

3

Da Tutela Cautelar à Tutela Antecipatória

SUMÁRIO: 3.1 O art. 273 do CPC – 3.2 A tutela antecipatória em caso de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação – 3.3 Distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar – 3.4 A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva – 3.5 A zona de penumbra das tutelas cautelar e antecipatória. O § 7.º do art. 273 do Código de Processo Civil.

3.1 O art. 273 do CPC

A necessidade de tutela antecipatória, evidenciada mediante o uso distorcido da técnica cautelar para a obtenção da tutela que, em princípio, apenas poderia ser concedida ao final do processo de conhecimento, levou o legislador a inserir novas regras nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil.

Estas normas abriram oportunidade para o requerimento de tutela antecipatória, em caso de *periculum in mora*,¹ diante de qualquer espécie de situação material litigiosa.

A alteração do Código de Processo Civil foi necessária não apenas em razão das novas situações de direito material, que se mostraram carentes de tutela antecipatória, mas principalmente porque a doutrina e os tribunais não admitiam a prestação da tutela satisfativa fundada em cognição sumária, com base na técnica cautelar.

3.2 A tutela antecipatória em caso de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

O art. 273, I, do Código de Processo Civil afirma que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no

¹ Assim como nas hipóteses de abuso de defesa e parte incontroversa da demanda; art. 273, II e § 6.º, CPC. Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*.

pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

O art. 273 identifica o instituto da tutela antecipatória, permitindo, em seu inciso I, a antecipação da tutela, no curso do processo de conhecimento, em caso de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Trata-se da consagração da possibilidade de antecipar a tutela final, com base em verossimilhança, em face de fundado receio de dano, o que antes de 1994 era feito — excepcionalmente, é certo — mediante o uso distorcido da técnica cautelar. Portanto, o art. 273, além de corrigir o uso equivocado da técnica cautelar, teve o grande mérito de tornar *inquestionável* a viabilidade de se requerer tutela antecipatória em toda e qualquer situação *conflitiva concreta*.

3.3 Distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar

Como visto, a tutela cautelar se destina a assegurar a efetividade da tutela satisfativa do direito material. Por esta razão, é caracterizada pela instrumentalidade e pela referibilidade. A tutela cautelar é instrumento da tutela satisfativa, na medida em que objetiva garantir a sua frutuosidade. Além disto, a tutela cautelar sempre se refere a uma tutela satisfativa do direito, que desde logo pode ser exigida, ou que, dependendo do acontecimento de certas circunstâncias, poderá ser exigida.

A tutela antecipatória, porém, é satisfativa do direito material, permitindo a sua realização — e não a sua segurança — mediante cognição sumária ou verossimilhança.² Na verdade, a tutela antecipatória, de lado hipóteses excepcionais, tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença de que é lastreada em verossimilhança e, por isto, não fica acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material. A tutela antecipatória é a tutela final, antecipada com base em cognição sumária.³

De modo que a tutela antecipatória não é instrumento de outra tutela, ou faz referência a outra tutela. A tutela antecipatória satisfaz o autor, dando-lhe o que almejou ao propor a ação. O autor não quer outra tutela além daquela obtida antecipadamente, diversamente do que sucede quando pede tutela cautelar, sempre predestinada a dar efetividade a uma tutela jurisdicional do direito. A tutela antecipatória também não aponta para uma situação substancial diversa daquela tutelada, ao contrário da tutela cautelar, que necessariamente faz referência a uma situação tutelável ou a uma outra tutela do direito material.

A tutela antecipatória se confunde com a tutela cautelar apenas quando se frisa a característica da provisoriedade. Porém, o elemento provisoriedade serve, no

² Ver Joel Dias Figueira Jr., *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2007.

³ No direito argentino, escreve Abraham Luis Vargas: "En síntesis, la tutela anticipatoria es una tutela diferenciada de urgencia que con base en una cognición sumaria y llenado los requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al requirente otorgándole una atribución o utilidad que pudiera probablemente obtener en la sentencia futura con autoridad de cosa juzgada material" (Abraham L. Vargas, *Estudios de derecho procesal*, t. 1, p. 50-51).

máximo, para caracterizar a decisão que concede a tutela no curso do processo, jamais a tutela em si. Não há tutela antecipatória provisória ou tutela cautelar provisória.

A tutela antecipatória satisfaz no plano fático, nada tendo de provisório, como se pudesse vir a ser substituída por uma tutela final. Aliás, como anteriormente visto, nem mesmo a tutela cautelar é provisória, mas sim temporária, estando subordinada à manutenção do estado perigoso indicativo da probabilidade de dano.

Provisória, assim, é a decisão tomada com base em cognição sumária. A decisão provisória não se contrapõe à *tutela final*, mas sim à *decisão final*; isto é, à sentença. A tutela final pode ser *assegurada* pela tutela cautelar ou *satisfeita* (antecipada) pela tutela antecipatória.

Recorde-se que Calamandrei, em sua obra clássica sobre "processo cautelar", classificou as "providências cautelares" em: i) providências instrutórias antecipadas; ii) providências dirigidas a assegurar a execução forçada; iii) *antecipação de providências decisórias*; e iv) cauções processuais.⁴

Ao tratar das tutelas que estariam incluídas no terceiro grupo, o grande mestre de Florença afirmou que estas tutelas consistiriam, precisamente, em uma decisão antecipada e provisória do mérito, "destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario".⁵

É óbvio que a doutrina de Calamandrei está totalmente contaminada pelo vício da abstração do processo em relação ao direito material. Esta contaminação fica visível quando Calamandrei afirma que toda decisão que antecipa o julgamento do mérito, por dar regulação provisória à relação jurídica controvertida, tem natureza cautelar. Na doutrina de Calamandrei, *o que define a natureza da tutela é a provisoriedade, pouco importando o resultado que é proporcionado ao autor*. É por isso que Calamandrei, ao escrever a sua obra a partir da premissa de que o que define a cautelaridade é a provisoriedade, acabou falando mais de tutela antecipatória do que de tutela cautelar.⁶

Quando a tutela concedida no curso do processo, e, portanto, com base em cognição sumária, é caracterizada pela provisoriedade, toma-se em conta um critério de ordem processual para classificar as tutelas, o que obviamente não pode ser admitido no estágio em que vive o direito processual civil, preocupado especialmente com a efetividade da tutela jurisdicional do direito, e não mais com elaborações teóricas privilegiadoras de conceitos unicamente processuais, como ocorria à época em que se buscava demonstrar a autonomia do processo civil diante do direito substancial.

Lembre-se, na linha do que disse Denti, que somente a propensão de repensar a função jurisdicional em termos de "tutela dos direitos", mais do que em um qua-

⁴ Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, cit., p. 51 e ss.

⁵ Idem, p. 59.

⁶ Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da tutela*, cit., p. 59-71.

dro meramente processual, poderá permitir uma compreensão adequada das novas necessidades de tutela, próprias à sociedade contemporânea.⁷

Quem desvia os olhos da moldura técnica do processo civil e passa a se preocupar com a "tutela dos direitos" deixa de lado a relação entre satisfatividade e coisa julgada material, já que a efetividade da tutela de um direito não pressupõe a coisa julgada. Embora esta tenha grande importância, a tutela do direito se dá independentemente da coisa julgada, até porque a tutela do direito, para ser efetiva, em muitos casos tem de ser prestada com base em cognição sumária.

A demonstração de que a tutela do direito pode ocorrer com base em cognição sumária deixa evidenciado o equívoco daqueles que pensam que a satisfatividade fundada em cognição sumária não tem relevância jurídica, devendo ser vista como uma mera e não importante "satisfatividade fática". Ora, quem raciocina desta forma somente pode estar confundindo satisfação do direito material (tutela do direito) e satisfação processual (coisa julgada material). Na verdade, aquele que não dá importância à "satisfação" fundada em cognição sumária, chamando-a de "mera satisfação fática", mostra não estar atento à realidade, uma vez que, na perspectiva do consumidor do serviço jurisdicional, o que vale é a "tutela do direito", pouco importando se esta é concedida por meio de uma decisão de cognição sumária ou mediante uma decisão de cognição exauriente e definitiva.⁸

7 Vitorio Dentí, *Intervento. La tutela d'urgenza*, cit., p. 171.

8 Não há mais como sustentar a natureza cautelar da tutela antecipatória, supondo que a satisfação de um direito com base em cognição sumária não importa, sendo relevantes apenas as clássicas ideias de que somente a sentença – e não a decisão que concede a tutela antecipatória – é capaz de compor a lide (Carnelutti) ou pode significar atuação concreta do direito (Chiovenda). Ora, ninguém nega que, na dimensão das teorias de Carnelutti e Chiovenda, a decisão fundada em cognição sumária não pode compor a lide ou atuar o direito, mas apenas contribuir para a composição da lide (Carnelutti fala em composição *provisória* da lide) ou para a atuação concreta do direito. Porém, deixando-se tais teorias e os critérios que as caracterizam e voltando-se para a teoria da tutela dos direitos, *resta claro que há diferença entre decisão (técnica processual) e tutela do direito e, por maior razão, entre provisoriedade da decisão e tutela do direito com base em cognição sumária*. A maioria dos doutrinadores brasileiros já detectou tal fenômeno. Flávio Luiz de Oliveira: "A tutela sumária satisfativa visa, ainda que fundada em juízo de probabilidade, à realização do direito" (*A antecipação da tutela dos alimentos: provisorios e provisionais cummulados à ação de investigação de paternidade*, p. 20). Rogério Aguiar Munhoz Soares: "Quando se afirma que a antecipação de tutela tem natureza satisfativa, tem-se em mira o atingimento antecipado da fruição de algo que só em momento posterior seria alcançado, de modo que os atos satisfativos praticados antecipadamente não se repetem uma vez confirmada a decisão antecipatória por sentença. Torna-se, por isso, sem sentido deter-se no aspecto da provisoriedade da decisão que concede o pedido, uma vez que é definitiva a fruição do bem postulado, embora provisória a decisão que a concede. Se o deferimento da execução provisória da tutela antecipada tem por base alegação de *periculum in mora* (*reclus damnum irreparabile*), isto não a convola em tutela cautelar" (*Tutela jurisdicional diferenciada*, p. 181-182). Teori Albino Zawaski: "Há casos em que, embora nem a certificação nem a execução estejam em perigo, a satisfação do direito é, todavia, urgente, dado que a demora na

Após a instituição da nova norma do art. 273, ninguém mais pode pensar, por exemplo, que os alimentos provisionais constituem tutela do tipo cautelar. Aliás, nos países em que a tutela antecipatória é ainda prestada sob o rótulo de cautelar, Giovanni Verde não vacilou em afirmar – ao analisar o uso não cautelar do art. 700

fruição constitui, por si, elemento desencadeante de dano grave. Essa última é situação de urgência legítima da medida antecipatória" (*Antecipação da tutela*, p. 48). Joel Dias Figueira Júnior: "Acautelar uma determinada situação fática ou jurídica concreta significa protegê-la, preveni-la, resguardá-la, defendê-la; logicamente, medida cautelar é medida que acautela, e não que antecipa. Diversamente, se a medida antecipa os efeitos materiais da sentença de mérito (definitiva), ela a está executando (...); se executa, não acautela, mas satisfaz a pretensão do interessado" (*Limitares nas ações possessórias*, p. 158-159). Araken de Assis: "Impende estabelecer, precisamente, se o ato de ambos, a exemplo do que ocorre no primeiro caso, há satisfação do direito material, ainda que reversível; no segundo, há simples cautela." (*Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*, p. 438). Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery: tutela antecipatória "é tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento" (*Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, p. 730). Luiz Orione Neto: "Para obviar esse fenômeno das medidas cautelares satisfativas e adaptar o processo civil às exigências da nossa civilização industrializada e de massa, com autêntica multiplicação de situações de urgência, o legislador ordinário decidiu arrostá-lo sem rodeios. E o fez através das regras estabelecidas no art. 273 do CPC. Efetivamente, esse preceito legal veio estabelecer um divisor de águas, alterando substancialmente esse fenômeno. De ora em diante, as ações cautelares – quer nominadas, quer inominadas – se destinam exclusivamente a salvaguardar o resultado útil e eficaz do processo principal, mantendo sua natureza conservativa e assecuratória de direitos; já as pretensões de natureza satisfativa de direito material somente poderão ser deduzidas na própria ação de conhecimento, através da técnica antecipatória" (*Limitares no processo civil*, p. 110). Carlos Augusto de Assis: "De fato, como deixamos transparecer nos parágrafos acima, somos da opinião de que a atividade cautelar não se coaduna com a satisfação. Quem acautela assegura, não satisfaz. Ainda que, para efeitos de raciocínio, se admita, como entendem certos autores, a possibilidade de um provimento acautelatório acabar por se revelar satisfativo (o que, segundo nos parece, desnaturaria a atividade cautelar), estariam, no mínimo, diante de uma atividade cautelar atípica" (*A antecipação da tutela*, p. 129-130). Adroaldo Furtado Fabrício: "Ao passo que a função cautelar se exaure na asseguração do resultado prático de outro pedido, sem solucionar sequer provisoriamente as questões pertinentes ao mérito deste, a antecipação de tutela supõe necessária uma tal solução, no sentido de tomada de posição do juiz, ainda que sem compromisso definitivo, relativamente à postulação do autor no que se costuma denominar 'processo principal' (no caso o único existente). Em sede cautelar certamente se faz aludir exame dessa pretensão, mas com o fim único de apurar se ela é plausível (presença do *fumus boni iuris*) e se a demora inerente à atividade estatal pode pôr em risco o seu resultado prático (*periculum in mora*). Não assim na hipótese de antecipação da tutela: aí, o sopeso da probabilidade de sucesso da postulação 'principal' (e única) se faz para outorgar desde logo ao postulante o bem a vida, que, a não ser assim, só lhe poderia ser atribuído pela sentença final" (Breves notas sobre os provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. *Ajuris* 66/16-17). Athos Gusmão Carneiro: "Uma coisa é proteger, mediante processo autônomo, a eficácia da sentença a ser proferida em outro processo, dito 'principal'. Coisa substancialmente diversa é realizar desde logo, embora provisoriamente, a pretensão contida no processo 'principal'" (*Da antecipação da tutela no*

do Código de Processo Civil italiano⁹ (correspondente ao nosso art. 798) — que seria *de escassa honestidade intelectual*, ou, ainda, de *ingenuidade não escusável*, pensar que o pagamento que *satisfaz* um crédito alimentar, ainda que fundado em um provimento cautelar, não implique *satisfação* do direito de crédito, mas sirva *apenas para acautelá-lo*.¹⁰

3.4 A tutela antecipatória nas ações declaratórias e constitutivas

Quando se está diante de um pedido declaratório ou de um pedido constitutivo, a noção de tutela antecipatória não é tão clara como quando a hipótese envolve pedidos condenatórios, executivos ou mandamentais.

Nas ações declaratórias e constitutivas, há tutela antecipatória quando da decisão sumária se extrai a realização de um direito, ou uma tutela de direito que teria como pressuposto as tutelas declaratórias e constitutivas finais, ou seja, as tutelas declaratórias e constitutivas eventualmente prestadas através das suas respectivas ações.

Nestas ações, há tutela cautelar quando se assegura a situação jurídica tutelável. Extrai-se da decisão sumária, no caso de tutela cautelar, somente a segurança da situação substancial a que se almeja tutelar através do processo principal.

processo civil, p. 6-7). Kazuo Watanabe: "A tutela antecipatória é satisfativa, parcial ou totalmente, da própria tutela postulada na ação de conhecimento. A satisfação se dá através do adiantamento dos efeitos, no todo ou em parte, do provimento postulado. Já na tutela cautelar, segundo a doutrina dominante, há apenas a concessão de medidas colaterais que, diante da situação objetiva de perigo, procuram preservar as provas ou assegurar a frutuosidade do provimento da ação principal". Não é dotada, assim, de caráter satisfativo, a menos que se aceite, como fazemos, a existência de direito substancial de cautela, que é satisfativo pelo provimento concessivo da tutela cautelar" (Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Reforma do Código de Processo Civil* (coord. Min. Sérgio de Figueiredo Teixeira), p. 38). No mesmo sentido Ovídio Baptista da Silva (*Curso de processo civil*, v. 3, cit.), Donald Armelin (A tutela jurisdicional cautelar, cit.) e Luiz Fux (*Tutela da segurança e tutela da evidência*). Os tribunais também já mostraram a distinção entre a tutela antecipatória e a tutela cautelar. O TJPR assim já decidiu: "O processo cautelar não se presta para a antecipação da eficácia do provimento jurisdicional que será objeto da futura ação principal, vale dizer, o processo cautelar é inadequado para a antecipação da tutela" (1.ª CC, Ap. Cível 44.106-5 (12.273), rel. Des. Pacheco Rocha). Nesta mesma linha, e apenas para exemplificar: TJDF, 3.ª CC, AI 556.495, rel. Des. Mário Machado, DJU 28.02.1996, p. 2.353. Ou seja, os tribunais e praticamente a totalidade da doutrina contemporânea entendem que há indistintável distinção entre tutela antecipatória e tutela cautelar.

⁹ Sobre o art. 700 do CPC italiano, que institui os *provvedimenti d'urgenza*, ver Ferruccio Tommaso, *I provvedimenti d'urgenza — struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Giovanni Ariceta, *I provvedimenti d'urgenza*; Enrico A. Dini e Giovanni Mammone, *I provvedimenti d'urgenza (nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro)*; Lotario Dittrich, *Il provvedimento d'urgenza. Il nuovo processo cautelare (a cura di Giuseppe Tarzia)*, p. 175 e ss.

¹⁰ Giovanni Verde, *L'attuazione della tutela d'urgenza. La tutela d'urgenza*, p. 92.

Ou seja, no caso de ações declaratórias e constitutivas, a tutela cautelar assegura a situação tutelável, enquanto a tutela antecipatória realiza o direito ou presta a tutela do direito que pode ser extraído a partir da declaração ou da constituição.

Mas, tratando-se especificamente da tutela antecipatória, considere-se, em primeiro lugar, a tutela antecipatória que pode ser postulada no curso da ação declaratória. Não é viável a antecipação da eficácia declaratória ou se conferir na forma antecipada o bem da "certeza jurídica", capaz de ser atribuído pela sentença declaratória. A cognição inerente ao juízo antecipatório é, por natureza, inidônea para atribuir ao autor a "declaração" — ou a "certeza jurídica" — por ele objetivada.

Não obstante, Ferruccio Tommaso, um dos maiores especialistas em tutela cautelar na Itália, entende que mesmo a declaração sumária pode ser útil ao autor que necessita praticar urgentemente um ato e teme que a sua atuação possa ser considerada ilegítima. Exemplifica com o caso do empregador que, necessitando despedir empregado de forma urgente, mas temendo que o seu ato seja considerado ilegítimo, propõe ação declaratória e pede declaração sumária da legitimidade do ato de despedida.¹¹

Acontece que a declaração sumária da legitimidade de um ato nada vale quando se constata que o juiz pode julgar improcedente o pedido declaratório ainda que tenha, no juízo antecipatório, "declarado sumariamente" algo no sentido inverso. Se o juiz julga improcedente o pedido declaratório, fica definida a ilegitimidade do ato que, na "decisão sumária", foi suposto legítimo, devendo o autor responder como se a declaração sumária não houvesse sido pronunciada. Sendo assim, e se o autor não precisa de autorização judicial para, por exemplo, despedir um empregado, não há como se vislumbrar alguma utilidade na "declaração sumária".

Porém, tratando-se de ação declaratória que objetiva demonstrar a ilegitimidade de um ato, o autor pode requerer, mediante tutela antecipatória, que o juiz ordene ao réu não fazer o que a procedência da demanda declaratória demonstrará ser ilegítimo fazer. Assim, por exemplo, o autor de uma ação declaratória de que um contrato social impede a prática de um ato pela maioria simples da vontade dos sócios poderá requerer que o juiz ordene não seja praticado o ato que, ao final, será declarado ilegítimo.

A tutela que impede a prática do ato que a ação objetiva declarar ilegítimo não é apenas uma declaração sumária, pois ordena um não fazer. Na verdade, ao ordenar o não fazer, a decisão sumária antecipa uma *tutela do direito (inibitória)*. Tal tutela sumária, ao ordenar o não fazer, não acautela a situação tutelável, mas presta uma tutela do direito ou realiza um direito.

É possível, ainda, que o autor da ação que objetiva declarar a legitimidade de um ato tenha a necessidade de pedir que o réu se abstenha de impedir a prática do

¹¹ Ferruccio Tommaso, *I provvedimenti d'urgenza — Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, cit., p. 257 e ss.

ato, que não poderia ser contestado se já houvesse sido proferida a sentença declaratória. No caso em que o autor obtém tutela para poder exercer um direito que ainda será declarado, fica fácil perceber o seu caráter antecipatório. A tutela, neste caso, não está assegurando a possibilidade de o autor realizar o direito no futuro, porém viabilizando o seu imediato exercício.

Nestas hipóteses, o caso não é de mera declaração sumária. Se da declaração sumária extrai-se algum efeito mandamental ou executivo, não se está, à evidência, diante de uma "declaração sumária". A declaração sumária, por si só, ainda que seja da ilegitimidade de um ato, nada vale, já que a sua efetividade fica na dependência da vontade do réu.

Admitir a efetividade da "declaração sumária" da ilegitimidade de um ato é o mesmo que supor que a ação declaratória é suficiente para, por exemplo, impedir alguém de continuar praticando atos de concorrência desleal.

Da mesma forma que a ação que visa a obrigar alguém a não fazer — prevista no art. 461 do Código de Processo Civil — não pode ser transformada em ação declaratória, a tutela antecipatória na ação declaratória não pode ser confundida com uma declaração sumária. Recorde-se, apesar de óbvio, que a declaração sumária não atua sobre a vontade do réu, visando ao seu adimplemento. Apenas a ordem, imposta sob pena de multa, pode pressionar o réu a não fazer e, portanto, ter alguma efetividade.¹²

Entretanto, ainda que não seja possível antecipar a eficácia constitutiva da sentença — da mesma forma que não se pode conceber a antecipação da eficácia declaratória —, nada impede uma constituição fundada em cognição sumária, nem mesmo a alegação de que a sentença constitutiva produz efeitos *ex nunc*.

Basta pensar na tutela que fixa provisoriamente o aluguel, expressamente admitida na ação revisional do valor da locação. A decisão que fixa provisoriamente o aluguel não antecipa qualquer efeito executivo tendente a possibilitar a obtenção do novo aluguel. Com a fixação provisória do novo aluguel, não se objetiva abrir ao autor o caminho da execução para a obtenção de soma em dinheiro, até porque sequer se supõe inadimplemento de obrigação de pagar aluguel na ação revisional. Neste caso há somente a modificação provisória do valor da locação.

É certo que esta mutação provisória poderia não ter utilidade se, por exemplo, o locador não pudesse propor ação de despejo com base em falta de pagamento do aluguel fixado provisoriamente. Observe-se, contudo, que o fato de ser possível a utilização da ação de despejo nada tem a ver com a (im)possibilidade técnico-processual da provisoriedade da constituição, mas apenas com a sua efetividade.

Quando é possível extrair da constituição provisória alguma pretensão condenatória, mandamental ou executiva, a provisoriedade assume efetividade. Perceba-

¹² Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da tutela*, cit., p. 60-61.

se, porém, que a hipótese da constituição provisória do aluguel difere em muito do exemplo da declaração sumária da legitimidade da despedida do empregado, já que a fixação provisória do aluguel modifica, ainda que provisoriamente, uma relação jurídica, enquanto que a mera declaração sumária não implica qualquer alteração ou interferência no plano substancial.¹³

Ademais, o autor pode requerer, mediante tutela antecipatória, que o réu se abstenha de praticar atos que possam impedir o exercício das faculdades que estão contidas no direito a ser constituído. É o que pode ocorrer, por exemplo, na ação constitutiva de servidão.

Também é inequivocamente antecipatória a tutela que suspende a eficácia de um ato que se pretende ver anulado. Impede-se, antecipadamente, que o ato produza efeitos contrários ao autor. Há uma correlação nítida entre a suspensão da eficácia e a tutela desconstitutiva; o autor, através da suspensão da eficácia, desde logo se vê livre dos efeitos do ato impugnado.

Perceba-se, entretanto, que não basta a mera suspensão da eficácia. É preciso que ela seja observada — ou cumprida — para que tenha alguma relevância jurídica. A tutela antecipatória, em alguns casos de suspensão de efeitos de ato que se pretende ver desconstituído — como, por exemplo, no caso de anulação de deliberação de assembleia social —, implica um *noti facere*, viabilizando-se, assim, na imposição de uma ordem de não fazer, sob pena de multa.

Objetiva-se, com a suspensão da eficácia, afastar os efeitos do ato que se pretende anular. Se com a sentença há a desconstituição do ato, impedindo-se a produção de efeitos a partir da sua pronúncia, com a tutela antecipatória há a suspensão da eficácia, impedindo-se antecipadamente que o ato produza efeitos concretos contrários ao autor.

Nesta linha, se é aceita a premissa de que é possível a suspensão dos efeitos da sentença rescindenda — e esta premissa é absolutamente correta, já que uma sentença facilmente enquadrável em um dos incisos do art. 485 do Código de Processo Civil não pode produzir efeitos prejudiciais, enquanto pendente a ação rescisória que provavelmente será de procedência —, o autor obviamente pode requerer, via tutela antecipatória, a suspensão dos efeitos da sentença. Aliás, a Lei 11.280/2006 alterou a parte final do art. 489 do Código de Processo Civil, para evidenciar a possibilidade de se requerer tutela antecipatória na ação rescisória, ou seja, para se requerer a suspensão dos efeitos da decisão rescindenda.¹⁴

Se um ato não pode produzir efeitos e, por isso, deve ser desconstituído, a tutela que obsta a prática de um ato, que não poderia ser praticado se já houvesse sido proferida a sentença desconstitutiva, deve ser definida como antecipatória.

¹³ Idem, p. 62-63.

¹⁴ Tese que sustentamos desde 1994 (cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da tutela*, cit., p. 68-69).

3.5 Zona de penumbra das tutelas cautelar e antecipatória. O § 7.º do art. 273 do Código de Processo Civil

Após a nova regra do art. 273 do Código de Processo Civil, sentiu-se certa dificuldade, na prática forense, em precisar a natureza da tutela de cognição sumária contra o *periculum in mora* nas ações declaratória e (des)constitutiva.

A tutela de urgência é gênero, do qual são espécies a tutela antecipatória (baseada em *periculum in mora*) e a tutela cautelar. A tutela antecipatória pode configurar antecipação *stricto sensu* da tutela perseguida no processo de conhecimento, ou somente antecipar tutela que suponha a declaração ou a constituição. Neste último caso, segundo o legislador, a tutela antecipatória pode ser confundida com a tutela cautelar.

Existiria aí uma zona de penumbra capaz de embaralhar os operadores do direito. Ao admitir tal dificuldade, o legislador inseriu o § 7.º no art. 273 (por meio da Lei 10. 444/2002), dizendo que, se a título de tutela antecipatória for requerida providência de natureza cautelar, poderá o juiz, presentes os respectivos pressupostos, deferir a tutela cautelar em caráter incidental no processo instaurado.

O § 7.º do art. 273 alude a uma ideia de fungibilidade, e esta pressupõe duas espécies de providências que possam ser racional e justificadamente confundidas, e, assim, uma dúvida objetiva e razoável.

Frise-se, não obstante, que o § 7.º do art. 273, ao admitir a confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, sublinha a distinção entre ambas. Isto por uma razão de lógica elementar: somente coisas *distintas* podem ser *confundidas*.

Com efeito, o § 7.º do art. 273 não supõe a identidade entre tutela cautelar e tutela antecipatória. Tal norma, partindo do pressuposto de que, em alguns casos, pode haver confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, deseja apenas ressaltar a possibilidade de se conceder tutela urgente no processo de conhecimento nos casos em que houver dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza (antecipatória ou cautelar).