

Introdução

Dos institutos recentemente introduzidos em nosso processo civil, ao longo das sucessivas reformas que tem sofrido nos últimos anos, ocupa lugar de relevo a antecipação da tutela, quer pela densidade das questões teóricas que suscita, quer pela importância prática que assumê na vida forense. A interpretação do art. 273 do Código de Processo Civil, tal como redigido pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, vem merecendo especial atenção e, conforme facilmente se compreende, tem dado azo a controvérsias e divergências no plano doutrinário e no jurisprudencial.

No espaço de uma palestra, que não pretende abusar da paciência dos ouvintes, seria impossível passar em revista toda a problemática da matéria. Foi mister proceder a uma seleção; e, como toda escolha, esta não podia deixar de ter algo de subjetivo. Parece-nos, contudo, que dificilmente se negará a relevância dos tópicos escolhidos.

1. A questão terminológica.

Permitam-me começar por uma observação de índole terminológica. Não é raro encontrar, até em escritos de alto nível científico, a expressão "tutela antecipatória". Ela não é abonada nem pela linguagem da lei, nem pela lógica gramatical. O texto vigente do art. 273 do Código de Processo Civil, na redação atual, alude a "antecipação da tutela" nos §§ 2º e 5º, e a "tutela antecipada" nos §§ 3º e 4º. Diz também, no *caput*, que "o juiz poderá (...) antecipar os efeitos da tutela"; e impõe a indicação clara e precisa das razões "na decisão que antecipar a tutela" (§ 1º). Em lugar algum se depara a locução "tutela antecipatória".

Andou bem o legislador em se expressar como se expressou. Se por "tutela" se entende a proteção dispensada ao litigante, é intuitivo que ela não pode

(*) Texto de conferência. Acrescentaram-se as notas.

constituir o *sujeito*, mas apenas o *objeto* da antecipação. A tutela não antecipa seja o que for: pode, isso sim, ser antecipada pelo juiz, ou por decisão que este profira. Falar-se-á com propriedade, portanto, em “decisão antecipatória” ou em “providência antecipatória”, no sentido de decisão ou de providência *que antecipa a tutela*. Quanto a esta última, ou será *antecipada* ou não o será: *antecipatória* é que jamais se concebe que seja.

2. O conceito de “prova inequívoca” no art. 273, caput, do CPC.

O art. 273, *caput*, do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 8.952, estabelece os pressupostos essenciais da antecipação, no todo ou em parte, dos efeitos da tutela pleiteada no pedido inicial. Terá cabimento a antecipação “desde que, existindo prova inequívoca”, o juiz “se convença da verossimilhança da alegação” do requerente — e além disso, é claro, ocorra alguma das situações previstas nos incisos I e II, que não precisamos examinar aqui.

Não se tem mostrado inteiramente pacífica, para dizer o menos, a convivência entre os dois pressupostos: o da “prova inequívoca” e o da “verossimilhança da alegação”. Doutrina e jurisprudência enleiam-se em dificuldades quando tratam de explicar essa conjugação. Deixa certo a lei que, para a concessão do provimento antecipatório, basta a convicção de ser “verossímil” a alegação do requerente, isto é, não se exige a certeza de que ela seja veraz. Como entender, então, a referência a “prova inequívoca” — expressão que, à primeira vista, aponta no sentido da formação de convencimento certo? ⁽¹⁾ É sensível o desconforto que assalta os expositores do instituto e os julgadores que têm de aplicá-lo, quando se esforçam por juntar as duas pontas do fio. É igualmente sensível o artificialismo, para não dizer a precariedade, do nó com que costumam atá-las.

A raiz dessas dificuldades parece consistir na premissa comum que se adota, a saber, a de que o art. 273, quando fala de “prova inequívoca”, está qualificando a prova do ponto de vista de sua força persuasiva, de sua capacidade para determinar o convencimento do órgão judicial ⁽²⁾. Há quem pretenda, por

⁽¹⁾ CANDIDO DINAMARCO, *A reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., S. Paulo, 1996, p. 145, tacha de “formalmente contraditórias” as duas locuções contidas no art. 273. Também a ERNANE FIDELIS DOS SANTOS, *Novíssimos perfis do processo civil brasileiro*, Belo Horizonte, 1999, p. 36, “quanto ao aspecto lógico, parece haver contradição”. No mesmo sentido, LUIZ FUX, *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, 2001, p. 63.

⁽²⁾ Em acórdão de 7.4.1997, R. Esp. nº 113.368, in D.J. de 19.5.1997, p. 20.593, afirmou o STJ: “Prova inequívoca é aquela a respeito da qual não mais se admite qualquer discussão” — conceito que, a rigor, tornaria supérflua toda atividade de instrução posterior à medida antecipatória. Expressivo, por outro lado, o passo de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Da antecipação da tutela no processo civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1999, p. 21: “A rigor, em si mesma, prova alguma será inequívoca, no sentido de absolutamente incontestável” (grifado pelo autor). Mas há outros sentidos possíveis! Percebeu-o ARAKEN DE ASSIS, “Antecipação da tutela”, no vol. col. *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, coord. por Teresa Arruda Alvim Wambier, S. Paulo, 1997, pp. 23/4, ao registrar a diferença de aceção entre “prova inequívoca” no art. 273 do Código e “prova inequívoca” no art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 6.830, de 22.9.1980.

exemplo, que só será bastante para justificar a antecipação a prova que o seria para fundamentar o julgamento do mérito a favor do autor ⁽³⁾ — o que equivale a apagar, na substância, a diferença entre o provimento antecipatório e a sentença de procedência do pedido. Às vezes se procura a chave exegética numa comparação com o *fumus boni iuris*, tradicionalmente apontado como um dos pressupostos das medidas cautelares: sustenta-se que, para a antecipação da tutela, seria exigível prova capaz de produzir no espírito do juiz grau mais intenso de convicção ⁽⁴⁾. Com certa frequência, cai-se na tautologia, quando se dá à expressão “prova inequívoca”, pura e simplesmente, o sentido de prova bastante para vencer o órgão judicial da verossimilhança da alegação do requerente. ⁽⁵⁾

Ao nosso ver, falsa é a premissa de que se parte. A força persuasiva da prova, a sua capacidade para persuadir o juiz, está suficientemente assinalada no texto legal pela oração “desde que (...) se convença da verossimilhança da alegação”. Se é indispensável que o juiz se convença, e se o convencimento do juiz não se pode basear senão em alguma prova, dizer que essa prova tem de ser convincente é dizer o mesmo que está dito alhures acerca do juiz. Gira-se num círculo vicioso: o juiz deve convencer-se da verossimilhança da alegação, e a prova deve ser tal que disso o convença. Em semelhante perspectiva, sugerir, como há quem sugira, que se traduza “verossimilhança” por “probabilidade” ⁽⁶⁾ desloca o problema, sem resolvê-lo: continuará a ser inevitável a redundância. Claro está, com efeito, que, se o juiz se convenceu de ser provável a alegação, é sinal de que a prova teve por força a virtude de convencê-lo dessa probabilidade. Em quaisquer interpretações desse gênero, imputa-se à lei o defeito de expressar duas vezes a mesma idéia, ou melhor, de formular duas vezes o mesmo pressuposto da antecipação: uma ao qualificar de “inequívoca” a prova, outra ao exigir que à vista dela o juiz “se convença”.

⁽³⁾ Assim, CALMON DE PASSOS, *Inovações no Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1995, p. 13, *verbis* “A. antecipação pede a mesma prova inequívoca que pede a decisão definitiva”. Cf. p. 11: “A prova para antecipação é uma prova menos robusta ou menos inequívoca que a exigida para a decisão de mérito? Minha resposta é negativa. Para melhor compreender esses trechos, cumpre ter em vista o próprio conceito de antecipação da tutela adotado pelo autor, que a restringe à exclusão do efeito suspensivo do recurso cabível contra a sentença, tornada, “de logo, provisoriamente executável” (*ibid.*). Não se trataria, em suma, de um adiantamento da decisão, mas apenas de um adiantamento da execução.”

⁽⁴⁾ Consoante sustentam CÂNDIDO DINAMARCO, *ob. e lug. cit.* (nota 1), TEORI ALBINO ZAVASCKI, *Antecipação da tutela*, S. Paulo, 1997, p. 76, e SERGIO SAHIONE FADEL, *Antecipação da tutela no processo civil*, S. Paulo, 1998, p. 29.

⁽⁵⁾ Salvo engano, é o que faz LUIZ GUILHERME MARINONI, *A antecipação da tutela*, 3º ed., S. Paulo, 1997, p. 155: “A denominada “prova inequívoca”, capaz de convencer o juiz da “verossimilhança da alegação”, somente pode ser entendida como a “prova suficiente” para o surgimento do verossímil”.

⁽⁶⁾ Nesse sentido, CÂNDIDO DINAMARCO, *ob. e lug. cit.* (nota 1). Nada muda, em substância, com o acréscimo de um adjetivo, como alvitra ERNANE FIDELIS DOS SANTOS, *ob. cit.* (nota 1), pp. 37/8, que fala em “probabilidade máxima”.

Gostaríamos de propor uma alternativa, com apoio em premissa diversa. Se a força persuasiva da prova está suficientemente indicada na oração “desde que (...) se convença”, e não se presume na lei a existência de palavras inúteis, outro deve ser o significado do adjetivo na locução “prova inequívoca”. Raciocinemos, pois, a partir daí. “Inequívoca” é o antônimo de “equivoca”. Consoante ensinam os dicionários, “equivoco” significa aquilo “que tem mais de um sentido ou se presta a mais de uma interpretação”. Um sinônimo de “equivoco” seria “ambíguo”, e o antônimo perfeito “unívoco”, definido como “palavra, conceito ou atributo que se aplica a sujeitos diversos de maneira absolutamente idêntica”⁷⁰. Nessa óptica, será equivocada a prova a que se possa atribuir mais de um sentido; inequívoca, aquela que só num sentido seja possível entender — independentemente, note-se, de sua maior ou menor força persuasiva.

Para esclarecer melhor, vamos a exemplo, tirado da prova documental, sem dúvida a mais importante nesta matéria. Um documento pode ser unívoco ou equivoco, segundo os seus dizeres comportem, respectivamente, um único ou mais de um entendimento. Ora, a univocidade ou equivocidade não guarda relação necessária com a força persuasiva do documento como prova. Pode acontecer que, apesar de unívoco, o documento não seja suficiente para convencer o órgão judicial. Por hipótese, só um entendimento ele comporta, mas, com esse entendimento, não se revela convincente quanto à veracidade da alegação.

O que se acaba de dizer acerca do documento também se dirá de qualquer outra prova. Perfeitamente se concebe, *v.g.*, que o depoimento de uma testemunha sofra de ambigüidade, isto é, seja equivoco, assim como igualmente se concebe o contrário: que seja unívoco (ou inequívoco), embora nem por isso forçosamente bastante para persuadir o juiz de que são verazes as declarações da testemunha.

Se nos colocamos no ponto de vista acima indicado, cessa toda e qualquer dificuldade para compatibilizar, na interpretação do art. 273, a qualidade de “inequívoca”, exigível na prova, e o patamar de simples “verossimilhança” — ou de “probabilidade”, se se preferir — que a alegação precisa alcançar, na mente do juiz, para justificar a antecipação da tutela. Em duas etapas se desdobrará a perquirição do magistrado, diante da prova produzida. Primeira: é ela “inequívoca”, no sentido de que só comporta um entendimento? Segunda: com esse entendimento, tem ela suficiente força persuasiva para fazer verossímil (ou provável) a alegação do requerente? Quer-nos parecer que a solução aqui proposta elimina os rangidos que inevitavelmente se ouvem na articulação, tal como habitualmente feita, das duas peças do art. 273, *caput*. Cada uma delas concerne a um aspecto do problema, e ambas se conjugam em perfeita harmonia na armação do mecanismo legal.

3. A irreversibilidade como pressuposto da antecipação.

Outro pressuposto da antecipação da tutela vem expresso, em forma negativa,

⁷⁰ Vide os verbetes respectivos no dicionário *Novo Aurélio*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1999.

no § 2º do art. 273. Esse dispositivo exclui o cabimento da antecipação “quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. Melhor seria dizer, aí, “provimento antecipatório”: à tutela, vale repetir, é que calha o rótulo de “antecipada”.

Desde logo, acode uma pergunta: a que alude o texto quando fala em irreversibilidade? Literalmente, para excluir a possibilidade da antecipação, o perigo deveria consistir na irreversibilidade *do provimento mesmo*; e assim têm entendido alguns ⁽⁸⁾. Mas a exegese não parece sustentável. O provimento antecipatório, em si, é sempre essencialmente reversível, conforme ressalta do disposto no § 4º, que autoriza o juiz a revogar ou modificar a medida, a qualquer tempo.

Argumenta-se que o que a lei quis evitar foi a concessão da tutela antecipada em certas ações declaratórias e constitutivas; e dá-se como exemplo a desconstituição de um casamento, cuja decretação seria irreversível ⁽⁹⁾. O argumento é inconvincente. Antes de mais nada, o texto nenhum elemento contém que aponte em tal direção; e não teria sido difícil expressar com palavras claras, de modo direto, a proibição de que se cogita. Além disso, o exemplo lembrado não ajuda o raciocínio: a desconstituição de um casamento, em si, nada tem de irreversível. Mesmo a abstrair-se do fato de que os ex-cônjuges podem restabelecer, a qualquer tempo, a união conjugal, mediante novo casamento, é bem de ver que a sentença que anule o primeiro (ou o declare nulo), ainda que transite em julgado, não fica imune a eventual rescisão, por alguma das causas arroladas no art. 485 do Código; e ocioso frisar que, na hipótese de procedência da rescisória, a situação das partes reverte ao estado anterior.

Bem anda, pois, a doutrina predominante em relacionar a irreversibilidade *com os efeitos do provimento antecipatório*. A eles é que se refere, com técnica defeituosa, o § 2º do art. 273. Não se antecipará a tutela quando houver perigo de que a concessão gere *efeitos irreversíveis*. ⁽¹⁰⁾

Importa observar que, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, se manifesta forte propensão a abrandar o aparente rigor da norma ⁽¹¹⁾. Em alguns casos, realmente, a antecipação afigura-se imprescindível para salvaguardar o direito em jogo, e não deve bastar para excluir-lhe a possibilidade a circunstância de serem irreversíveis os respectivos efeitos. Vejamos dois exemplos. Há necessidade urgente de submeter menor a uma transfusão de sangue, para salvar-

⁽⁸⁾ V.g., LUIZ GUILHERME MARINONI, ob. cit. (nota 5), p. 164 e segs.

⁽⁹⁾ LUIZ GUILHERME MARINONI, ob. cit. (nota 5), p. 167.

⁽¹⁰⁾ Assim, por exemplo, CÂNDIDO DINAMARCO, ob. cit. (nota 1), p. 148; ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, ob. cit. (nota 2), pp. 61/2; TEORI ALBINO ZAVASCKI, ob. cit. (nota 4), p. 97; e os outros autores arrolados por LUIZ FERNANDO BELLINETTI, “Irreversibilidade do provimento antecipado”, no vol. col. cit. em a nota 2, p. 247. SERGIO BERMEDES, *A reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed., S. Paulo, 1996, p. 29, fala em “resultados irreversíveis”, expressão onde “resultados” equivale manifestamente a “efeitos”.

⁽¹¹⁾ “A exigência da irreversibilidade inserta no § 2º do art. 273 do CPC” — assentou o STJ, 6.10.1997, R. Esp. n.º 144.656, in *D.J.* de 27.10.1997, p. 54.778 — “não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina.”

lhe a vida, mas um dos pais opõe-se ao ato, por motivo religioso, e faz-se necessário requerer ao juiz o suprimento da autorização: se não for obtido incontinenti, o provimento já não será útil. O ofendido em sua honra requer a apreensão do jornal que contém a matéria injuriosa: a não ser que se antecipe a tutela, os exemplares já terão circulado e causado no seio da comunidade a repercussão nociva à reputação do lesado. Nessas hipóteses, e em várias outras, a antecipação produzirá efeitos irreversíveis: não se poderá restituir à fonte o sangue transfundido; o jornal apreendido não mais circulará utilmente.

Os autores que se têm ocupado da questão sublinham que, em casos assim, a proibição de antecipar a tutela, se tomada ao pé da letra, poderia surtir, por sua vez, efeitos igualmente irreversíveis. Sem a oportuna transfusão de sangue, o menor provavelmente morreria; não haveria como recolher os exemplares vendidos do jornal e, muito menos, como apagar da mente dos leitores a impressão já produzida. Efeitos irreversíveis podem surgir, portanto, quer no caso de conceder-se, quer no de negar-se a antecipação. É mister encontrar uma saída para esse beco. E a atitude mais razoável consistirá em proceder a uma valoração comparativa dos riscos; em outras palavras, balancear os dois males, para escolher o menor. ⁽¹²⁾

Nos trabalhos preparatórios dos novos projetos de reforma do Código, havia-se cogitado de abrir, em mais um parágrafo ao art. 273, exceção expressa à proibição de antecipar a tutela em razão da irreversibilidade. O veto ficaria afastado, justamente, se da denegação pudesse decorrer, para o autor, prejuízo por seu turno irreversível e maior que o benefício resultante para o réu. No texto enviado ao Congresso Nacional, suprimiu-se essa proposta. Entretanto, é pouco provável que isso influa na orientação, já adotada pelos tribunais, de interpretar e aplicar o § 2º à luz moderadora do critério da proporcionalidade.

4. Eficácia do provimento antecipatório no tempo.

Bem pesadas as coisas, as considerações que se acabam de fazer refletem uma idéia básica. Na antecipação da tutela, como em todo assunto relativo ao processo, é mister levar em conta a bilateralidade que informa o fenômeno processual. Ora, essa idéia deve inspirar-nos a preocupação de evitar que, no funcionamento de qualquer mecanismo, uma das partes recolha sozinha as vantagens, enquanto se deixa a outra a gemer sob o peso dos inconvenientes.

Como é óbvio, no instituto sob exame, o benefício destina-se primariamente ao autor ⁽¹³⁾. Quer-se, acima de tudo, remediar a injustiça consistente em fazê-lo

⁽¹²⁾ Nesse sentido, *v.g.*, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *ob. cit.* (nota 2), p. 66. Na p. 67, lê-se o texto (depois suprimido) a que aludimos no parágrafo subsequente.

⁽¹³⁾ Sublinhando que a antecipação da tutela foi "concebida unilateralmente", MONIZ DE ARAGÃO, "Alterações no Código de Processo Civil: tutela antecipada, perícia", no vol. col. *Reforma do Código de Processo Civil*, coord. por Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, 1996, p. 237, chega a opinar que, em face do princípio de isonomia, o instituto "sob esse ângulo padece de inconstitucionalidade" — mácula que, ao ver do autor, precisa ser sanada mediante "interpretação construtiva da lei, que estenda o benefício também ao réu, quando è se for o caso".

suportar as conseqüências danosas da passagem do tempo indispensável à conclusão do processo, quando as cores da paisagem sugerem que do seu lado é que está a razão. Semelhante raciocínio, fundamentalmente correto, gera, porém, se nos limitarmos a olhar para uma única margem da estrada, o risco de perpetrarmos outra injustiça, de sinal contrário, mas não menor gravidade.

É perfeitamente concebível que, com a progressão do feito, e sobretudo com o desenvolvimento da atividade instrutória, venha a mudar de aspecto o panorama. Os elementos que pareciam justificar a impressão de uma vitória provável do autor vão cedendo o passo a outros, que invertem no espírito do juiz a inclinação inicial. E, por hipótese, chegado o momento de decidir, verifica o órgão judicial que agora prevalecem de modo nítido os dados favoráveis ao réu. A sentença, então, julga improcedente o pedido.

O senso comum induz-nos a pensar que a mudança da situação há de repercutir na respectiva disciplina. Afinal, desapareceu um dos pressupostos essenciais da concessão do benefício de que vinha gozando o autor. Havia-se afigurado *verossímil* a sua alegação; eis que, sob o impacto das provas produzidas, se desvanece a verossimilhança, e a versão do réu passa a impor-se à preferência do juiz. O que se presume é que esse novo e diferente entendimento tenha base mais sólida que o anterior. Soa até contraditório, em tal perspectiva, sustentar que deva subsistir ao desaparecimento do pressuposto o efeito do provimento que dele extraía sua razão de ser. Assim, pelo menos em linha de princípio, com o julgamento desfavorável de mérito, já não se afigura razoável que o autor continue a desfrutar do benefício proporcionado pela antecipação da tutela, a qual deve ter-se por automaticamente revogada⁽¹⁴⁾, embora convenha, para evitar dúvidas, que o juiz a revogue de modo expresso na sentença.

Dir-se-á que o eventual recurso pode ser capaz de produzir nova reviravolta: a decisão de segundo grau talvez conclua em sentido oposto ao da proferida pelo juízo *a quo* e, no entanto, se terá privado o autor, nesse ínterim, do benefício. É verdade, mas isso não modifica os termos da equação. Nem sempre se há de considerar, retrospectivamente, que o autor vitorioso deveria ter-se beneficiado da antecipação da tutela. Os pressupostos desta e os da vitória final não coincidem necessariamente; o máximo que cabe dizer é que seria bom que coincidissem, e a lei vê como *provável* tal coincidência, sem, todavia, poder assegurar que ela ocorra em todos os casos. Não é inconcebível, nem será com certeza tão raro, que um pedido venha a ser julgado procedente apesar de não se haver concedido a quem o formulou tutela antecipada. Não há censurar o juiz que a denegou só porque depois se revelou fundado o pedido: a decisão sobre o requerimento de

⁽¹⁴⁾ Cf., por exemplo, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *ob. cit.*, (nota 2), p. 85; TEORI ALBINO ZAVASCKI, *ob. cit.* (nota 4), p. 114; SERGIO SAHIONE FADEL, *ob. cit.* (nota 4), p. 62 e segs., espec. 65/7; ERNANE FIDELIS DOS SANTOS, *ob. cit.* (nota 1), p. 41; EDUARDO TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, S. Paulo, 2001, p. 360. Para LUIZ FUX, *ob. cit.*, p. 66, "a sentença final que dispõe sobre o litígio deve cassar a tutela antecipada, prevalecendo sobre esta". ALITER, LUIZ GUILHERME MARINONI, *ob. cit.* (nota 5), pp. 163/4.

antecipação fora tomada à luz dos elementos de que então se dispunha, e é bem possível que eles não bastassem para imprimir verossimilhança à alegação do autor; se a imagem do pleito mudou após a instrução probatória, nada de estranhar em que se dê ganho de causa àquele mesmo litigante a quem se recusara (ou até se revogara) a antecipação. *A fortiori*, se o órgão julgador agora é outro.

De qualquer maneira, cessado com a sentença o benefício da antecipação, não fica o autor impedido de requerê-lo outra vez, perante o tribunal. É óbvio que precisará valer-se de elementos capazes de justificar nova e diferente convicção.

Importa lembrar que o argumento concernente aos prejuízos que resultam do decurso do tempo deve ser encarado sob prisma duplo. Antes da concessão da tutela antecipada, o tempo militava contra o autor; concedida que seja ela, entretanto, passa a militar contra o réu. Sobre este, daí em diante, é que recai o peso da sujeição à pretensão do adversário. Nem é desprezível a possibilidade de que o autor, colocado em posição de vantagem, não só se desinteresse de colaborar para o prosseguimento normal do feito, mas até venha a atuar no sentido de lhe protelar o desfecho. Fenômeno desse tipo ocorreu, em certa época, com o mandado de segurança: uma vez obtida a liminar, o que menos queria o impetrante era o julgamento do pleito, e foi mister que a lei fixasse prazo à vigência da liminar⁽¹⁵⁾, para desestimular a "sabotagem" de impetrantes menos escrupulosos.

É necessário muito cuidado para não exagerar na dose, quando se cuida de instituir medidas tendentes à satisfação rápida (ainda que provisória) daquele que tomou a iniciativa de ir a juízo. Tem-se, às vezes, a impressão de que um zelo desmedido pode acabar por construir um "processo civil do autor", como já se está construindo, com zelo ígual e simétrico, um "processo penal do réu".

5. Significação social da antecipação da tutela?

A Justiça brasileira não tem grande amor por estatísticas. As que existem, ainda quando confiáveis, não se vêem divulgadas como seria de desejar. Isso torna muito difícil a valoração de qualquer mudança legislativa. É certo que a numerosos observadores nenhuma inibição lhes ocorre, mesmo sem dados objetivos, de pronunciar-se num sentido ou noutro, e em tom freqüentemente categórico. Peço vênha para tachar de anticientífica essa atitude: não se faz ciência com opiniões desprovidas de base em elementos concretos.

O caso da antecipação da tutela nada tem aqui de original. Desconhece-se a existência de estatísticas que revelem com segurança a sorte das modificações operadas em nosso processo civil. No caso, por exemplo, ninguém sabe ao certo sequer a percentagem de processos em que se requereu a medida e, desses, em quantos foi ela concedida, em quantos denegada. Conhecer tais números seria o

(15) Lei n° 4.348, de 26.6.1964, art. 1°, b (*vide* também o art. 2°).

mínimo indispensável para fundar sobre a inovação um juízo de valor que aspire à seriedade.

Mas esse juízo ainda estaria longe de ser completo. A significação social de um instituto não se deixa apreender numa simples tabela de dados numéricos. Ao vetor quantitativo, precisaríamos agregar um vetor qualitativo. A pergunta fundamental seria aqui: para que tem servido, na prática judicial, a antecipação da tutela? A que espécies de interesses tem ela proporcionado satisfação? Que tipos de litigantes vêm sendo por ela predominantemente favorecidos?

Pesquisa desse gênero poderia concluir, digamos, que, no comum dos casos, o objeto da tutela antecipada tem sido uma pretensão de natureza pecuniária; ou, em vez disso, que o direito antecipadamente tutelado é, com maior frequência, de índole personalíssima, insuscetível de ser substituído de maneira plenamente satisfatória por seu suposto equivalente em moeda — *v.g.*, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade religiosa. É manifesto que a nossa valoração não haveria de ser igual em ambas as hipóteses. Na primeira, com efeito, a lei nada mais teria criado, em substância, que uma agência de cobrança de dívidas mais eficiente; não se trataria de conquista desprezível, mas sua importância, para a sociedade, seria, com certeza, menor que na outra hipótese. É inaceitável, realmente, pôr em pé de igualdade o interesse social na satisfação dos credores de dinheiro e o interesse social em ver eficazmente protegidos valores morais e espirituais — pelo menos no âmbito de um ordenamento como o nosso, em que semelhantes valores, por força de disposições expressas, gozam de especial proteção em nível constitucional (*v.g.*, art. 5º, incisos VI e X), sem falar na circunstância de que a respectiva preservação, em regra, ou opera incontinenti, ou já não terá eficácia prática.

A esta altura, vem-me à lembrança o começo de um poema que teve sua época de fama: “Ora (direis) ouvir estrelas? Certo perdeste o senso!”⁽¹⁶⁾. Substituam o “ouvir estrelas” por “desejar pesquisas”, e não me admirarei se, aplicando o verso às presentes elucubrações, começarem a suspeitar de que quem vai perdendo o senso é o autor desta palestra. Estamos no Brasil, país onde um cronista igualmente famoso em seu tempo se comprazia em xingar de “idiotas da objetividade” todos aqueles que se atreviam a pôr em dúvida a capacidade de arroubos emocionais para refletir com justeza a realidade; país onde uma exclamação lançada com suficiente força pulmonar vale mais que mil demonstrações geométricas. Nossas convicções alimentam-se de impressões, não de argumentos; e, se os fatos não as confirmam, pior para os fatos...

Não sei se vale a pena alertar mais uma vez para a gravidade desse erro. Farei nova tentativa, assumindo o risco de tornar-me insuportavelmente maçante para quem já me haja ouvido noutras ocasiões. É necessário denunciar a funesta tendência a enxergar na entrada em vigor de uma norma o ponto final de sua história. Ao contrário, nesse momento é que ela começa verdadeiramente a viver;

⁽¹⁶⁾ A citação — se há necessidade de dizê-lo — é de soneto de OLAVO BILAC, in *Poesias*, 23ª ed., Rio de Janeiro - S. Paulo - Belo Horizonte, 1949, p. 55.

e é a partir daí que ela passa a merecer a nossa particular atenção. Já pouco interessam, agora, as intenções, por mais altas que fossem, do legislador e as expectativas que ele acalentava. Interessa, sim, o que estará acontecendo no dia-a-dia forense; e é forçoso que mantenhamos o espírito aberto aos ensinamentos que a experiência nos possa dar. Se eles vierem a coroar nossas esperanças, tanto melhor; no caso contrário, renunciemos às ilusões e tenhamos a coragem de rever o que foi feito e até de desfazê-lo, se preciso for.

Em matéria processual, como a de que estamos cuidando, o primeiro passo consistirá necessariamente na observação escrupulosa do que sucede no foro, com a utilização das técnicas próprias. Colhidos os resultados, cumpre examiná-los atentamente e sem idéias preconcebidas, para concluir com segurança. Isso é o que se deveria fazer — estar fazendo — em relação às inovações introduzidas em nosso sistema processual, desde o instante em que cada uma principiou a vigor. Tudo indica que já se perdeu bastante tempo: mas nunca é tarde demais para começar. Estarei regamente pago do esforço se lograr convencer os ouvintes da necessidade de pôr mãos à obra em matéria de antecipação da tutela e em qualquer outra análoga.

^(*) JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA é Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Desembargador (aposentado) do TJRJ.
