

MEDIDAS CAUTELARES E MEDIDAS ANTECIPATÓRIAS: TÉCNICAS DIFERENTES, FUNÇÃO CONSTITUCIONAL SEMELHANTE

TEORI ALBINO ZAVASCKI *

*Juiz do Tribunal Regional Federal - 4ª Região
Professor de Processo Civil na UFRGS*

Sumário

I. Poder geral de cautela e medidas antecipatórias. 2. Antecipação da tutela após a reforma processual de 1994. 3. Função constitucional: o elemento de identidade entre cautela e antecipação. 4. Os fenômenos de tensão entre segurança e efetividade 5. A tutela provisória (cautelar e antecipatória) como instrumento de harmonização de direitos fundamentais em conflito. 6. Cautelar é garantia, antecipação é satisfação. 7. Antecipa-se a eficácia social, não a jurídico-formal. 8. Relação de pertinência entre tutela definitiva e medida antecipatória. 9. Ordens de abstenção: cautelares ou antecipatórias? 10. Conclusões.

1. Poder geral de cautela e medidas antecipatórias

Na estruturação do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, ficou reservado Livro próprio para o "Processo Cautelar" e nele o



* Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 08/05/2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: Técnicas diferentes, função constitucional semelhante. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 14, p. 35-51, 1996.

legislador, além de disciplinar diversos procedimentos especiais - alguns, inclusive, sem natureza genuinamente cautelar - atribuiu ao juiz o que se convencionou denominar poder geral de cautela, ou seja, o poder de "determinar as medidas provisórias que julgar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação" (art. 798 do CPC). A interpretação desse instituto sempre foi controvertida na doutrina, especialmente no que respeita ao alcance e conteúdo das tais "medidas provisórias adequadas". No cerne da polêmica situou-se a questão de se saber se essas medidas eram apenas consistentes de garantias ou se, ao revés, poderiam comportar também providências que representassem a própria antecipação do direito material afirmado pelo interessado. Enfim: questionou-se largamente sobre a legitimidade ou não, no âmbito do processo cautelar, das chamadas *medidas cautelares satisfativas*.

Várias correntes de opinião se formaram a respeito. Houve quem sustentasse, como Galeno Lacerda, que "no exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar 'as medidas provisórias que julgar adequadas' para evitar dano à parte¹, poderia o juiz inclusive antecipar provisoriamente a própria prestação jurisdicional objeto da ação de conhecimento, espécie de cautela essa que, em seu entender, está compreendida" na finalidade do processo cautelar: "A finalidade do processo cautelar consiste em obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento e de execução. Nesta perspectiva, três necessidades podem surgir: a de garantir-se a prova, a de assegurar-se a execução quanto aos bens e a de outorgar-se desde logo a antecipação provisória"². Nessa última espécie estaria abrangida "grande parte das cautelares inominadas"³, campo em que "essa antecipação se

¹ Galeno Lacerda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 3^a ed., 1987, vol. VIII, tomo I, p. 135.

² Ob. cit., pp. 15-16.

³ Ob. cit., p. 15.

estende em dimensões notáveis, praticamente a todos os setores do direito."⁴

Em linha oposta situaram-se os que, como Humberto Theodoro Júnior, consideram bem mais limitado o poder geral de cautela. Para ele, "a melhor doutrina não mais reconhece à tutela cautelar o caráter de antecipação provisória da satisfação do direito material".⁵ As liminares antecipatórias, que já apresentam "decisão satisfativa do direito, embora precária", previstas em certos procedimentos especiais (interditos possessórios, mandado de segurança), não têm natureza cautelar. Com as medidas cautelares, isto, de antecipar a entrega da prestação de direito, "jamais ocorrerá, pois são neutras diante do resultado do processo principal".⁶ No seu entender, o poder geral de cautela teria a seguinte conformação: "Seu fito é apenas garantir a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa. Não pode, nem deve, a medida cautelar antecipar a decisão sobre o direito material, pois não é da sua natureza autorizar uma espécie de execução provisória".⁷

Posição intermediária foi defendida por J. J. Calmon de Passos: "O que se perquire é a possibilidade de o juiz, no silêncio da lei, antecipar a tutela, por conseguinte criar liminares não expressamente autorizadas pelo legislador. Contra isso me oponho. A liminar é uma antecipação de tutela e só o legislador pode deferi-la, em nosso sistema. A cautelar é um expediente técnico assegurador da futura tutela. E só a isso o juiz está autorizado. Indaga-se: entretanto, como fazer, se para resguardar o resultado útil do processo outro expediente inexistente fora da antecipação da própria tutela, ainda que em caráter provisório? Nestas circunstâncias, responde-se, a antecipação (liminar) é a própria cautela, identificando-se

⁴ Ob. cit., p. 17.

⁵ Humberto Theodoro Jr., *Processo Cautelar*, São Paulo, Ed. Universitária de Direito, 11^a ed., 1989, p. 65.

⁶ Ob. cit., p. 67.

⁷ Ob. cit., p. 109.

ambas. E assim, a antecipação estaria autorizada, por força de sua função cautelar".⁸

Ao admitir, como admite, que o poder geral de cautela compreende, excepcionalmente, também o de antecipar a própria tutela de mérito quando inexistente outra medida apta a garantir o resultado útil do processo, Calmon de Passos, nesse ponto, parece aproximar-se mais de Galeno Lacerda do que de Theodoro Júnior. Também para Galeno Lacerda, as cautelares inominadas, notadamente as antecipatórias - que, no seu entender, têm natureza discricionária - não podem ser concedidas arbitrariamente. "Discricção não significa arbitrariedade, mas liberdade de escolha e de determinação dentro dos limites da lei", sustenta ele.⁹ E acrescenta: "se discricção se traduz na liberdade de escolha dentro da finalidade legal, não significa, porém, arbítrio subjetivo, deformador do justo e exato valor objetivo dos fatos submetidos à apreciação do agente público, juiz ou administrador. Não há liberdade para estes, quanto ao dever de descobrir e definir a melhor solução imposta pelos fatos, dentro do critério genérico legal".¹⁰ Para Galeno Lacerda "o poder genérico e inominado não cabe se existirem no ordenamento jurídico outros meios típicos de tutela, previstos para a espécie",¹¹ e, *mutatis mutandis*, essa opinião coincide com a de Calmon de Passos, sobre os limites, impostos pelo sistema, à concessão de liminares satisfativas.

Nesta brevíssima síntese das posições doutrinárias sobre o poder geral de cautela é importante que se mencione a opinião de Ovídio A. Baptista da Silva, para quem são substancialmente inconfundíveis as medidas cautelares (que representam, simplesmente, medidas de *segurança para a execução*), e as medidas antecipatórias (medidas de

⁸ J. J. Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, Ed. RT, 1984, p. 112.

⁹ Ob. cit., p. 138.

¹⁰ Ob. cit., p. 139.

¹¹ Ob. cit., p. 159.

execução para segurança). Aquelas são cautelares. Estas, "de cautelares apenas têm o nome e a forma procedimental",¹² o que não significa, entretanto, serem elas ilegítimas. Pelo contrário: "A legitimidade deste tipo de tutela jurisdicional é manifesta, tendo-se em vista a supressão, determinada por nosso direito atual, dos demais instrumentos de sumariação de demandas, tomando o procedimento ordinário a via praticamente exclusiva para a solução de conflitos".¹³ E mais: "Se, nestas circunstâncias, indagarmos a respeito da freqüência com que podem ocorrer, em nosso direito, as liminares 'satisfativas-provisionais', ou a respeito de sua natural potencialidade para expandirem-se numericamente, em nossa prática judiciária, a resposta deverá mostrar que não há limites possíveis que impeçam o seu crescimento, dado que, sendo elas apenas e exclusivamente liminares que antecipam a sentença final de procedência, em tese, qualquer demanda que contenha eficácias executiva ou mandamental – ou demandas condenatórias em mandamentais transformadas, como naquelas hipóteses mencionadas há pouco - podem produzir decisões liminares de tipo interdital".¹⁴

Esta dessintonia doutrinária refletiu-se, como era de se esperar, na jurisprudência. Todavia, o que ocorreu nos Tribunais, de um modo geral, foi a gradual passagem de uma linha de orientação nitidamente radical, de rejeitar medidas cautelares *satisfativas*, para outra exatamente oposta. A ação cautelar passou a ser aceita, não apenas como instrumento para a obtenção de medidas para garantia do resultado útil do processo, mas também para alcançar tutela de mérito que reclamasse solução urgente. Esse movimento pendular acompanhou, aliás, um movimento mais amplo, sentido também em outros países com sistema semelhante ao nosso, de expansão da tutela provisória. Na onda

¹² Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, vol.III, p. 17.

¹³ Ob. cit., p. 60.

¹⁴ Ob. cit., p. 67.

expansiva, vieram abusos, como, por exemplo, o da concessão de liminares, mais que satisfativas, irreversíveis, cuja execução inviabilizava o retomo da situação fática ao estado anterior, comprometendo irremediavelmente a garantia do contraditório e da defesa, bem como, obviamente, a efetividade prática de eventual sucesso do réu na sentença final.

Preocupado com o fenômeno, que atingiu especialmente as entidades da administração pública, o legislador buscou alternativas para contê-lo em padrões razoáveis, e para isso editou várias normas limitadoras da tutela provisória *satisfativa*, proibindo-a em certos casos e, em outros, submetendo sua concessão a requisitos mínimos de contraditório. Exemplos significativos de preceitos com essa finalidade são os da Lei n. 8.437, de 30.6.92, que "dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público". Ao assim proceder, ou seja, ao impor limites à sua concessão, o legislador, implicitamente, acabou por reconhecer a possibilidade, ainda que restrita, de medidas antecipatórias no âmbito do poder cautelar geral.

2. Antecipação da tutela após a reforma processual de 1994

Nesse contexto sobreveio a reforma processual de 1994: dando nova redação ao art. 273 do Código de Processo Civil, o legislador consagrou a possibilidade de o juiz, atendidos certos requisitos, antecipar, em qualquer processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva de mérito. Essa mudança, generalizando a concessão da tutela antecipatória, teve relevantes conseqüências não apenas no campo do processo cautelar, mas também no de conhecimento e no de execução, conseqüências muito mais profundas do que à primeira vista pode parecer. A orientação do legislador foi clara: admitiu explicitamente a possibilidade de concessão de medidas de antecipação do próprio direito material afirmado pelo autor, mas deu a tal espécie de tutela uma

disciplina processual e procedimental própria, diversa da prevista para as medidas cautelares.

Assim, após a reforma, já não se pode mais questionar da legitimidade de *medidas provisórias satisfativas*, providência cabível, agora, em qualquer ação de conhecimento. No entanto, 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 este apenas às medidas genuinamente cautelares. Inconcebível, desde então (salvo expressa lei autorizadora, como é o caso do art. 852 do CPC), pensar-se em antecipação da tutela como pretensão apta a ser deduzida em ação autônoma, ainda que *preparatória* a uma *ação principal*.

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, exceto nos casos, raros, em que a lei expressamente prevê ação autônoma com tal finalidade, como, *v.g.*, nos alimentos provisionais (CPC, art. 852)". 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*.

Bem se vê, com isso, 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. Antes da reforma do Código, a pergunta que se fazia era se as medidas antecipatórias podiam ser consideradas medidas cautelares e, assim, ser incluídas no poder geral de cautela do art. 798 do CPC. Depois da reforma, a indagação cabível é outra: a de como identificar as medidas sujeitas ao regime do processo cautelar e as subordinadas ao regime do art. 273. O antigo questionamento continua aceso, portanto, deslocado tão-somente seu enfoque: a razão de distingui-las, está em que cada uma das espécies de tutela provisória tem regime próprio, inconfundível e, por assim dizer, "infungível", insuscetível de substituição pelo regime da outra.

3. Função constitucional: o elemento de identidade entre cautela e antecipação

No direito brasileiro, o poder que tem o juiz de conceder medidas provisórias (o "poder geral de cautela", ou "poder geral acautelatório", nele incluídas medidas cautelares e antecipatórias) tem sua origem, sua fonte de legitimidade e seu âmbito de eficácia demarcado diretamente pela Constituição. É, em suma, um fenômeno de estatura constitucional e não simplesmente legal. Em nosso direito, caracterizado pela supremacia da Constituição e pela viabilidade ampla de controle difuso dessa supremacia, todo e qualquer preceito normativo sofre inafastável relação de coordenação e de subordinação para com os preceitos constitucionalizados. É a Constituição que dá unidade ao sistema, que estabelece seus princípios básicos, que fixa as diretrizes e os limites do conteúdo da legislação ordinária.

Essa advertência é especialmente relevante quando se está em face de instituto jurídico que o legislador ordinário importou do direito

estrangeiro, ou nele se inspirou para criá-lo. Também nesse caso, a nova ordem legislativa deve receber interpretação e aplicação tais que a ponha em harmonia com os princípios da Constituição, de modo que passe a representar a mais fiel concretização dos valores constitucionais. Daí resulta que nem sempre o instituto jurídico importado tem, aqui, conformação semelhante à que tem no sistema de origem, pois o que dá a ele seu exato contorno é o sistema constitucional em que se acha inserido.

Veja-se, a propósito, o que ocorre com o já mencionado artigo 798 do CPC, com base no qual, vale repetir, o juiz está autorizado a "determinar as medidas provisórias que julgar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação". Trata-se de dispositivo processual praticamente idêntico ao do art. 700 do "Código de Procedura Civile" italiano, sua fonte inspiradora, segundo o qual "Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni de questo capo, chi ha fondato motivo de temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinária, questo sia minacciato da um pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, piu idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisionel sul mérito". Interpretados em sua estrita literalidade, isolados do respectivo sistema constitucional, os dois dispositivos deveriam conduzir o intérprete a retirar deles resultados semelhantes, a saber: tanto no Brasil, como na Itália está o Juiz investido de poderes que lhe facultam larga margem de atuação na seara das medidas provisórias.

Não é assim, contudo, segundo opinião de respeitável doutrina italiana. Escrevendo sobre o processo cautelar na Itália, após a reforma operada em 1990 no direito italiano, e comparando-o com o sistema brasileiro, Giovanni Verde deixou claro que em seu País "ancora oggi non

esiste un potere cautelare generali dei giudici".¹⁵ e isso em virtude dos empecilhos de ordem sistemática e ideológica existentes na Itália à outorga de tão amplos poderes ao Juiz, o que não ocorre no Brasil, onde o sistema constitucional, inspirado no direito norteamericano, confere aos juízes inclusive poderes para deixar de aplicar lei que considere incompatível com a Constituição. "Di conseguenza, potremo ritenere che mentre in Itália si è fatta sentire e continua a farsi sentire l'influenza dell'idealismo quale si esprime nel primato della legge (che ingloba in sé la giustizia), nel Brasile si è accettata come naturale l'idea che il parâmetro irrinunciabile al quale deve essere rapportato l'ordinamento, e quindi anche la legge, resta la giustizia. Sul piano concreto la differenza è immediatamente percepibile".¹⁶

Portanto, insista-se: é imprescindível que os institutos de direito processual, ainda quando tenham semelhança com os do direito estrangeiro, recebam aqui, não necessariamente as vestes que a doutrina e a jurisprudência estrangeira lhes dão, mas a roupagem própria e adequada ao nosso sistema constitucional. É preciso que as leis processuais sejam compreendidas, interpretadas e aplicadas segundo os princípios constitucionais aos quais servem e para cuja efetivação exercem função concretizadora.

E com esta justificação preliminar, examinemos o tema proposto, ou seja, a fundamentação constitucional das medidas cautelares e das medidas antecipatórias, que, por ser comum às duas, constitui o mais relevante ponto de identidade entre essas espécies de providências jurisdicionais.

Freqüentemente se afirma que a tutela cautelar, e, por certo,

¹⁵ Giovanni Verde, "Il Processo Cautelare (Osservazioni sparse sui Codici di Procedura in Itália e in Brasile)", *Revista de Processo* n. 79, 1995, p. 37.

¹⁶ Ob. cit, p. 40.

também a antecipatória, é espécie de tutela *preventiva*, cuja matriz constitucional estaria no inciso XXXV do art. 5º da Carta, que assegura proteção jurisdicional não apenas em caso de lesão, mas também em caso de *ameaça* a direito. Esta, porém, não é justificação suficiente, até porque, no regime constitucional anterior, a cláusula que garantia a inafastabilidade de acesso ao Judiciário não continha referência à hipótese de *ameaça* (art. 163, § 4º, da Constituição de 1969) e nem por isso se poderia duvidar da legitimidade constitucional da tutela cautelar. Na verdade, a tutela *preventiva* assegurada pela Constituição, é tutela *definitiva* (isto é, formada à base de cognição exauriente e apta a produzir coisa julgada material, ou seja, semelhante à tutela conferida para o caso de direito já lesado) e não *provisória*, como o é a tutela cautelar e a antecipatória. Diferentemente dessas, a tutela preventiva, como enfatizou Barbosa Moreira, "visa proteger de maneira direta a situação material em si, razão porque a providência judicial descansará no prévio acerto do direito (*lato sensu*) e jamais assumirá feição de provisoriedade, nem podendo qualificar-se de instrumental senão no sentido genérico em que o é todo o processo, mas apresentando em qualquer caso caráter definitivo - ou, se quisermos usar uma linguagem tipicamente carneluttiana, 'satisfativo'" .¹⁷

Na verdade, a função jurisdicional acautelatória - chamemo-la assim para englobar as várias espécies de tutela provisória - justifica-se constitucionalmente como mecanismo de concretização e de harmonização de direitos fundamentais em conflito. Sua origem, sua importância, sua indispensabilidade, sua legitimidade enfim, decorrem, não de um ou outro dispositivo específico, e sim do próprio sistema constitucional organicamente considerado, conforme já sustentamos em

¹⁷ José Carlos Barbosa Moreira, "Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva", in *Temas de Direito Processual – 2ª série*, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 25.

outros estudos,¹⁸ por fundamentos a seguir sintetizados.

4. Os fenômenos de tensão entre segurança e efetividade

A Constituição, especialmente em seu art. 5º, assegura aos indivíduos, explícita e implicitamente, um significativo conjunto de direitos e garantias fundamentais, que, observados abstratamente em sua sede normativa, guardam entre si perfeita compatibilidade, estando todos igualmente aptos a receber aplicação a mais plena e eficaz. Todos os direitos constitucionais, sem exceção, devem ser respeitados e cumpridos, de modo a que produzam integralmente os seus efeitos, mesmo porque têm aplicação imediata por expressa determinação da Carta Política (§ 1º do art. 5º). Embora pareça por demais óbvio isso que se acabou de dizer, o certo é que, na prática, o atendimento absoluto e simultâneo das garantias constitucionais nem sempre é possível. Figurem-se, como exemplo, as freqüentes dificuldades - e, não raro, a impossibilidade mesmo - de assegurar-se convivência plena e *simultânea* entre o direito à intimidade da vida privada e o direito à liberdade de informação jornalística, ou da proibição de censura com o direito a qualidade da educação, e assim por diante. Esses são apenas exemplos dos muitos possíveis *fenômenos de tensão* entre direitos fundamentais, dos quais se originam as chamadas *colisões de direitos* ou *conflitos de direitos*.¹⁹

A concordância prática entre direitos fundamentais eventualmente tensionados entre si é obtida mediante regras de conformação oriundas de duas fontes produtoras: há a regra criada pela via da legislação ordinária e há a regra criada pela via judicial direta, no

¹⁸ Teori Albino Zavascki, "Restrições à concessão de liminares", *RT*, vol. 718, p. 54, *Revista Jurídica*, n. 125, p. 28, *Revista de Informação Legislativa*, n. 125, p. 125. "Antecipação da Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais", *Ajuris*, n. 64, p. 395.

¹⁹ Sobre o tema: J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5ª ed. Coimbra, Almedina, 1992, p. 657; Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 413 e 490.

juízo de casos específicos de conflito. A primeira (solução pela *via legislativa*) pode ocorrer sempre que forem previsíveis os fenômenos de tensão e de conflito, sempre que for possível intuí-los, à vista do que comumente ocorre no mundo dos fatos. Quanto à construção de regra pela *via judicial* direta, ela se tomará necessária em duas hipóteses: ou quando inexistir regra legislada de solução, ou quando esta (construída que foi à base de *mera intuição*) se mostrar insuficiente ou inadequada à solução do conflito concretizado, que não raro se apresenta com características diferentes das que foram imaginadas pelo legislador. Em qualquer caso, considerada a inexistência de hierarquia, no plano normativo, entre os direitos fundamentais conflitantes, a solução do impasse há de ser estabelecida mediante a devida ponderação dos bens e valores concretamente tensionados, de modo a que se identifique uma *relação específica de prevalência* de um deles.

Ora, no rol dos direitos fundamentais, a Constituição Federal, como se sabe, elencou número bem representativo de direitos fundamentais em benefício de quantos têm necessidade de litigar em juízo, direitos esses que constituem cláusulas do que genericamente se denomina *devido processo legal*, e que podem ser agrupados em dois grandes conjuntos: primeiro, o conjunto de direitos fundamentais identificados, globalmente, como *direito à efetividade da jurisdição*; depois, os direitos formadores do conjunto que poderia denominar-se *direito à segurança jurídica*.

O direito à efetividade da jurisdição - que se denomina também, genericamente, *direito de acesso à justiça* ou *direito à ordem jurídica justa* - consiste no direito de provocar a atuação do Estado, detentor do monopólio da função jurisdicional, no sentido de obter, em prazo adequado, não apenas uma decisão justa, mas uma decisão *com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos*.

Por outro lado, é da Constituição que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5º, LIV), como tal entendido o processo que assegura aos litigantes "o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (inc. LV). Nesse conjunto de garantias está inserido o *direito à segurança jurídica*, de cuja densidade se pode extrair que não apenas a liberdade, mas também os bens em sentido amplo (inclusive, pois, os direitos subjetivos de qualquer espécie) não de permanecer sob a disposição de quem os detém e deles se considera titular, até que se esgote o devido processo legal. É, pois, direito constitucional do demandado (como o é, também, do litigante demandante) o direito à chamada *cognição exauriente*, vale dizer, a que submete as soluções definitivas dos conflitos a procedimentos prévios com possibilidade de contraditório, ampla defesa e interposição de recursos.

Por se tratar de direitos fundamentais de idêntica matriz constitucional, não há hierarquia alguma, no plano normativo, entre o direito à efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica, pelo que não de merecer, ambos, do legislador ordinário e do juiz, a mais estrita e fiel observância. Todavia, a exemplo do que se passa em relação a outros direitos fundamentais, também entre esses podem ocorrer, no plano da realidade, fenômenos de tensão. Há, com efeito, um elemento fático especialmente habilitado a desencadeá-los: é o fator *tempo*. O decurso do tempo, todos sabem, é inevitável para a garantia plena do direito à segurança jurídica, mas é, muitas vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição, notadamente quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente. Sempre que se tiver presente situação dessa natureza - em que o direito à segurança jurídica não puder conviver, harmônica e simultaneamente, com o direito à efetividade da jurisdição - ter-se-á caracterizada hipótese de colisão de direitos fundamentais dos litigantes, a reclamar solução harmonizadora. Ora, a harmonização - porque supõe *pluralidade* de elementos a serem harmonizados não pode

se dar, simplesmente, à custa da eliminação de um dos direitos colidentes. Isto não seria uma solução *harmonizadora* (= conciliadora, congraçadora, conformadora) dos elementos em conflito, mas sim uma solução de *desarmonização*, se assim se pode dizer, pois equivaleria a excluir do sistema jurídico, como se dele não fizesse parte, um dos direitos conflitantes. A solução conformadora deve ocorrer, isto sim, de modo a que *todos* os direitos colidentes sobrevivam, senão de modo absoluto, pelo menos relativizados, tendo-se sempre presente que "o intérprete ou o concretizador da Constituição deve limitar-se a uma tarefa de concordância prática que sacrifique no mínimo necessário ambos os direitos".²⁰ Conforme observou Giuseppe Tarzia, "il conflitto, che definirei brutale, del nostro tempo tra l' esigenza di efficienza e quella di garanzia, ...non si può comporre, evidentemente, con l'eliminazione della giustizia ordinaria o della giustizia sommaria, ma con il temperamento di quelle due esigenze, all'interno del sistema stesso della giurisdizione provvisoria".²¹

5. A tutela provisória (cautelar e antecipatória) como instrumento de harmonização de direitos fundamentais em conflito

Em nosso sistema, como em muitos outros, a fórmula para viabilizar a convivência entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição é a da outorga de medidas de caráter provisório, que sejam aptas a superar as situações de risco de perecimento de qualquer um desses direitos. Em muitos casos, de ocorrência corriqueira e, portanto, previsível, o próprio legislador se encarregou de estabelecer o modo de solucionar o conflito, indicando expressamente a providência que para tanto julgou oportuna. São exemplos disso as situações descritas no CPC

²⁰ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991, p. 136.

²¹ Giuseppe Tarzia, "Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile", *Rivista di Diritto Processuale*, 1985, p. 252.

de cabimento de arresto, de seqüestro, de busca e apreensão e das demais medidas cautelares típicas. Assim também procedeu o legislador quando disciplinou certos casos específicos de antecipação da tutela, como nas ações possessórias e na de alimentos provisionais. Em todos esses casos, o Poder Legislativo, atuando em plano geral e abstrato, descreveu situações de fato que reclamam tutela imediata e diferenciada e, desde logo, formulou a solução que considerou a mais conveniente para atender a urgência.

Mas a vida oferece, não raro, certas combinações de circunstâncias e acontecimentos que nem a mais fértil imaginação conseguiria prever, o que torna impossível antecipar disciplina por via legislativa. Isso ocorre também em relação às situações de conflito entre efetividade e segurança e para elas não há, nem poderia haver, solução previamente estabelecida. Presente situação fática com tais características, caberá ao Juiz a tarefa de criar topicamente a regra conformadora. Para isso tem arrimo constitucional e, embora desnecessariamente, também autorização expressa da lei processual ordinária. É o que claramente consta nos artigos 798 e 273 do CPC. Utilizando terminologia fluida e de conteúdo genérico ("fundado receio", "lesão grave", "difícil reparação", "dano irreparável", "abuso do direito de defesa", "manifesto propósito protelatório") aqueles dispositivos nada mais fazem senão descrever situações de possível confronto entre efetividade e segurança, abrindo campo para que o juiz formule ele próprio, caso a caso, a solução mais adequada a manter vivos e concretamente eficazes os dois direitos fundamentais. Está aí a via judicial de criação da regra conformadora, convindo anotar que, como parece intuitivo, tal via somente será legítima na inexistência ou na insuficiência de regra legislada. A via legislativa, sempre que houver, é a preferencial e

deve ser adotada com exclusão de qualquer outra.²²

No mister de formular a solução conformadora, tem o juiz à sua disposição duas técnicas distintas, que utilizará segundo a natureza do caso concreto: a cautelar e a antecipatória. Com a primeira, assegura a efetividade do processo por meio de medida de garantia (medida genuinamente cautelar, fundada no art. 798 do CPC); com a outra, assegura essa efetividade mediante a antecipação, total ou parcial, de efeitos executivos da própria tutela definitiva pretendida na inicial (medida antecipatória, disciplinada no art. 273 do CPC).

O que sustentamos, em suma, é que o poder jurisdicional de decretar medidas provisórias cautelares ou antecipatórias, representa, simplesmente, o poder de formular regras de solução para os fenômenos concretos de conflito entre direitos fundamentais que formam o devido processo legal. Trata-se de poder que nasce, não propriamente do art. 5º, inc. XXXV da Constituição, como tutela preventiva, mas do sistema constitucional organicamente considerado: configurados, como inevitavelmente se configuram na realidade prática, fenômenos de colisão entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição, tornar-se-á inafastável a necessidade de formular solução harmonizadora, tarefa que, na omissão da lei, deve, por imposição do sistema constitucional, ser assumida necessariamente pelo Juiz. Com efeito, por ser inerente à função de decidir conflitos, é poder que decorre, não da lei, mas diretamente da Constituição. Dele estaria investido o Juiz mesmo que não existisse, na legislação ordinária, autorização semelhante a dos artigos 798 e 273 do CPC, até pela singela razão de que "o Juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei" (CPC, art. 126).

Conclui-se, do acima exposto, que as medidas antecipatórias e

²² Nesse sentido, a doutrina (Galeno Lacerda, ob. cit., p. 159) e a jurisprudência (*RSTJ* 53/1.556).

as medidas cautelares têm um objetivo e uma função constitucional comuns: são instrumentos destinados a, mediante a devida harmonização, dar condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição. E é nesta função instrumental concretizadora que ditas medidas legitimam-se constitucionalmente. Ademais, por constituírem instrumento destinado a atuar em situações de urgência - vale dizer, em situações em que a falta de agilidade da prestação jurisdicional pode levar ao perecimento do direito, nas quais, por isso mesmo impõe-se providência imediata, a ser tomada em tempo menor que o dispendido para a entrega da tutela definitiva - as medidas cautelares e as antecipatórias têm em comum outras características: são formadas à base de cognição sumária (isto é, cognição menos aprofundada, no plano vertical, que a cognição prevista para a tutela definitiva); são precárias (isto é, podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo, uma vez constatada a modificação do fato, ou de sua prova, caracterizador da situação de urgência) e estão invariavelmente referenciadas a uma pretensão de tutela definitiva.

6. Cautelar é garantia, antecipação é satisfação

Apesar das suas características comuns e da sua identidade quanto à função constitucional que exercem, as medidas cautelares e as antecipatórias são tecnicamente distintas, sendo que a identificação de seus traços distintivos ganha relevo em face à autonomia de regime processual e procedimental que lhes foi atribuída pelo legislador.

Tomando por base o artigo 273 do CPC, podemos definir medida antecipatória como a medida através da qual o juiz antecipa, "total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial". Se pudermos identificar, no conjunto das medidas de tutela provisória, as

que apresentam essas características, poderemos, ainda que por exclusão, distingui-las das demais, sujeitas ao regime do Processo Cautelar.

Como ponto de partida, convém atentar para as várias espécies de perigo que podem comprometer a efetividade da função jurisdicional. Ao classificar as medidas cautelares (nelas incluídas, na sua linha de orientação, as antecipatórias), Piero Calamandrei as dividiu em quatro grupos: medidas de instrução antecipada, medidas para garantir a execução forçada, medidas de antecipação provisória e, finalmente, medidas de caução processual.²³ Com exceção das do último grupo (cujo exame aqui não interessa, dado que constituem medidas de contracautela), esta é também a classificação adotada, entre nós, por Galeno Lacerda, que as dividiu em medidas de "segurança quanto à prova", "segurança quanto aos bens (execução)" e "segurança mediante antecipação provisória da prestação jurisdicional".²⁴ Como parâmetro de tal classificação, seus autores tiveram em mente as várias situações de perigo a ser debelado com a medida. Realmente, no dizer de Calamandrei, as providências de segurança da prova (primeiro grupo) são cabíveis "cuando, antes de que el proceso se inicie, existe motivo para temer que, si la providencia instructoria tardase, sus resultados prodrían ser menos eficaces",²⁵ já as providências do segundo grupo (segurança para a execução) "sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forçada, impidiendo la dispersión de los bienes que puedan ser objeto de la misma",²⁶ e no terceiro grupo, estão as providências "mediante las cuales se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinário se perfeccione la decisión definitiva, una relación controvertida, de la indecisión de la qual, si ésta perdurase hasta la

²³ Piero Calamandrei, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ed. Bibliografica Argentina, 1945, p. 51.

²⁴ Ob. cit., p. 15.

²⁵ Ob. cit., p. 53.

emanación de la providencia definitiva, podrían derivar a una de las partes daños irreparables".²⁷

Tem-se, destarte, que, as situações de risco à efetividade da prestação da tutela definitiva são essencialmente três. Há situações em que a *certificação* do direito material é que está em risco, já que a prova de sua existência encontra-se ameaçada em face da demora de sua coleta pelos meios ordinários. Nesses casos será urgente *medida para antecipar a produção da prova*, que, todavia, não importa qualquer antecipação de efeitos da futura sentença. Por outro lado, há situações em que o perigo ameaça, não a certificação, mas a futura *execução forçada* do direito certificado, com a dissipação das suas indispensáveis bases materiais. Nestes casos, urgente será *medida para garantir a execução*, o que, igualmente, não significa antecipar efeitos da tutela definitiva. Mas, finalmente, há situações em que a certificação do direito pode não estar sob risco, como podem não estar sob risco de dissipação os bens destinados à execução do direito certificado: o perigo de dano ao direito decorre, unicamente, da demora na sua efetiva fruição. Em casos tais, será *urgente medida para propiciar a própria satisfação do direito afirmado* e tal medida, por certo, representará antecipação de um efeito típico da tutela definitiva, própria da futura sentença de procedência.

Em suma: há casos em que apenas a certificação do direito está em perigo, sem que sua satisfação seja urgente ou que sua execução esteja sob risco; há casos em que o perigo ronda a execução do direito certificado sem que a sua certificação esteja ameaçada ou que sua satisfação seja urgente. Em qualquer de tais hipóteses, garante-se o direito, sem satisfazê-lo. Mas há casos em que, embora nem a certificação e nem a execução estejam em perigo, a satisfação do direito é, todavia, urgente, dado que a demora na fruição constitui, por si, elemento

²⁶ Ob. cit., p. 56.

²⁷ Ob. cit., p. 58.

desencadeante de dano grave. Essa última é a situação de urgência legitimadora da medida antecipatória.

7. Antecipa-se a eficácia social, não a jurídico-formal

Antecipar, portanto, significa satisfazer, total ou parcialmente, o direito afirmado pelo autor e, sendo assim, não se pode confundir medida antecipatória com antecipação *da sentença*. O que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação porventura pretendidas como tutela definitiva. Antecipam-se, isto sim, os efeitos executivos daquela tutela. Em outras palavras: não se antecipa a eficácia jurídico-formal (ou seja, a eficácia declaratória, constitutiva e condenatória) da sentença, antecipa-se a eficácia que a futura sentença pode produzir no campo da realidade dos fatos.

Na linguagem jurídica, quando se fala em eficácia das normas, é possível dar a essa expressão dois sentidos bem distintos.²⁸ Vista como fenômeno puramente normativo, eficácia é a aptidão da norma jurídica para gerar efeitos no mundo jurídico. Nesse sentido, "a eficácia da norma jurídica é a sua incidência" e esta "se passa no mundo dos pensamentos", ensina Pontes de Miranda.²⁹ "Eficácia jurídica é a que se produz no mundo do direito como decorrência dos fatos jurídicos e não", segundo ele, "a mudança que atua nas relações jurídicas".³⁰

Mas há um segundo sentido para a expressão: o que designa a aptidão da norma jurídica para produzir efeitos na realidade social, ou seja, para produzir, concretamente, condutas sociais compatíveis com as determinações constantes do preceito normativo. Aqui, a eficácia é fenômeno que se passa, não no plano puramente formal, mas no mundo

²⁸ Discorremos sobre o tema in "Eficácia Social da Prestação Jurisdicional", *Revista de Informação Legislativa*, n. 122, p. 291; *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 8, p.107.

²⁹ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Ed. RT, 4ª ed., tomo I, pp. 16-17.

³⁰ Idem: ob. cit, p. 4

dos fatos, e por isso mesmo é denominada eficácia social ou efetividade. Miguel Reale, que definiu eficácia como sendo a "aplicação ou execução da norma jurídica, ou, por outras palavras, é a regra jurídica enquanto conduta humana", sustenta que "o Direito autêntico, não é apenas declarado mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se".³¹

Também a eficácia das sentenças, que são preceitos normativos para conflitos concretizados, permite aquele duplo sentido. Há, nas sentenças, aptidão para produzir efeitos no plano jurídico-formal, como são os efeitos de declarar, constituir, desconstituir, condenar. É a sua eficácia jurídica em sentido estrito. E há nelas aptidão para produzir efeitos na realidade dos fatos, vale dizer, para impor condutas compatíveis com a eficácia jurídica. É a sua eficácia social, a sua efetividade.

Pois bem, conforme antes se afirmou, a medida antecipatória é medida que se destina a atender uma situação de urgência, a afastar um perigo de dano ao direito de alguém, em função da demora da prestação da tutela definitiva. Ora, quando se fala em *urgência*, em *dano*, em *periculum in mora*, está-se falando em *fatos* e não em abstrações. Perigo é fenômeno concreto e não formal. No plano jurídico-formal, ou seja, no mundo dos pensamentos, a eficácia da sentença não se sujeita a perigo algum. A mora jamais será empecilho a que a sentença definitiva produza seus efeitos no plano abstrato. Não há perigo que possa comprometer a tutela jurisdicional no que tange a declarar direitos, ou a constituir e desconstituir relações jurídicas, ou a impor condenações. O perigo, quando existe, diz respeito à eficácia social da sentença, ou seja, à sua aptidão para tornar concreta sua eficácia jurídico-formal. É nesse plano que se instala o *periculum in mora*, e é a eficácia nesse plano, conse-

³¹ Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, Saraiva, 7ª ed., 1980, pp. 112-113.

qüentemente, a que deve ser antecipada.

Daí a razão de se reafirmar: antecipar efeitos da tutela definitiva não é antecipar a sentença, mas, sim, antecipar os efeitos executivos que a futura sentença poderá produzir no plano social.

8. Relação de pertinência entre tutela definitiva e medida antecipatória

Como elemento próprio e característico da medida antecipatória - e, pois, como requisito negativo da tutela cautelar³² - identificamos, portanto, este: é medida que se destina a antecipar efeitos da tutela definitiva, ou, mais precisamente, antecipar efeitos que a futura sentença definitiva de procedência poderá produzir no plano concreto.

Tutela definitiva é a tutela-padrão prometida pelo Estado, formada no âmbito de um processo contraditório, com garantia de meios adequados de defesa para as partes, e coberta, ao final, pela marca da coisa julgada. Tutela definitiva é, pois, tutela imutável, apta a perpetuar seus efeitos enquanto não exauridos integralmente. Tutela definitiva é a que consolida a situação jurídica almejada pelo autor na petição inicial.

A noção de tutela definitiva constitui um elemento de fundamental relevância para quem busca traçar a linha que divide as espécies de tutela provisória. Com efeito, se a medida antecipatória é a que adianta efeitos da tutela definitiva, os efeitos antecipáveis são os mesmos que o demandante quer ver consolidados definitivamente, isto é, *por tempo maior que o da duração do processo*, são aqueles que se quer perpetuados pelo tempo afora, até serem inteiramente exauridos. Medida antecipatória, portanto, é a que contém providência apta a assumir contornos de definitividade pela simples superveniência da sentença que

³² Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, São Paulo, Ed. RT, 1992, p. 75.

julgar procedente o pedido. No dizer de Mandrioli, a técnica antecipatória é aquela "il cui elemento strutturale é dato dal fatto che un provvedimento, da pronunciarsi prima della sentenza di primo grado, investe, almeno in parte, la medesima matéria che costituirà oggetto di quella sentenza".³³

Já a tutela cautelar tem conteúdo próprio, diverso do da tutela definitiva. Seu objeto não é satisfazer o direito afirmado, mas promover garantias para sua certificação ou para sua futura execução forçada. Na antecipação, "coincidem a providência a ser ordenada pelo tribunal e a consequência jurídica resultante do direito material",³⁴ o que significa dizer que os efeitos antecipáveis são os mesmos que se operariam se o demandado, espontaneamente, se conduzisse segundo o ditame do direito material afirmado pelo autor. Conseqüentemente, não terá natureza antecipatória, mas sim cautelar, a providência que não puder ser identificada, no todo ou em parte, como coincidente com as do atendimento espontâneo do direito, ou seja, com as da realização natural da situação jurídica que o autor quer ver definitivamente consolidada.

Assim, numa ação reivindicatória, terá natureza antecipatória a medida que, no curso do processo, propiciar a retirada do bem da posse do réu para entregá-lo ao autor, pois a transferência da posse seria uma das providências naturais do demandado que se dispusesse a, espontaneamente, satisfazer o direito reclamado. A consolidação da posse sobre o bem vindicado é, no caso, *providência coincidente com a consequência jurídica resultante do direito material*, sendo, portanto, conteúdo da tutela definitiva. Terá, porém, natureza cautelar o eventual seqüestro do bem litigioso, dado que o seqüestro, isto é, a retirada do

³³ Crisanto Mandrioli, "Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali", *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1964, p. 558.

³⁴ Baur, Fritz. *Tutela Jurídica Mediante Medidas Cautelares*, tradução de Armindo Edgar Laux, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 50.

bem da posse do réu e sua entrega a um depositário, não é certamente situação que se pretende ver perpetuada, nem é providência compatível com as que decorreriam do cumprimento espontâneo da obrigação. É, isto sim, mera providência para garantir a execução, tendo necessariamente caráter temporário, isto é, não sendo apta a converter-se em situação consolidada pelo advento da tutela definitiva. Mesmo quando o depositário for o próprio autor, ainda nesse caso o seqüestro não perderá sua natureza cautelar, já que a situação jurídica a ser consolidada como tutela definitiva é a que enseja a entrega do bem ao autor-proprietário, não ao autor-depositário.

Aliás, por falar em caráter temporário das medidas cautelares, este é um ponto que merece consideração especial. É usual na linguagem jurídica qualificar como tutela *provisória*, tanto a genuinamente cautelar, quanto a tipicamente satisfativa. No entanto, bem o demonstrou Ovídio A. Baptista da Silva,³⁵ se formos mais precisos na conceituação, verificaremos que *provisória* é apenas a antecipação da tutela. A medida genuinamente cautelar não é provisória, e sim *temporária*, sendo esse mais um ponto a distinguir as duas espécies. Realmente, conforme escreveu Calamandrei, "*temporal* es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que, independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por si mismo duración limitada; *provisório* es, en cambio, lo que esta destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante *el tiempo intermedio*".³⁶ Ora, a medida cautelar (a) consiste sempre numa providência diversa da que constitui o objeto da tutela definitiva, e (b) dura apenas enquanto durar o estado de perigo em face do qual serve de garantia, não sendo, portanto, nem substituída e nem sucedida por outra (garantia) de igual conteúdo. Já a medida antecipatória, (a) tem conteúdo semelhante ao que decorre da tutela definitiva, de tal modo que (b) a

³⁵ Ob. cit., pp. 38-43.

sentença de procedência virá para substituí-la, transformando em definitivo o que até então era provisório.

Com base nessa linha de idéias, sustenta Ovídio A. Baptista da Silva, também, que "se a medida cautelar deve durar enquanto existir o estado perigoso, então a exigência fundamental é que ela não crie uma situação fática definitiva, ou uma situação cujos efeitos sejam irreversíveis. Quer dizer, a medida cautelar deverá ser em si mesma temporária, e igualmente temporária em seus efeitos". O mesmo, segundo ele, não ocorre com a situação de provisoriedade, "que - enquanto antecipa os efeitos de procedência - pode produzir conseqüências práticas definitivas e imodificáveis, como se dá, por exemplo, com os alimentos provisionais. Quem recebe os provisionais, mesmo que seja declarado depois com direito a eles, não os devolverá".³⁷ É de se anotar, quanto a esta sua última conclusão, que a irreversibilidade, embora possível, há de ser entendida como exceção, não como regra nas medidas antecipatórias. Em regra, assim como a cautelar, também a medida antecipatória não terá legitimidade se produzir situação fática irreversível. É o que consta, aliás, do § 2º, do art. 273 do CPC, segundo o qual não se concede antecipação da tutela "quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado". Na verdade, provimentos antecipatórios irreversíveis, concedidos que são à base de cognição sumária - e, às vezes, antes mesmo da citação ou da contestação do réu - são incompatíveis com as garantias asseguradas pelo art. 5º, inc. LV, da Constituição. Somente em caráter absolutamente excepcional é que poderiam ser admitidos, quando indispensáveis para que não pereça, definitivamente, outro direito constitucional que, na hipótese, venha a ser considerado prevalente. É o caso dos alimentos provisionais, que constituem uma destas hipóteses de excepcionalidade. São um direito reiteradamente

³⁶ Ob. cit., p. 36.

³⁷ Ob. cit., p. 43.

privilegiado pela Constituição - arts. 5º, inc. LXVII, 100 e 229 - e sua concessão é apenas em favor de quem deles efetivamente necessita e "na proporção das necessidades" (Código Civil, art. 400). Ora, quem realmente necessita de alimentos dificilmente terá condição de devolvê-los, presumindo-se frustradas as medidas tendentes a obter a repetição, razão pela qual o princípio da sua irreversibilidade, nesse aspecto, tem também um sentido prático. Conforme decidiu o STJ, "a jurisprudência e a doutrina assentaram entendimento no sentido de que os valores atinentes à prestação alimentícia são incompensáveis e irrepetíveis, porque restituí-los seria privar o alimentado dos recursos indispensáveis à própria manutenção, condenando-o assim a inevitável perecimento".³⁸ Porém, tal princípio certamente não prevaleceria se, por exemplo, além de demonstrado que o autor não é titular do afirmado direito a alimentos, ficasse também comprovado que ele, ao pleiteá-los provisionalmente, agira de má-fé, dado que deles não era necessitado e, ademais, detinha condições econômicas muito mais privilegiadas que as do seu alimentante.

9. Ordens de abstenção: cautelares ou antecipatórias?

À base dos critérios diferenciadores enunciados será possível dar resposta às controvérsias doutrinárias a respeito da natureza das medidas contendo ordens de abstenção, que, segundo Fritz Baur, constituem, na atualidade "os casos de aplicação mais freqüentes de toda tutela jurídica temporária".³⁹ afirmação que é plenamente confirmada também pelo nosso cotidiano forense. Ora, tais espécies de medida desafiam a argúcia dos juristas, notadamente quando concedidas, como freqüentemente ocorre, em ações constitutivas e em ações declaratórias, as quais, segundo entendimento predominante,⁴⁰ a rigor, não comportam

³⁸ Theotonio Negrão, Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Saraiva, 26ª ed., p. 781.

³⁹ Ob. cit., p. 83.

⁴⁰ Fernando Tourinho Neto, defende com bons argumentos orientação em outro sentido,

execução. Sobre os provimentos de abstenção, sustentamos o seguinte: "A carga de declaração - que consta de todas as sentenças e que é preponderante nas ações declaratórias e bem significativa nas ações constitutivas - tem eficácia de preceito. Daí dizer-se que a ação declaratória é uma ação de preceito e que a sentença nela proferida é uma sentença com efeito de preceito. Preceito é norma, é prescrição, é regra de conduta, obrigatória a seus destinatários. O preceito, na sentença, constitui a essência do que se costuma chamar de 'lei entre as partes'. Como toda a norma, como toda a lei, o preceito da sentença tem, pois, a eficácia (positiva) de prescrever, estabelecendo certeza sobre o conteúdo da relação jurídica litigiosa, mas tem também a eficácia (que se poderia chamar de eficácia negativa) de impedir, de proibir, de vedar, futuros atos ou comportamentos do réu contrários ou incompatíveis com o conteúdo do preceito emitido. Daí a observação, sempre apropriada, de Pontes de Miranda, de que 'o réu, na ação declarativa, está 'preceitado', razão pela qual 'o autor pode ir contra o réu com o preceito, se o réu tem algo a fazer em contrário ao declarado, ou se algo fez em contrário. Não se precisa da propositura de ação nova'. Ora, essa eficácia negativa é, certamente, passível de antecipação, o que se dá, necessariamente, mediante ordens de não fazer contra o preceito, ou seja, ordens de abstenção, de sustação, de suspensão, de atos ou comportamentos. Isso explica o que para muitos é um contra-senso: a concessão de medidas 'cautelares' em ações declaratórias e explica também certas medidas 'cautelares' em ações constitutivas".⁴¹

Efetivamente, se a ação declaratória comporta, como também observou Pontes de Miranda, "mandado de *non offendendo* ... posterior à sentença, como efeito sentencial mediato",⁴² é certo que o mesmo

in "A eficácia executiva da sentença declaratória", *Revista de Informação Legislativa*, n. 115, pp. 557-570.

⁴¹ In "Antecipação da Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais", ob. cit., p. 410.

⁴² In *Tratado das Ações*, Ed. RT, 2ª ed., 1972, t. I, p. 149.

mandado, quando expedido antes da sentença, constituirá antecipação daquele efeito, e não uma medida cautelar.

Sendo assim, e na linha de entendimento antes desenvolvida, podemos afirmar que o mandado de abstenção terá natureza antecipatória sempre que a abstenção seja um comportamento que o réu terá de adotar em caráter definitivo se a sentença julgar procedente o pedido do autor, ou, em outras palavras, sempre que a abstenção constituir comportamento correspondente ao da satisfação espontânea do direito pleiteado. Ou, ainda, para usar a expressão de Fritz Baur, será antecipatório quando a abstenção "coincida com a consequência jurídica material a ser declarada no processo principal".⁴³ Por conseguinte, tal mandado somente terá natureza cautelar quando, entre abstenção e satisfação do direito, não houver nenhuma relação de pertinência, ou seja, quando a abstenção for simplesmente destinada a garantir execução, e, portanto, a vigor apenas pelo tempo de duração do processo.

Os exemplos ilustrarão essas conclusões. Em demandas, freqüentíssimas até algum tempo, propostas por mutuários do Sistema Financeiro de Habitação, objetivando ver o reajuste de suas prestações declarado devido em percentual menor que o exigido pela instituição financiadora, o Poder Judiciário concedeu medida liminar, à época postulada em *ação cautelar*, determinando que a credora, desde logo, se abstivesse de exigir prestação por valor maior que o estabelecido pelo provimento concessivo. Tal mandado certamente não tem natureza cautelar, mas sim antecipatória, eis que (a) é medida que não se destina a garantir execução (até porque, a rigor, execução não haverá, já que a ação é de natureza declaratória - declaração do conteúdo de uma relação jurídica) e (b) o conteúdo da providência determinada (não exigência da prestação por valor maior) está contido na situação jurídica que o autor

⁴³ Ob. cit, p. 83.

quer ver consolidada definitivamente pela sentença que julgar a causa, vale dizer, é coincidente com a consequência de direito material.

Da mesma forma, em demandas objetivando anulação de título de crédito, costuma-se postular, como medida *cautelar*, ordem para que o demandado se abstenha de levar o título a protesto. Aqui também se está diante de providência de natureza antecipatória, e não cautelar. Não é cautelar porque não se destina nem a garantir a certificação do direito, nem a sua execução. E é antecipatória porque o não protesto do título (a) é comportamento que o réu assumiria naturalmente se se dispusesse a atender o direito afirmado pelo autor; (b) é resultante material do direito certificado pela sentença, (c) é efeito de uma situação jurídica que o autor da demanda quer ver como eficaz não apenas pelo tempo de duração do processo, mas consolidada definitivamente.

10. Conclusões

Em síntese, as medidas cautelares e as antecipatórias: a) identificam-se por desempenhar função constitucional semelhante, qual seja, a de propiciar condições para a convivência harmônica dos direitos fundamentais à segurança jurídica e à efetividade da jurisdição; b) sujeitam-se, contudo, a regimes processual e procedimental diferentes: a cautelar é postulada em ação autônoma, disciplinada no Livro do Processo Cautelar; a antecipatória é requerida na própria ação destinada a obter a tutela definitiva, observados os requisitos do art. 273 do CPC; c) a medida cautelar é cabível quando, não sendo urgente a satisfação do direito, for urgente, no entanto, garantir sua futura certificação ou sua futura execução; a medida antecipatória tem lugar quando urgente é a própria satisfação do direito afirmado; d) na cautelar há medida de *segurança para a certificação* ou *segurança para futura execução* do direito; na antecipatória há adiantamento, total ou parcial, da própria fruição do direito, ou seja, há, em sentido lato, execução antecipada, como um meio

para evitar que o direito pereça ou sofra dano (*execução para segurança*); e) na antecipatória há coincidência entre o conteúdo da medida e a consequência jurídica resultante do direito material afirmado pelo autor, na cautelar o conteúdo do provimento é autônomo em relação ao da tutela definitiva; f) o resultado prático da medida antecipatória é, nos limites dos efeitos antecipados, semelhante ao que se estabeleceria com o atendimento espontâneo, pelo réu, do direito afirmado pelo autor, na cautelar, o resultado prático não tem relação de pertinência com a satisfação do direito e sim com sua garantia; g) a cautelar é medida habilitada a ter sempre duração limitada no tempo, não sendo sucedida por outra de mesmo conteúdo ou natureza (ou seja, por outra medida de garantia), razão pela qual, a situação fática por ela criada será necessariamente desfeita ao término de sua vigência; já a antecipatória pode ter seus efeitos perpetuados no tempo, pois destinada a ser sucedida por outra de conteúdo semelhante, a sentença final de procedência, cujo advento consolidará de modo definitivo a situação fática decorrente da antecipação.