipação quanto aos efeitos concretos, vale dizer, quanto à participação provisória do sócio nas deliberações sociais. Ou, então, pense-se no exemplo fornecido por Ovídio Baptista da Silva: em um processo de interdição, o juiz, convencendo-se, por verossimilhança, que o interditando seja mesmo incapaz, pode nomear a ele um curador provisório, a fim de que seus bens sejam administrados por este durante o processo.³⁶

A questão mais complexa, sem sombra de dúvidas, refere-se à execução de antecipação de tutela em relação a provimentos essencialmente condenatórios. Em primeiro lugar, pela resistência, fundamentada lógica e historicamente, dos que repudiam a separação entre conhecimento e execução. Em segundo, pela disposição aparentemente equívoca que o legislador reformista fez colocar no § 3º, do artigo 273, do CPC.

Antes de mais nada, sublinhe-se novamente que os provimentos mandamentais e executivos *lato sensu* (e os efeitos que contenham essas eficácias dos provimentos declaratórios e constitutivos) não se executam por processo de execução, ou através de carta de sentença e sim por simples mandado. Por isso que consta do § 3º, referido, a expressão “*no que couber*”. Em nenhum desses casos, “cabe” a execução provisória, instruída por carta de sentença.

Não se pode olvidar o objetivo do instituto da antecipação de tutela e causa de sua adoção genérica para todos os processos de conhecimento: *realizar* antecedentemente ao momento normal, determinado efeito da sentença.

Ora, esse objetivo deve valer também para os feitos condenatórios, que dele não estão excluídos. Mas, ao se adotar o procedimento da execução provisória, previsto no § 3º do art. 273, do CPC, *nada* vai ser realizado. Pela execução provisória, o devedor apenas tem bens suficientes à execução penhorados ou arrestados, mas não é possível a alienação dos mesmos, nem levantamento de depósito em dinheiro, a não ser que o credor preste caução suficiente (CPC, art. 588, II). E mesmo assim após todo o procedimento de penhora e, talvez, embargos do devedor (!).

Isso autoriza dizer que o direito do credor não poderá ser satisfeito, ou, nos termos do art. 273 do CPC, o direito verossímil e urgente ou contra o qual não haja contestação séria, não será *realizado*.³⁷ Vale dizer, a decisão que concede a antecipação de tutela, cuja execução se faça nessas circunstâncias *não tem, praticamente, nenhuma diferença da decisão que a denega*. A denegação de justiça

pode ocorrer naqueles casos em que, já de início, o juiz constata que a probabilidade de o autor vencer o processo é muito grande e, mais que isso, sua necessidade de receber imediatamente o que pretende é premente.³⁸

Além disso, inviabiliza a concessão de antecipação de tutela para aqueles que não tenham condições de prestar caução ou para aqueles que necessitem da tutela com real urgência, do que é exemplo mais clássico os alimentos. No particular, foi Luiz Guilherme Marinoni quem criticou a desumana e ilógica distinção entre os alimentos devidos pelo “Direito de Família” e aqueles devidos pelo “Direito das Obrigações”.³⁹

Em realidade, *a antecipação de tutela veio demonstrar, de forma clara, a inescandível falência do processo de execução, ou melhor, a desarrazoada e absurda separação entre conhecimento e execução*. E os provimentos condenatórios expõem isso de modo impressionante. A questão aparentemente se resume a que, ou se valoriza toda a preocupação com a efetividade do processo e os esforços gigantescos feitos para se atingi-la, e se busca, realmente, alternativa para a verdadeira crise por que passa o processo e a distribuição da Justiça, adotando-se as inovações trazidas pela reforma do CPC, ou se a esquece, por completo, inclusive no que toca a seus ideais, a fim de se manter o estado atual das coisas, e intocado o sistema do código. Definitivamente, não se compatibilizam *antecipação de tutela e condenação*, como o código concebe esta última. Ou se tem uma, ou outra. Os conceitos de *condenar*, que é a atividade do juiz na condenação, e *ordenar*, que é o que ele faz na antecipação, são realmente inconciliáveis.

Mesmo dentre as tutelas de pagamento de soma em dinheiro, há casos em que não se trata, na verdade, de condenação, rigorosamente. Veja-se, por exemplo, que os alimentos, por força do artigo 733 do CPC, têm sua realização “mandamentalizada”, porque o juiz *manda* ao devedor que pague a quantia devida, no prazo de 3 dias, sob pena de prisão. Portanto, muito embora dependa de um processo

posterior de execução, a condenação em alimentos é realizada por ato de império do juiz, que manda ao devedor cumprir sua obrigação em prazo, sob pena de sanção pessoal.

Por questão até de lógica, não se pode exigir que as antecipações urgentes e aquelas em que a parte credora for necessitada, sejam executadas de acordo com as prescrições da execução provisória. Com efeito, quanto ao primeiro caso, é notória a dificuldade e demora no procedimento de penhora, avaliação e praça ou leilão (isso sem sequer tocar-se no assunto *embargos do devedor*), que dessa forma inviabilizariam a realização antecipada, porque urgente, do direito. Quanto ao segundo, porque tornaria inócua a antecipação calcada em direito verossímil para aqueles que não tenham condições de oferecer caução, criando uma desigualdade deplorável, já que o economicamente suficiente poderia realizar seu direito, mas o hipossuficiente não. E ainda no tocante à antecipação pelo intuito protelatório, não só não se resolveria o problema, como se forneceria à parte que protela, um manancial novo e maior de meandros para se emperrar o processo!

A solução para o problema será, forçosamente, encontrada pela jurisprudência. Todavia, parece que dessa realidade não se poderá fugir: ou apenas se “esquece” a reforma e a adoção da antecipação da tutela, ou se supera a dualidade conhecimento/execução e com isso se passa a admitir o poder do juiz de dar ordens às partes, impondo deveres e

sancionando a desobediência com as penas legais. Ou seja, como são incompatíveis antecipação e condenação, restam três opções, redutíveis a duas: *a*) entender-se que não seja possível antecipação de tutela para provimentos essencialmente condenatórios (obrigações negociais); *b*) entender possível a tutela antecipada, mas executável por execução provisória (o que pela total ineficiência, por definição, da execução provisória, para se realizar direitos, é o mesmo que negar a antecipação); *c*) admitir-se a possibilidade de antecipação de tutela também para provimentos condenatórios, mediante *ordem* do juiz, com as conseqüências inclusive penais⁴⁰ para o caso de desobediência.

A questão acaba atingindo também o § 2º, do art. 273, que veda a concessão da tutela antecipadamente, quando houver perigo de irreversibilidade da medida. Para esse caso, a doutrina tem sustentado a aplicação do princípio da *proporcionalidade*⁴¹ entre a probabilidade de êxito na demanda do autor e o prejuízo que porventura sofreria se não fosse concedida a medida. É essa a ensinância do mais abalizado tratadista da matéria na Itália, Ferruccio Tommaseo, que diz, de forma lapidar: “*Se non vi è altro modo per evitare un pregiudizio irreparabile a un diritto soggettivo che appaia probabile, si deve ammettere che il giudice possa provocare un pregiudizio anche irreparabile al diritto che gli paia improbabile*”.⁴² E a jurisprudência começa a adotar esse entendimento.^{43 44}

IV. Antecipação pelo abuso no direito de defesa * * * * *

A antecipação de tutela é possível, além do caso de urgência, também quando há abuso no direito de defesa, segundo previsto no inciso II do art. 273 do CPC. Trata-se, portanto, aqui, de lidar a garantia constitucional da “ampla defesa”, que, a partir da Constituição de 1988, por receber *status* constitucional, acabou por induzir à confusão entre *ampla e ilimitada*.

Com efeito, admitindo-se formas ilimitadas para o

direito de defesa, ainda que desrespeitadoras de outros princípios, estar-se-ia a quebrar a regra, **anterior e superior**, da *isonomia*, princípio fundamental do Estado brasileiro e de qualquer outro que pretenda ser reconhecido como civilizado. Ou em palavras simplórias, estar-se-ia aí, então, mantendo intangível “Sua Excelência o réu”. O receio com essa falta de limites à ampla defesa já havia, em 1992, preocupado o sempre avançado Ovídio Baptista da Silva.⁴⁵

É importante frisar que o inciso II do art. 273 do CPC não conflita nem se confunde com a penalidade para o *improbis litigator*, prevista no art. 18 do CPC. Ambas podem ocorrer concomitantemente, mas os limites do inciso II do art. 273 do CPC são mais extensos que os da litigância de má-fé.⁴⁶

Por isso mesmo, não só quando esteja presente a má-fé, mas também quando houver inépcia ou erro grave, como por exemplo as contestações genéricas ou que sustentem, sem novo argumento, tese reiteradamente rejeitada pelos tribunais, e cujo entendimento seja pacífico, sumulado ou não, em sentido contrário.⁴⁷ Em resumo, o que a lei concede ao juiz é um poder muito maior de, em caso de restar evidenciado o propósito protelatório do réu, *inverter o ônus do tempo do processo*, na ótima dicção de Luiz Guilherme Marinoni.⁴⁸ Pense-se, a título de exemplificação, nos casos de requerimento de produção de provas por cartas precatórias, que provavelmente não alterarão a “verdade do processo” até então já provada e que conduz à sucumbência do réu. O juiz, em várias oportunidades não poderá deixar de deferir a expedição da carta, sob pena de cercear a defesa do réu, mas, e apesar disso, pode e deve conceder a antecipação se verificar que a prova do fato constitutivo do direito autor está robustamente produzida, sendo difícil que se lhe faça contra-prova. Já que provavelmente o réu perderá a causa, não há porque deixá-lo beneficiar-se mais ainda do tempo do processo.

E mais do que isso. Em realidade, o inciso II do art. 273 do CPC permite o verdadeiro julgamento por verossimilhança, dos juízos liminares *prima facie*, reclamados por Ovídio Baptista da Silva⁴⁹, e cuja aplicação grassa no direito Inglês, Norte-americano, e mais recentemente nos Italiano e Francês.

Ressalte-se que a antecipação pode ser concedida *inaudita altera parte*, o que não configura violação ao contraditório, como querem alguns; não se olvide que as “liminares” de antecipação em mandados de segurança, possessórias ou cautelares sempre foram possíveis sem que se visse nisso lesão ao contraditório. E, indo-se mais longe, nem para o caso do inciso II do art. 273 do CPC,

aparentemente, estaria vedada a concessão *inaudita altera parte* da medida, antecipadamente, apesar do uníssono da doutrina em contrário⁵⁰, desde que se pense como em mandado de segurança, mas contra particulares.⁵¹

Barbosa Moreira, apesar de dizer ser “inconcebível” a antecipação antes da atuação do réu, excepciona essa regra para afirmar que a participação do réu pode ocorrer através de “comportamento omissivo”, quando o mesmo evita citações ou intimações, por exemplo, ou deixa de fazer algo que lhe caiba, no processo.⁵² Mas, *data venia*, isso é pouco.

Rigorosamente, a possibilidade de antecipação da tutela não teria de ficar vinculada ao requisito da *urgência*, que é condição *para a cautela*. Mas a lei, no inciso I do art. 273, previu como condição para a antecipação essa urgência (“receio de dano irreparável ou de difícil reparação”). Por tal razão, existe a dificuldade, mormente na prática, em se distinguir entre cautela e antecipação de tutela.⁵³

O objetivo da antecipação da tutela de mérito é realizar o direito quando, como diz o *Nouveau Code de Procédure Civile* francês, em juízo de verossimilhança do direito alegado pelo autor, a obrigação não seja seriamente contestável (art. 771).⁵⁴ Veja-se que nesse artigo, como no 809 do mesmo diploma⁵⁵, não há referência à urgência, como há nos artigos 808 e 872 do mesmo diploma e no inciso I do art. 273 do nosso código, lembrados por Ovídio Baptista da Silva.⁵⁶

O próprio Ovídio Baptista da Silva é o idealizador da norma hoje positiva sobre a antecipação de tutela, através de proposta feita por ele, mesmo antes da “Comissão” de 1985, no I Congresso Nacional de Direito Processual Civil, realizado em 1983, em Porto Alegre. Na oportunidade, propunha o ilustre processualista gaúcho um acréscimo ao art. 275 do CPC, incluindo-se um parágrafo único, com a seguinte redação: “*Sempre que o juiz, pelo exame preliminar dos fundamentos da demanda e pelas provas constantes da inicial, convencer-se da plausibilidade do direito invocado, poderá conceder medida liminar antecipando os efeitos da sentença de mérito, se a natureza de tais*

eficácias não for incompatível com tal providência". Como se vê, a única coisa que se exigiria seria a verossimilhança do direito alegado, pois não há nenhuma referência à urgência ou perigo de demora, que, segundo informa Kazuo Watanabe⁵⁷, foi depois adotada, como ponto saliente de um substitutivo à proposta de Ovídio Baptista da Silva, pelos juristas lá presentes. Posteriormente, voltou-se à idéia através do projeto de Código de Defesa do Consumidor, que no seu artigo 85, previa uma figura semelhante à do mandado de segurança, *mas contra particulares*, vale dizer, com possibilidade de antecipação da tutela em casos de direito com prova pré-constituída, "líquido e certo", mas que infelizmente foi vetado pelo Presidente da República.⁵⁸

A antecipação de tutela, reafirme-se, em sua forma mais clássica e original não depende de demonstração de urgência. Ela não é necessariamente tutela de urgência, muito embora possa sê-la. Aliás, isso também a diferencia da tutela cautelar uma vez que esta sempre depende de demonstração de urgência e aquela não. Antônio Cláudio da Costa Machado, especificamente aborda essa questão em interessante trabalho, afirmando, com bastante propriedade que *"parece-me importante observar que os autores que sustentam a satisfatividade (ou não-cautelaridade) da tutela antecipada ou não abordam — inlucio o meu próprio trabalho antes referido nessa classe, o que me deixa numa posição muito confortável — ou abordam com extremada superficialidade a questão do periculum in mora no âmbito da doutrina que se forma em torno da tutela antecipatória. Quase todos limitam-se a dizer por que a tutela antecipada não é cautelar (...), mas de maneira nenhuma explicam como é possível o adiantamento da providência de mérito conviver com o periculum in mora e, mais do que isso, pressupô-lo, visto que é requisito exclusivo da ação e medidas cautelares"*.⁵⁹

Esclareça-se, pois, respondendo ao ilustre professor paulista: não é rigorosamente correto dizer-se que para a antecipação não se exige perigo de demora, mas sim que esse perigo *se presume, pela evidência do direito e de que, apesar disso, todo*

o ônus do tempo no processo será suportado exclusivamente pelo autor, que é, quase com certeza ou mesmo com certeza, o titular do direito controverso. Ou em outras palavras, se o direito é de evidência próxima da certeza ou mesmo de própria certeza — e não mera verossimilhança, direito "líquido e certo", pois —, a "urgência" se presume na demora natural do processo, em prejuízo exclusivo de quem tem direito. Assim ocorre com as possessórias, em que basta demonstrar o direito, não o perigo na demora para se ter "liminar"; também com as "liminares" previstas na lei do inquilinato (Lei n. 8245, de 18.10.91, art. 59, § 1º), em que igualmente é desnecessária a demonstração da urgência, porque, em ambos os casos a probabilidade do direito assume contornos próximos da certeza.

É bem verdade que esses casos na prática serão reduzidos a poucos e raros exemplos, como o da ação reivindicatória de imóvel perfeitamente identificável (apartamento, por exemplo) e com título hígido, ou o despejo por denúncia vazia em locação comercial⁶⁰, uma vez cumpridas todas as formalidades, ou ainda, as causas que versam essencialmente sobre questão de direito e com entendimento pacificado, como são exemplos, lembrados por Carreira Alvim, as demandas fundadas na Súmula n. 577 do Supremo Tribunal Federal ou na de n. 260 do antigo Tribunal Federal de Recursos.⁶¹

Cabe ao juiz examinar com rigor a inicial e, estando presentes todas as formalidades — e, portanto, o nível de aparência do direito torna-se grande demais, fazendo-o aproximar-se ou atingir a certeza — presumir que não há possibilidade de contestação séria, ou que qualquer defesa a ser apresentada não teria o condão de atingir o direito do autor. E, caso posteriormente, apesar de tudo isso, o réu em sua defesa comprove que a situação não é favorável ao autor, como parecera inicialmente, cabível, sem dúvida, além do retorno ao estado anterior, a aplicação de grave pena pela litigância de má-fé, além da condenação à indenização dos prejuízos sofridos⁶². Não se pode esquecer que, concedendo um provimento para mudar os fatos, baseado nas afirmações feitas pelo autor, o juiz até pode errar, mas seu erro pode ser consertado, em

última análise pela reparação de danos pecuniária; mas como se poderá ressarcir aquele que, tendo

direito, teve de esperar longamente por sua realização, pela demora do processo?

V. Fundamentação da decisão sobre o requerimento de antecipação * * * * *

Por força do disposto no inciso IX, do artigo 92 da Constituição da República, “todas as decisões” do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, “sob pena de nulidade”. Isso seria o bastante para dispensar a existência do § 1º do artigo 273 do CPC. Todavia, porque infelizmente tem acontecido em doses elevadas no foro, de os juízes concederem medidas *faticamente eficazes* (diga-se assim daquelas que atuam diretamente no “mundo dos fatos”) sem o cuidado de observar a regra constitucional, e pelo gravame que isso pode acarretar, para as partes e para o próprio Poder Judiciário e seu prestígio no meio social, houve por bem o legislador de especificar, em intuito claro, a importância de ser minuciosamente fundamentada a decisão judicial de antecipação de tutela.

O princípio-regra da fundamentação das decisões tem raízes muito mais profundas do que pode parecer a um primeiro exame. Mais do que mera explicitação às partes das razões que levaram o julgador a agir dessa ou daquela forma, a fundamentação consubstancia-se na verdadeira legitimação do Poder Judiciário no esquema político-constitucional brasileiro.

Luiz Guilherme Marinoni, ao tratar do tema da legitimidade do exercício da jurisdição, diz que “democracia quer significar, acima de tudo, participação. A participação no poder é a essência da democracia. É essa participação que legitima o exercício do poder”.⁶³ Mas quanto ao Poder Judiciário, sabe-se que essa *participação* é menor, porque não é haurida diretamente de quem, em última análise, detém o poder.

O artigo 1º, parágrafo único da Constituição da República é uma verdadeira aula de teoria geral de direito e de direito constitucional: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de **representantes eleitos ou diretamente**, nos termos desta Constituição”. Como se sabe, o estado

brasileiro tem três poderes (Constituição, art. 2º), mas enquanto os membros dos Poderes Executivo e Legislativo são eleitos, como representantes do real titular do poder, o povo, o Judiciário tem outro modo de formação de seus quadros, que de forma alguma é pior do que a eleição, bem ao contrário, mas que deixa em aberto exatamente a grave questão da legitimidade.

Se quem detém o poder é o povo, que o exerce através de seus representantes, como legitimar o poder exercido pelos juízes, que não são eleitos, nem representam o povo? A resposta pode ser encontrada exatamente no princípio do amplo acesso, através de concursos públicos, à carreira da magistratura, e nos princípios da publicidade e fundamentação de processos e decisões. Quando, porém, a decisão tem caráter muito mais grave, por afetar direta e imediatamente a realidade sensível, mister que tais cuidados sejam redobrados.

Não se pode mais admitir decisões subjetivas e herméticas que não indicam com precisão e de modo claro, o porquê, no caso concreto, da concessão ou da denegação do requerido. Com a decisão, pode-se até não concordar, mas é necessário que se compreenda quais os motivos, de fato e de direito, que convenceram o juiz a decidir de determinada maneira.⁶⁵ As temíveis locuções isoladas de “presentes (ou ausentes) os pressupostos, defiro (ou indefiro) a medida pleiteada”, mesmo quando acompanhadas de mera explicação teórica dos requisitos³, nada justificam. Se não há demonstração inequívoca de, *no caso concreto*, em que o juiz entendeu presentes os requisitos, inexistente fundamentação adequada, e a decisão é nula, *ipso facto*.

O eminente Barbosa Moreira já lembrava que a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, além de importar em controle endoprocessual — caracterizado pelo fato de as partes saberem as razões que o juiz viu para deferir ou indeferir certo re-

querimento e com isso fiscalizarem a própria imparcialidade do juiz e a legalidade da decisão, além de fazerem valer o princípio do “seu dia frente ao tribunal” (*his day in Court*)⁶⁶ — importa também em verdadeiro controle externo ou extraprocessual, ao tornar possível um controle difuso por parte dos jurisdicionados, *in genere*,

sobre a atividade judicial e de realizar concretamente a característica primordial do Estado de Direito como um “estado que se justifica” (“*rechtsfertiger Staat*”).⁶⁷

Assim, o controle das decisões e porque não dizer, da própria atividade judicial se faz através da fundamentação de seus atos decisórios e da publicidade de todos eles.

VI. Conclusões * * * * *

1. A antecipação de tutela constitui, juntamente com a tutela *in natura* das obrigações de fazer, verdadeiras quebras de sistema no direito processual brasileiro.

2. Não existe, dentre as classes de tutela jurisdicional, a “antecipatória”, pelo que melhor será nomear-se o instituto de antecipação de tutela.

3. Tutela cautelar e antecipação de tutela não se confundem, porém é comum na prática a antecipação de tutela (no processo) cautelar.

4. A antecipação de tutela não se confunde com liminar, que rigorosamente é qualquer ato do juiz tomado no início do processo, inclusive indeferimento da inicial.

5. A antecipação de tutela consiste na concessão dos efeitos práticos (na totalidade ou em parte) advindos da sentença de procedência, antes desta, contudo.

6. A antecipação é concedida através de decisão interlocutória, no sistema do Código, atacável por recurso de agravo.

7. A finalidade da antecipação de tutela é *realizar* praticamente aquilo (tutela) que se busca com a sentença.

8. A classificação das ações não mais se limita aos três tipos — *declaratória, constitutiva e condenatória* — sendo inegável a existência das ações *mandamentais e executivas*.

9. Sentença (ou ação) mandamental é a em que o juiz *manda* ao devedor que faça o que já deveria ter feito; e sentença (ou ação) executiva é a em que

o juiz, através de seus meios, substituindo-se ao credor, faz o que o devedor deveria ter feito, mas não fez.

10. A tutela antecipada não pode estar além da tutela buscada.

11. Quando a tutela buscada e antecipada for mandamental ou executiva, ela será executada “por mandado”, sem processo de execução.

12. Sentenças constitutivas ou declaratórias, que não têm efeitos sensíveis, não podem ter antecipação, exceto se tiverem efeitos mandamentais ou executivos.

14. Várias tutelas tradicionalmente classificadas como condenatórias hoje encontram-se sob outra espécie, como por exemplo os alimentos (de direito de família ou de obrigações).

15. A antecipação de tutela demonstra de modo inequívoco a falência da dicotomia conhecimento/execução, do próprio processo de execução e, em última análise, da ação condenatória.

16. Para as tutelas condenatórias, ou se antecipa efetivamente a tutela, com ordem de pagamento imediata sob pena de desobediência, ou se desconsidera o instituto da antecipação de tutela.

17. A ampla defesa não é absoluta e comporta limitações, em homenagem ao princípio maior da isonomia.

18. A antecipação de tutela com base no inciso II do art. 273 do CPC não se confunde com a litigância de má-fé.

19. Em alguns casos restritos, será possível conceder a antecipação de tutela com base no inciso II do CPC mesmo antes da ouvida da parte contrária, quando o direito do autor não for seriamente contestável.

20. A fundamentação das decisões se configura

como a própria legitimação do Poder Judiciário.

21. São inadmissíveis as pseudo-fundamentações que não indiquem realmente, de modo preciso, claro e no caso concreto, onde se localizam os pressupostos autorizadores da concessão da antecipação de tutela.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1. VASCONCELOS, Antonio Vital Ramos. "O reconhecimento de firma na procuração "ad judicium", in *Revista dos Tribunais*, volume 720, pp. 346 e ss.
2. *Revista dos Tribunais*, volume 724, p. 358.
3. A rapidez, pela celeridade buscada, que se quer, por exemplo, com a antecipação de tutela. A adequação, traduzida no já várias vezes repetido ensinamento de Chiovenda, de que "il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto de conseguire", pode ser vista claramente com a tutela *in natura* das obrigações de fazer e não fazer. E o amplo acesso, tentado através dos Juizados Especiais, mas antes pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código do Consumidor.
4. "Tutela cautelar e tutela antecipatória", 1ª ed., 2ª tir., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994, que o faz por entender existente, é forçoso afirmar, uma "tutela sumária antecipatória" (p. 13).
5. "Tutela jurisdicional", in *Revista de Processo*, n. 81, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996, p. 63.
6. "Tutela jurisdicional", cit., p. 64.
7. *Curso de Processo Civil*, 1º vol., 3ª ed., Porto Alegre : Sergio Fabris, 1996, p. 113.
8. Enrique Véscovi. "Teoría general del proceso", Bogotá : Temis, 1984, p. 112, n. 5.
9. "Tutela antecipatória - Algumas noções - Contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas" in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, org., *Reforma do código de processo civil*, São Paulo : Saraiva, 1996, pp. 88/89.
10. Marinoni adverte que as semelhanças se limitam à característica da urgência. (Tutela cautelar e tutela antecipatória, ob. cit., p. 47). Todavia, como se verá adiante (item IV), no presente ensaio tenta-se demonstrar que nem sempre a antecipação depende de urgência.
11. No processo de conhecimento, com seu inafastável procedimento ordinário, que fique bem claro !
12. Marcelo Lima Guerra. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo : Malheiros, 1995, pp. 63 e ss.
James Eduardo C. M. Oliveira, "O mérito do processo cautelar", in *Revista dos Tribunais*, vol. 712, pp. 40 e ss. Antes deles, porém, já tratava disso Ovídio A. Baptista da Silva, in *Curso de processo civil*, vol. III, 1ª ed., Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1993. E já Chiovenda falava em ação cautelar autônoma, nos seus *Princípios de derecho procesal civil*, 1ª ed., tomo I, Madrid : Reus, 1977, p. 283.
13. O conceito de *satisfatividade* utilizado aqui é o de Ovídio A. Baptista da Silva, in *Curso*, vol. III, ob. cit., ou seja, a realização efetiva, no plano prático ("no mundo dos fatos" e não no "mundo das normas") da pretensão de direito material do autor.
14. "Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares", in *Revista da Ajuris*, volume 66, p.12.
15. Apesar do que ainda se vê no foro, a medida cautelar não se confunde com ação cautelar ou processo cautelar. A comum confusão decorre de equívoco anterior e precedente entre os conceitos de ação, processo, pedido e autos, utilizados de forma imprecisa. A medida cautelar é sinônimo de tutela cautelar, ou seja, não é proposta pela parte mas sim é a providência judicial buscada em um processo cautelar, concedida ou não pelo juiz.

16. José Joaquim Calmon de Passos. “*Inovações no código de processo civil*”, 2ª ed., 2ª tir., Rio de Janeiro : Forense, 1995, p. 9.
17. Em sentido contrário, Rodolfo de Camargo Mancuso, “*Tutela antecipada: uma interpretação do art. 273 do CPC*”, in *Reforma do Código de Processo Civil*, ob. cit., p. 185, que diz, de maneira até certo ponto incompreensível, não ser possível a antecipação no processo cautelar “até porque existe a virtualidade da “antecipação” mediante liminar” (?).
18. De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*, 4ª ed., vol. III, Rio de Janeiro : Forense, 1975, p. 946.
19. Conforme Adroaldo Furtado Fabrício, “*Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares*”, cit., p. 14, que fundamenta sua posição nas diversas passagens em que o CPC refere-se à possibilidade de o juiz conceder uma medida “liminarmente *ou* após justificação prévia”.
20. Aliás, Calmon de Passos, aparentemente de modo isolado, entende que apenas com a sentença de mérito poderá o juiz antecipar a tutela no procedimento ordinário. “*Inovações no código de processo civil*”, ob. cit., pp. 9/10 e 11. O jurista baiano baseia-se, para chegar a essa conclusão, apenas e tão-somente na dicção “prova inequívoca” da lei, que só entende presente no processo quando houver possibilidade de julgamento do mérito. Em 26 páginas de outro trabalho, não menciona uma só vez, contudo, que a lei também fala em verossimilhança (“*Da antecipação da tutela*” in *Reforma do código de processo civil*, ob. cit., pp. 187 a 213). De todo o modo, a concessão da antecipação concomitantemente à sentença (se antes não puder ser concedida) é possível e retira o efeito suspensivo da apelação. Portanto, aproxima-se o direito brasileiro, de certa forma, do sistema adotado com a lei de reforma que entrou em vigor em 1º.01.93, do *Codice di Procedura Civile* italiano, que emprestou, *ope legis*, efeito meramente devolutivo aos recursos de decisão definitiva, dando executoriedade provisória às sentenças de 1º grau, como informa Giuseppe Tarzia, “*O novo processo civil de cognição na Itália*” in *Revista de Processo*, vol. 79, pp. 60/61, n. 11. A diferença é que aqui esse efeito será *ope judicis*, ou seja, concedido pelo juiz estando presentes os requisitos para a concessão da antecipação e não tendo sido ela concedida anteriormente.
21. No sentido do texto, Adroaldo Furtado Fabrício, “*Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares*”, cit., p. 13.
22. Observa o eminente Ovídio A. Baptista da Silva: “*O legislador da reforma, ao redigir o art. 273, dispôs sobre a possibilidade de o juiz antecipar os efeitos, entendidos esses como as conseqüências geradas pela sentença que acolher o pedido formulado pelo autor; o que é diferente da faculdade eventualmente concedida ao juiz de, ao invés de efeitos, antecipar julgamento, proferindo sentença liminar de mérito*”. *Curso de processo civil*, vol I., ob. cit., p. 112 - os grifos não são do original.
23. “*Processo de conhecimento e procedimentos especiais*”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 692, pp. 40 e ss.
24. O adjetivo tem sua razão de ser para que se desconsidere, por enquanto, as ações executivas *latu sensu* e mandamentais.
25. *Sentença e coisa julgada*. 1ª ed., Porto Alegre : Sergio Fabris, 1979, p. 38.
26. *Comentários ao código de processo civil*. tom. I, 4ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1995, pp. 112/113 e mais profundamente no seu *Tratado das ações*, 1ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972, tomos I a VII, passim, especialmente o tomo I.
27. *Curso de processo civil*, ob. cit., *passim*.
28. Enrico Tullio Liebman. *Processo de execução*. 4ª ed., São Paulo : Saraiva, 1980, pp. 10 a 12.
29. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 4ª ed., Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1995, p. 493. E recentemente “*Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)*” in *Reforma do Código de Processo Civil*, ob. cit., pp. 19 e ss.
30. “*Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*”, in *Revista de Processo*, vol. 79, pp. 65 e ss.
31. Antonio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*, 9ª ed., São Paulo : Malheiros, 1992, p. 256, n.192.
32. E dessa forma, aproximando, satisfatoriamente, o nosso sistema jurídico, do instituto do *contempt of court*, do direito anglo-americano, como destacam Kazuo Watanabe, “*Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*” ob. cit., p. 494 e Luiz Guilherme Marinoni, “*Tutela cautelar e tutela antecipatória*”, ob. cit., p. 133, n. 4.11.2.

33. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*, 1ª ed., São Paulo : Malheiros, 1995, p. 34. É bem de se ver (o que se adenda agora a este ensaio) que recentemente Marinoni titubeou quanto a essa certeza, mostrando-se perplexo com uma ação constitutiva em especial, de revisão de aluguel, em que viu possibilidade de antecipação (“*A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva*” in *Revista dos Tribunais*, vol. 741, pp. 77/87).
34. Também a jurisprudência tem se dirigido para esse entendimento, como se vê do acórdão no agravo de instrumento n. 10.522, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, relatado pelo eminente Desembargador e professor Francisco Oliveira Filho, e que decidiu que “a entrega da prestação jurisdicional declaratória pressupõe cognição exaustiva e, portanto, sentença, atos incompatíveis com a liminar autorizada no art. 273 do Código de Processo Civil”.
35. Que inclusive as coloca em interessantíssima tabela em seus *Comentários ao código de processo civil*, t. V, 1ª ed., Rio de Janeiro : Forense, p. 78
36. *Curso de processo civil*, vol. I, ob. cit., p. 115.
37. E, dando conforto à posição assumida está o pensamento do eminente Egas Dirceu Moniz de Aragão “*Alterações no código de processo civil: tutela antecipatória, perícia*”, in *Reforma do código de processo civil*, ob. cit., p. 244.
38. “A nós sempre pareceu que o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, hoje inscrito no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não somente possibilita o acesso aos órgãos judiciários como também assegura a garantia efetiva contra qualquer forma de denegação da justiça. E isso significa, a toda evidência, a promessa de preordenação dos instrumentos processuais adequados à concretização dessa garantia...” Watanabe, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, ob. cit., pp. 522/523.
39. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*, ob. cit., ns. 4.11.3.2 e 4.11.3.3.
40. Com prisão por crime de desobediência. Se assim não for, não se terá *ordem*, mas mero “convite”.
41. Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, ob. cit., pp. 124 e ss. e *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*, ob. cit., p. 77 e ss.; Cândido Rangel Dinamarco. *A reforma do código de processo civil*, 2ª ed., São Paulo : Malheiros, pp. 146/147; Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Curso de processo civil*, ob. cit., p. 120, Alvaro J. D. Perez Ragone, “*Introducción al estudio de la tutela anticipatoria*”, in *Revista de Processo*, vol. 81, pp. 135 e ss, e Egas Dirceu Moniz de Aragão “*Alterações no código de processo civil: tutela antecipatória, perícia*”, in *Reforma do código de processo civil*, ob. cit., p. 241, dentre outros. Em sentido contrário, Arruda Alvim, “*Tutela antecipatória - Algumas noções - Contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas*”, cit., pp. 93/94.
42. “*Intervento*” in “*Les mesures provisoires en procédure civile*”, Colloquio internazionale, Milano : Giuffrè, 1985, p. 304, *apud* Marinoni, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, ob. cit., p. 126.
43. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em acórdão no agravo de instrumento n. 96.002148-5, lavrado pelo eminente Desembargador Pedro Manoel Abreu decidiu: “Em tese, é possível a concessão da antecipação de tutela em qualquer processo de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC. Na ação declaratória é possível a antecipação de tutela quanto a algum efeito executivo ou mandamental da sentença. (...) As verbas alimentares são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Apesar da irreversibilidade que lhes é inerente, se a verossimilhança pesar significativamente em favor do autor, o magistrado estará autorizado a sacrificar o direito improvável, em benefício do direito que se mostre mais verossímil.”
44. Vide acórdão do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, relator o Juiz Franco de Godoi, in *Revista dos Tribunais*, vol. 726, p. 308, em que o Tribunal negou provimento a agravo de instrumento interposto contra decisão que antecipara a tutela em processo de reparação de danos por acidente de trânsito.
45. “Ou seja, não nos limitamos a inserir em nosso ordenamentos jurídico o instituto peculiar ao direito norte-americano conhecido como “devido processo legal” senão que lhe adicionamos um ingrediente bem brasileiro: o *due process of law*, ao contrário do que ocorre na América do Norte, aqui exigirá “plenitude de defesa”, a impor a supressão dos juízos de verossimilhança; a cortar as liminares e a consagrar, portanto, a ordinariedade formal e a plenariedade da lide.” “*Processo de conhecimento e procedimentos especiais*”, cit., p. 43

46. Em sentido contrário, Calmon de Passos, “*Da antecipação de tutela*” in *Reforma do código de processo civil*, ob. cit., pp. 199/200.
47. Diz Arruda Alvim: “Não há, em nosso sentir, uma sobreposição ou coincidência de campos, entre a má-fé e os erros que o demandado possa incorrer. V.g., a defesa de uma tese “bisonha” e, pois, ainda que não possa configurar má-fé, nem por isto, deixará de se constituir em pressuposto possível para a t. a. [tutela antecipatória], pois, em termos práticos o processo está sendo injustificadamente procrastinado”, in “*Tutela antecipatória - Algumas noções - Contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas...*”, cit., pp. 98/99.
48. *A antecipação de tutela na reforma do processo civil*, ob. cit., p. 63.
49. “*Processo de conhecimento e procedimentos especiais*”, cit., p. 46.
50. Dentre outros, Watanabe, “*Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)*” cit., p. 36.
51. Sobre a questão, é fundamental examinar o excelente trabalho de Galeno Lacerda “*Tutela antecipatória e tutela interdita*”, publicado na coletânea de *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*, 1ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1997, p. 183 e ss., que ora se acresce ao texto.
52. José Carlos Barbosa Moreira, “*A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil*”, in *Revista de Processo* n. 81, p. 206. Igualmente Ovídio Baptista da Silva, “*A ‘antecipação’ da tutela na recente reforma processual*”, in *Reforma do código de processo civil*, ob. cit., p. 140.
53. Edgard Antonio Lippmann Jr., “*Antecipação de tutela: utopia ou realidade*” in *Revista de processo*, n. 81, p. 38: “Comungo com o entendimento de que praticamente tal inovação, se não aboliu ao todo, ao menos deixou uma margem residual muito pequena para a utilização da medida cautelar inominada prevista pelo artigo 798 do CPC”. Também Antônio Cláudio da Costa Machado “*Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC*”, in *Reforma do código de processo civil*, ob. cit., pp. 215/231, *passim*.
54. “**Art. 771.** Jusqu’à son dessaisissement, le juge de la mise en état est seul compétent, à l’exclusion de tout autre formation du tribunal, pour: (...) Allouer une provision *ad litem* ou accorder une provision au créancier lorsque l’existence de l’obligation **n’est pas sérieusement contestable;**”
55. “Le président peut toujours prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s’imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, **soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite**”.
56. *Curso de processo civil*, ob. cit., p. 119.
57. “*Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*”, in *Reforma do código de processo civil*, ob. cit., p. 32.
58. Luiz Guilherme Marinoni, “*A consagração da tutela antecipatória na reforma do CPC*”, in *Reforma do código de processo civil*, ob. cit., p. 116. O texto vetado é o seguinte: “Contra atos ilegais e abusivos de pessoas físicas ou jurídicas que lesem direito líquido e certo, individual, coletivo ou difuso, previsto neste Código, caberá ação mandamental que se regerá pelas normas de lei do mandado de segurança”.
59. “*Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC*”, in *Reforma do código de processo civil*, ob. cit., p. 221.
60. A locação residencial admite “pedido” (*rectius* = requerimento) pelo réu, de prazo para desocupação — Lei n. 8.245, de 18.10.91, art. 61.
61. José Eduardo Carreira Alvim, “*A antecipação de tutela na reforma processual*” in *Reforma do código de processo civil*” ob. cit., p. 72.
62. A natureza jurídica da condenação pela litigância de má-fé tomou, com a nova redação do *caput* do artigo 18 do CPC, pela Lei n. 8952, de 13.12.94, caminho diverso da que trilhara, no direito nacional até então. Já era entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, apesar de divergências doutrinárias, que a condenação pela litigância temerária se constituía em *indenização pelos danos processuais*. Com a reforma, porém, parece que isso mudou, ou começou a mudar e hoje ela se aproxima da multa, do *contempt of court*, que é especificamente pena, deixando

em aberto a própria indenização pelos danos causados. Esse tema, tão interessante e importante, merece, pela extensão, ser tratado em estudo a parte.

63. *Novas linhas do processo civil*, 2ª ed., São Paulo : Malheiros, 1996, p. 145.
64. Nelson Nery Jr.. *Princípios do processo civil na constituição federal*, 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 159.
65. Do tipo “Verossimilhança, conforme ensina fulano, é a aparência do direito razoável, o que está presente no caso. Isto posto concedo a medida ...”
66. Enrique Véscovi. *Teoría general del proceso*, ob. cit., p. 63.
67. “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito” in “*Temas de direito processual*”, pp. 83/95, apud WATANABE, Kazuo, “*Da cognição no processo civil*”, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987, pp. 49/50.

1100 1101 1102 1103 1104 1105 1106 1107 1108 1109 1110 1111 1112 1113 1114 1115 1116 1117 1118 1119 1120 1121 1122 1123 1124 1125 1126 1127 1128 1129 1130 1131 1132 1133 1134 1135 1136 1137 1138 1139 1140 1141 1142 1143 1144 1145 1146 1147 1148 1149 1150 1151 1152 1153 1154 1155 1156 1157 1158 1159 1160 1161 1162 1163 1164 1165 1166 1167 1168 1169 1170 1171 1172 1173 1174 1175 1176 1177 1178 1179 1180 1181 1182 1183 1184 1185 1186 1187 1188 1189 1190 1191 1192 1193 1194 1195 1196 1197 1198 1199 1200

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. **ALVIM**, José Eduardo Carreira, “A antecipação de tutela na reforma processual” in *Reforma do código de processo civil*, **TEIXEIRA**, Sálvio de Figueiredo (Org.) São Paulo : Saraiva, 1996, pp. 53 e ss.
2. **ALVIM NETTO**, José Manuel de Arruda, “Tutela antecipatória - Algumas noções - Contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas” in *Reforma do código de processo civil*, **TEIXEIRA**, Sálvio de Figueiredo (Org.) São Paulo : Saraiva, 1996, p. 77 e ss.
3. **ARAGÃO**, Egas Dirceu Moniz de. “Alterações no código de processo civil: tutela antecipatória, perícia”, in *Reforma do código de processo civil*, **TEIXEIRA**, Sálvio de Figueiredo (Org.) São Paulo : Saraiva, 1996, pp. 233 e ss.
4. **CINTRA**, Antonio Carlos de Araújo; **GRINOVER**, Ada Pellegrini e **DINAMARCO**, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 9 ed., São Paulo : Malheiros, 1992, 305 p. Madrid : Reus, 1977, 767 p.
5. **CHIOVENDA**, Giuseppe. *Princípios de derecho procesal civil*, 1 ed., tomo 1, Madrid: Reus, 1977, 767p.
6. **DINAMARCO**, Cândido Rangel. “Tutela jurisdicional”, in *Revista de Processo*, n. 81, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996, pp. 54 e ss.
7. _____. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2 ed., São Paulo : Malheiros, 294 p.
8. **FABRÍCIO**, Adroaldo Furtado. “Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares”, in *Revista da Ajuris*, v. 66, pp. 5 e ss.
9. **GRINOVER**, Ada Pellegrini, “Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer”, in *Revista de Processo*, v. 79, pp. 65 e ss.
10. **GUERRA**, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo : Malheiros, 1995, 124 p.
11. **LACERDA**, Galeno Vellinho de. “Tutela antecipatória e tutela interdita”, in *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*, **MOREIRA**, José Carlos Barbosa (Org.) 1 ed., Rio de Janeiro : Forense, 1997, pp. 183 e ss.
12. **LIEBMAN**, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4 ed., São Paulo : Saraiva, 1980, 238 p.
13. **LIPPMANN Jr.**, Edgard Antonio, “Antecipação de tutela: utopia ou realidade” in *Revista de processo*, v. 81, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996, pp. 37 e ss.
14. **MACHADO**, Antônio Cláudio da Costa. “Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC”, in *Reforma do código de processo civil*, **TEIXEIRA**, Sálvio de Figueiredo (Org.) São Paulo : Saraiva, 1996, pp. 215 e ss.
15. **MANCUSO**, Rodolfo de Camargo. “Tutela antecipada: uma interpretação do art. 273 do CPC”, in *Reforma do Código de Processo Civil*, **TEIXEIRA**, Sálvio de Figueiredo (Org.) São Paulo : Saraiva, 1996, pp. 167 e ss.
16. **MARINONI**, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, 1 ed., 2 tir., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994, 153 p.
17. _____. *Novas linhas do processo civil*, 2 ed., São Paulo : Malheiros, 1996, 167 p.
18. _____. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*, 1 ed., São Paulo : Malheiros, 1995, 124 p.
19. _____. “A consagração da tutela antecipatória na reforma do CPC”, in *Reforma do código de processo civil*, **TEIXEIRA**, Sálvio de Figueiredo (Org.) São Paulo : Saraiva, 1996, pp. 113 e ss.
20. _____. “A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva” in *Revista dos Tribunais*, v. 741, pp. 77 e ss.

21. **MIRANDA**, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. tomo 1, 4 ed., Rio de Janeiro : Forense, 1995, 497 p.
22. _____. *Comentários ao código de processo civil*, tomo 5, 1 ed., Rio de Janeiro : Forense, 1974, 487 p.
23. _____. *Tratado das ações*, 1 ed., tomos 1 a 7, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972.
24. **MOREIRA**, José Carlos Barbosa. "A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil", in *Revista de Processo* n. 81, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996, pp. 198 e ss.
25. **NERY Jr.**, Nelson. "Princípios do processo civil na constituição federal", 2 ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, 221 p.
26. **OLIVEIRA**, James Eduardo C. M., "O mérito do processo cautelar", in *Revista dos Tribunais*, v. 712, pp. 40 e ss.
27. **PASSOS**, José Joaquim Calmon. *Inovações no código de processo civil*, 2 ed., 2 tir., Rio de Janeiro : Forense, 1995, 146 p.
28. _____. "Da antecipação da tutela" in *Reforma do código de processo civil*, **TEIXEIRA**, Sálvio de Figueiredo (Org.) São Paulo : Saraiva, 1996, pp. 187 e ss.
29. **RAGONE**, Alvaro J. D. Perez "Introducción al Estudio de la Tutela Anticipatoria", in *Revista de Processo*, v. 81, pp. 135 e ss.
30. **SILVA**, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 1, 3 ed., Porto Alegre : Sergio Fabris, 1996, 479 p.
31. _____. *Curso de processo civil*, v. 3, 1 ed., Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1993.
32. _____. "A 'antecipação' da tutela na recente reforma processual", in *Reforma do código de processo civil*, **TEIXEIRA**, Sálvio de Figueiredo (Org.) São Paulo : Saraiva, 1996, pp. 129 e ss.
33. _____. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 4 ed., Rio de Janeiro : Forense, 1992, 464 p.
34. _____. "Processo de conhecimento e procedimentos especiais", in *Revista dos Tribunais*, v. 692, pp. 40 e ss.
35. _____. *Sentença e coisa julgada*. 1 ed., Porto Alegre : Sergio Fabris, 1979, 172 p.
36. **DE PLÁCIDO E SILVA**. "Vocabulário Jurídico", 4 ed., v. 3, Rio de Janeiro : Forense, 1975, p. 946.
37. **TARZIA**, Giuseppe, "O novo processo civil de cognição na Itália" in *Revista de Processo*, v. 79, pp. 51 e ss.
38. **VASCONCELOS**, Antonio Vital Ramos. "O reconhecimento de firma na procuração "ad judicium"", in *Revista dos Tribunais*, volume n. 720, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, pp. 346 e ss.
39. **VÉSCOVI**, Enrique. "Teoría general del proceso", 1 ed., Bogotá : Temis, 1984, 352 pp.
40. **WATANABE**, Kazuo, "Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)" in *Reforma do Código de Processo Civil*, **TEIXEIRA**, Sálvio de Figueiredo, org., São Paulo : Saraiva, 1996, pp. 19 e ss.
41. _____. *Da cognição no processo civil*, 1 ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987, 136 p.
42. **WATANABE**, Kazuo, et al. "Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 4 ed., Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1995, 730 p.
43. "NOUVEAU Code de Procédure Civil", 72^{me} ed., Paris : Dalloz, 1979, 1248 p.