

A TUTELA ANTECIPADA E O PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO

José Miguel Garcia Medina

Mestre em direito. Doutorado em direito. Professor do Cesumar

1. O problema: Confronto Entre a Pretensão à Antecipação dos Efeitos da Tutela e o Perigo de Irreversibilidade do Provimento Antecipado

A possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela no direito processual brasileiro, a despeito de constituir grande inovação, não tem merecido a aplicação adequada, na prática. Se, por um lado, às vezes não se demonstra suficientemente a existência dos pressupostos para a sua concessão, por outro lado, o órgão julgante se mostra temeroso em outorgar a antecipação da tutela pretendida. Esse fato, ao que transparece das diversas decisões proferidas, a respeito, decorre do temor de se causar dano irremediável à parte contra quem se concede a tutela.

Na maioria das vezes, é fácil determinar em que situações ocorre o "perigo de reversibilidade

do provimento antecipado" (CPC, art. 273, § 2º). No entanto, em certos casos, a linha divisória que separa o direito de quem postula a tutela antecipatória e a irreversibilidade do provimento não se mostra clara. E, nessas hipóteses, aparentemente a jurisprudência tem ocorrido no sentido da denegação da antecipação da tutela postulada.

É o que ocorre, por exemplo, em situação que nos últimos anos se tornou bastante freqüente: questionando a forma do reajuste das parcelas do preço ou prestação relativa a determinado contrato, o contratante postula que sejam as referidas parcelas reajustadas corretamente, ou que tenham seu valor modificado, ou, ainda, a suspensão ou prorrogação do vencimento do título executivo. Requer, também, que

essa pretensão seja atendida *in limine*, com fulcro no art. 273 do CPC. Em defesa, a outra parte alega, dentre outras razões, que o provimento antecipado, se concedido, seria irreversível, pois impediria o exercício do direito de ação, no sentido de executar referido contrato pelo valor avençado.

A jurisprudência tem entendido que, em hipóteses como a descrita, não seria possível a concessão da liminar, porquanto impediria o credor de promover as ações judiciais a que teria direito, o que implicaria uma violação dos dispositivos constitucionais que garantem o direito de ação¹.

O tema, a nosso ver, é relevante, e, para que se chegue a qualquer conclusão, a respeito, faz-se necessária uma meditação mais ponderada.

2. Tutela Antecipatória. Fundamentos

O processo civil pátrio vem atravessando, nos últimos tempos, uma fase em que existe grande preocupação com a celeridade do processo e com o acesso à justiça. Tal ideal, transmitido por muitos mestres, acabou por ser estampado por diversas leis, que determinaram uma verdadeira reforma - com um conjunto de pequenas reformas - do processo civil, talvez a maior depois da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973. Tais reformas visam a remover óbices à efetividade do acesso à justiça. Sabe-se que esses óbices se localizam em quatro pontos fundamentais do sistema, representados pela admissão em juízo, pelo modo-de-ser do processo, pela justiça das decisões e pela sua efetividade,

¹ Em julgado relativamente recente, o Tribunal de Alçada Cível do Estado do Paraná entendeu não ser cabível, na hipótese de suspensão ou prorrogação do vencimento de título executivo, concessão da liminar antecipatória, sob o argumento de que tal tutela seria irreversível, por implicar infringência ao parágrafo 2º do art. 273, do Código de Processo Civil, bem como que a concessão da liminar violaria os incisos IV e V do art. 5º da Constituição Federal, porquanto impediria o Banco, no caso, de promover as ações judiciais que teria direito. O último fundamento encontraria respaldo, também, no art. 584, § 1º, do Código de Processo Civil (TACPR, 1ª Câm., AI. 85.685, Rel. Juiz Mário Rau, j. 07.02.96, v.u.).

Ou utilidade.² Principalmente quanto a esse último aspecto a utilidade do provimento jurisdicional - é que se diz respeito a tutela antecipatória. Na verdade, busca-se com a tutela antecipatória a celeridade, considerando que, às vezes, o maior dano é aquele que decorre da morosidade do procedimento.³

A tutela antecipatória não é inovação oriunda da modificação do art. 273, do Código de Processo Civil, através da Lei 8.952/94. já existia, no direito brasileiro, disposição assemelhada. O Código do Consumidor (Lei 8.078/90), em seu art. 84, § 3º, já previa a antecipação dos efeitos da tutela. Mesmo assim, a inovação é

importante, porquanto a alteração prevista pelo Código do Consumidor só se aplicava às ações que se submetiam ao referido diploma⁴.

No direito comparado, diversas legislações, adotam modelos semelhantes⁵.

No Código de Processo Civil italiano, o referido provimento encontra-se positivado no art. 700, que trata dos provimentos de urgência, cuidando da possibilidade de antecipação da tutela satisfativa, em caso de ameaça de prejuízo iminente e irreparável⁶. Além

² Nas *palavras do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira* (Estatuto da Magistratura e Reforma do Processo.117), eis as diretrizes da reforma recentemente realizada: "a) localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional; b) deixando de lado divergências de ordem doutrinária ou meramente acadêmicas, como outros pontos merecedores de modificação, apresentar sugestões somente de simplificação, agilização e efetividade; c) *encaminhar as sugestões não em único anteprojeto, mas através de vários, inclusive para viabilizar a aprovação no congresso Nacional, considerando que um único pedido de vista poderia comprometer todo o trabalho*; d) aproveitar a própria disposição dos artigos existentes, abrindo espaço para novos, se necessário (v.g. arts 272-273m 478-479), mas sem alterar a fisionomia do código; e) buscar o consenso nas alterações propostas".

³ Sobre essa temática, v., amplamente, a lição de Arruda Alvim, "Tutela Antecipatória - Algumas Noções Contrastes e Coincidências em Relação às

Medidas Satisfativas", in *Direito*, v. 11, São Paulo,1996, pp. 183-217.

⁴ Por isso as disposições inseridas no Código de Defesa do Consumidor não se aplicam a todo e qualquer processo. Como afirma Arruda Alvim (ob. cit., p. 193, nota 16, "há diferenças de redação entre o ar!. 273 = art. 83, § 4º, mas a função do ar!. 83, § 4º desempenhável pelo art. 83, § 4º ajusta-se, rigorosamente, i do art. 273, inc. I e não à do inc. 11, desse mesmo ar!. 273. Sem embargo distou ou desta diferença o ar!. - 3, 11, deverá ser aplicado ao sistema do CDC; b) o sistema do CDC é intencionalmente mais protetivo" de uma forma geral, *efetivamente* o é; c) se o sistema do Código de Processo Civil, *avançou* mais do que o CDC é certo que o sistema daquele aplicar-se-á, onde este não avançou tanto quanto aquele."

⁵ Cf. expõe Nilza Machado de Oliveira Souza, *Efativação da Tutela Cautelar e da Tutela Antecipatória*, p. 60ss.

⁶ Assim dispõe o referido preceito legal: "Fuori dei casi *regolari* nelle precedenti sezioni di questo capo, chi la fondato *motivo* di temere che durante il

Disso, o art. 186-bis da reforma do Código de Processo civil italiano prevê a antecipação do pagamento de soma não contestada⁷.

No direito francês há figura correspondente à tutela antecipatória, prevista nos arts. 771 e 809 do respectivo Código de Processo Civil, nos casos de obrigação não seriamente contestável⁸.

Também no direito alemão encontra-se a figura da tutela antecipatória, pois, embora previsto no contexto do processo de execução, a doutrina separa os

procedimentos urgentes em assecuratórios (cautelares) e de regramento (antecipação da tutela de mérito). Na primeira categoria (Sicherungsverfügung), estão as medidas previstas na ZPO § 940⁹.

De acordo com o art. 273, *caput* e incisos, o juiz poderá, mediante requerimento da parte, antecipar os efeitos da tutela pretendida no pedido principal, mediante prova inequívoca que o convença da verossimilhança da alegação, e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório por parte do réu¹⁰.

A tutela antecipatória é provimento *jurisdicional* que tem por objetivo fornecer, ao demandante, os efeitos da tutela pretendida em juízo, daí já lhe ter sido atribuída, em sede doutrinária, a natureza jurídica de execução *lato sensu*¹¹. A rigor, não há como se antecipar os efeitos da sentença: não se constitui, declara, condena, de plano; isso só será possível com o advento da sentença. O que se dá é que o juiz

tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice (701) i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito

⁷ Diz o referido preceito legal: "Su istanza di parte il giudice istruttore può disporre, fino al momento della precisazione delle conclusioni, il pagamento delle somme non contestate dalle parti costituite. L'ordinanza costituisce titolo esecutivo e conserva la sua efficacia in caso di estinzione del processo. L'ordinanza è soggetta, alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui agli artt. 177, primo e secondo comma, e 178, primo comma."

⁸ Assim dispõe os dispositivos legais mencionados: Art. 771. une provision ad litem ou accorder une provision au créancier lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable." "Art. 809 ... ordonnances de référé, admette dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier." Cf. Nilza Machado de Oliveira Souza, ob. cit., p. 60 e nota 137).

⁹ Cf. Nilza Machado de Oliveira Souza, ob. cit. p. 60; Nelson Nery Júnior, *Atualidades Sobre o Processo Civil*, pp. 66-67.

¹⁰ V., no entanto, item 3., *infra*.

¹¹ Nelson Nery Júnior, *Atualidades Sobre o processo Civil*, p.66.

antecipa efeitos fáticos inerentes à tutela jurisdicional pretendida, fornecendo-se ao autor uma situação jurídica que, conquanto talvez não seja a própria tutela pretendida, equivalha aos efeitos que terá ou teria a tutela jurisdicional postulada, se de plano concedida. Assim sendo, não se pode entender que a decisão que antecipa a tutela tenha o mesmo conteúdo da própria sentença pretendida. Admitir-se tal hipótese poderia chegar a situações interessantes, e.g., de antecipação da tutela em ação de divórcio, com subsequente casamento do autor e, ao final, o julgamento da improcedência do pedido.¹²

¹² Não é de outro modo que escreve Luiz Guilherme Marinoni (*A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil*, p. 112, no Capítulo dedicado às conclusões, itens 12, 13 e 15): "Não há, portanto, antecipação da *tutela* ou dos seus efeitos. A tutela antecipatória produz o efeito que somente poderia ser produzido ao final. Um efeito que não descende de uma eficácia que tem a mesma qualidade da eficácia da sentença. (...) De modo semelhante, mas por outros fundamentos, assim entende Cândido Rangel Dinamarco (*A Reforma do Código de Processo Civil*, pp.139-140): "A lei fala em 'antecipar... os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial', no pressuposto conceitual de .que a tutela seja o próprio provimento a ser emitido pelo juiz. Antecipar os efeitos da tutela sena antecipar os efeitos do provimento, ou da *sentença* que no futuro se espera. Na realidade, *tutela jurisdicional* é a proteção em sim mesma e consiste nos resultados que o processo projeta para fora de si e sobre a vida dos Sujeitos que litigam. Ela incide com os *efeitos* dos provimentos emitidos pelo juiz. Beneficiar-se de *efeitos Antecipados*, como lá na

O direito de ação, garantido constitucionalmente (art. 5º, inc. XXXV), é instrumentalizado pelas normas processuais. Dentre tais normas, incorporaram-se as relativas à tutela antecipatória, que, assim, tornaram-se meio através do qual, mais efetivamente, se obtém a tutela jurisdicional. De nada adianta um princípio constitucional que não pode ser alcançado. Daí a razão de ser da tutela antecipatória: antecipar

letra do art. 273, é precisamente beneficiar-se da *tutela antecipada*."

para melhor tutelar¹³. Decorre, assim, a tutela antecipatória, do princípio da ação e do direito à jurisdição, insculpidos na Carta magna¹⁴, pois de nada vale um direito garantido constitucionalmente que não possa ser efetivado.

¹³ A máxima é de Cândido Rangel Dinamarco, ob. cit., p. 138.

¹⁴ Teresa Alvim Wambier (*Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*, p. 155), analisando o tema quanto às medidas cautelares - a qual, *mutatis mutandis*, aplicase ao presente estudo -, assim leciona: "Hoje, na Constituição Federal, diz-se textualmente que a parte tem o direito de obter do Judiciário apreciação de lesão de direito ou de ameaça a direito (art. 5º, XXXV), donde pode dizer-se, como já se observou no item anterior que a tutela cautelar é hoje assunto que merece tratamento na própria Lei Magna, uma vez que, como já se entendia antes da promulgação da hova Constituição, o preceito de que todos têm o direito de submeter à apreciação do Judiciário lesão de direito ficaria sem sentido, pois, muitas vezes, não fosse a possibilidade de, antes da sentença dita satisfativa, ter havido sentença de indole cautelar, a sentença satisfazível acabaria por consistir num mandamento judicial impossível de ser cumprido, e, portanto, indiretamente a Constituição seria ferida." Antes da reforma, Sérgio Seiji Shimura (*Arresto Cautelar*, p. 31) analisou a questão, em relação ao provimentos cautelares, quando deixou bem claro o seguinte: '... se o Poder Judiciário deve atuar no sentido de satisfazer interesses, não importa quais, garantindo a eficácia e utilidade de um processo principal, de natureza satisfazível, inevitável que se reconheça, à luz do Texto Magno (art. 5º XXXV), um direito à cautela." Nelson Nery Júnior (ob. cit. p. 61) leciona que "a tutela efetiva do direito por meio da ação judicial, garantida pelo texto constitucional (CF 52 XXXV) tem imbricação direta com a tutela antecipatória, pois é forma de obter-se o privimento jurisdicional de modo mais efetivo. De outra parte, havendo pedido de antecipação, o juiz não poderá negar-se a apreciar esse requerimento da parte."

3. Perigo de Irreversibilidade do Provimento Antecipado

No item 2., retro, mencionaram-se rapidamente os requisitos para a concessão da tutela antecipatória, constantes do art. 273, caput e incisos, do Código de Processo Civil. Adredemente, para fazê-lo agora, passemos a analisar o § 2º do art. 273, cuja redação é a seguinte: "Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado."

Traz o mencionado preceito um pressuposto negativo para a concessão da tutela antecipatória. O juiz só poderá conceder a tutela antecipatória quando não houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Uma leitura desavisada do mencionado preceito poderia dar a entender que existiriam tutelas antecipatórias irreversíveis. No entanto, consoante dispõe o § 4º do próprio art. 273, "a tutela antecipatória poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo", de modo que fica afastada tal hipótese. É certo, porém, que o § 2º do art. 273 encarta um conceito vago, porquanto a lei não explica o que entende por "perigo de irreversibilidade". Fica, assim, a

cargo do juiz, no caso concreto, com o apoio dos estudos doutrinários e da jurisprudência, fixar alcance do conceito em questão.

De qualquer modo, a doutrina tem interpretado o referido dispositivo legal sob duas óticas. Uma, referindo-se à impossibilidade de o juiz constituir ou declarar situações ou relações jurídicas de maneira provisória, pois as relações jurídicas porventura constituídas ou declaradas produziram efeitos jurídicos irreversíveis, não se confundindo, assim com os efeitos fáticos decorrentes da concessão da tutela, que poderão ser irreversíveis. Para este entendimento, não haveria perigo de irreversibilidade nas ações condenatórias (MARINONI, op. cit.:76). Essa solução, para nós, com todo o respeito devido, é insuficiente para precisar os limites da atuação do juiz. Pode ocorrer que, em casos de ações

desconstitutivas cumuladas com condenatórias (p. ex., ação de resolução de contrato cumulada

com reintegração e posse¹⁵), nas quais a desconstituição de relação jurídica é pressuposto para a condenação, seja cabível a tutela antecipatória.

Sob outro prisma, parte da doutrina entende que a irreversibilidade dos efeitos da tutela diz respeito à irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento, ou seja, o quadro fático modificado pela concessão da tutela deverá ser passível de composição, de modo que a conversão em perdas e danos não pode tornar "reversíveis" os efeitos fáticos do provimento (BERMUDES, 1996:30; ALVIM Carreiro, 1995:125).

Outra opinião a doutrina já manifestou, no sentido de que, a princípio, não se poderá ter por reversível a solução de perdas e danos. No entanto, existirão casos em que, não sendo deferida a tutela antecipatória, ocorrerá perecimento da pretensão do autor, ou ocorrerá dano que só

será possível evitar com a 16 concessão da tutela¹⁶.

¹⁵ Nelson Nery Júnior (op. cit., p. 74) admite a tutela antecipatória em ação rescisória, nas ações declaratórias . citando exemplo semelhante ao do texto e nas ações possessórias.

¹⁶ Arruda Alvim, ob. e loc. cit., p. 195, nota 23. Leciona, ainda, o aplaudido mestre (idem, ibidem):

Tal situação é bem retratada por diversos exemplos, elencados pela doutrina (ALVIM Carreira, op. cit.:123-132; MARINONI, op. cit.: 80). De fato, a aplicação da tutela antecipatória, pelo juiz, constituirá, por vezes, um dilema. Deferindo ou indeferindo a tutela antecipatória, o *juiz* assumirá o risco de causar prejuízos a qualquer das partes. Deferindo

a tutela antecipatória, poderá causar prejuízo ao réu; não a concedendo, poderá estar ferindo de morte o direito do autor.

De qualquer modo, não pode o juiz amparar-se na simples possibilidade de irreversibilidade dos efeitos fáticos decorrentes da tutela antecipatória, a fim de escusar-se de exercer a função jurisdicional que lhe é atribuída. O juiz deverá sopesar os argumentos e os valores jurídicos dos bens envolvidos e, então,

determinar sua postura diante da situação¹⁷.

"A reversibilidade por perdas de danos - e, a lei não explica o que entende por reversível - é uma solução possível, mas só deve ser assumida, naqueles casos em que isso seja necessário à sobrevivência da pretensão do autor".

¹⁷ "É inegável que a tutela sumária que pode causar um prejuízo irreversível requer prudência. Mas ninguém está autorizado a confundir prudência com medo. A tutela antecipatória fundada no

Vale a experiência do direito comparado. Na Itália foi sugerido, por parte da doutrina, que se desse à antecipação dos efeitos da sentença de mérito um conteúdo tanto quanto *possível parcial*, evitando a satisfação integral da pretensão. Mas a jurisprudência orientou-se no sentido oposto, sendo hoje constante no sentido de admitir a liceidade de uma antecipação também total dos previsíveis efeitos da sentença de mérito (apud, ALVIM, Carreira, op. cit.:125).

4. O Afastamento do Direito de Ação do Réu em Liminar Antecipatória

Visto, sucintamente, o que se entende por "perigo de irreversibilidade do vencimento antecipado", resta analisar, agora,

se é possível, através de tutela antecipatória, impedir que a outra parte postule judicialmente algum direito.

Tal questão ganha relevo porque não são poucas as ações

InCISO I do art. 273 deve ser utilizada nos limites em que é necessária para evitar um dano e, em casos excepcionais, nos limites necessários para evitar um mal maior, já que o juiz, por lógica, para evitar um mal menor, não pode correr o risco de assistir ao mal maior".(Luiz Guilherme Marinoni, ob. cit., p. 86).

revisionais de cláusulas contratuais em trâmite, notadamente em virtude das inúmeras modificações econômicas que atravessou e vem atravessando nosso País.

O que ocorre é que, em tais demandas judiciais, se postula a modificação das cláusulas contratuais, seja em relação ao seu valor, seja em relação ao seu vencimento. Daí ter sido pedido, nessas ações, aos juízes, que concedessem a tutela antecipatória no sentido da redução dos valores de parcelas previstas no contrato, bem como da modificação dos vencimentos das mesmas parcelas.

Em hipóteses como a mencionada, a jurisprudência não

tem admitido a prorrogação do vencimento dos títulos executivos, porque isso, argumenta-se, impediria o credor (réu, na hipótese) de exercer o direito de ação, ajuizando ação de execução

em face do devedor, relativamente ao referido título executivo¹⁸.

Verifica-se, que encontram-se em oposição o direito de ação do autor, que pretende a modificação do vencimento do título, e pede tutela antecipatória - que é, como visto no item 2., retro, extensão do direito de ação -, e o direito de ação do réu, que, tendo título executivo, pretende executá-la, mas ficará prejudicado se a tutela antecipatória conceder a suspensão da exigibilidade do referido crédito.

O direito de o juiz modificar as cláusulas contratuais, em tal caso, se antes tinha sua aplicação controvertida¹⁹, hoje, ao menos nas relações de consumo, deve ser aplicada *ex vi legis*²⁰. Assim, findo

¹⁸ V. acórdão mencionado na nota 1, retro.

¹⁹ Na jurisprudência, a teoria da imprevisão tem fundamentado as decisões judiciais, nesse sentido: 'A teoria da imprevisão ou adoção da cláusula rebus sic standibus torna-se possível no sentido de permitir a revisão do contrato quando um ato ou fato estranho à esfera de controle das partes, excepcional ou imprevisto, modifica as circunstâncias contemporâneas à avença de tal forma que um dos contratantes é onerado demasiadamente enquanto outro se beneficia de modo exagerado' (Tribunal de Justiça da Bahia, Rel. Min. Oscar Corrêa, Revista dos Tribunais, v. 638, p.235)

²⁰ A Lei 8078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), art. 6^o, inc. V, coloca como um dos direitos básicos do consumidor, 'a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas'. Vê-se, porém, que falta um dos

o processo, o juiz deverá estipular nova cláusula contratual, criando, de fato, novos elementos contratuais, para as partes²¹. Mas, se tal situação é possível, em sentença final, por que não o seria em liminar antecipatória?

Se se admitisse o entendimento doutrinário segundo o qual não é possível a antecipação da tutela nas ações constitutivas e declaratórias, não deveria ser admitida a antecipação, na hipótese de modificação de cláusulas contratuais, porquanto nesse caso o juiz cria nova relação jurídica para as partes. No entanto, já se salientou que este entendimento não pode ser acolhido²².

Ora, se a finalidade da tutela antecipatória é justamente tornar mais célere o processo, desde que verificados os requisitos legais, parece que a modificação das

requisitos da teoria da imprevisão, que é, justamente, a imprevisibilidade do evento que venha alterar as condições fáticas. O Código do Consumidor, portanto, abriu mão desse requisito, bastando para sua incidência a onerosidade excessiva em decorrência de fato superveniente, não necessariamente imprevisível.

²¹ Nesse sentido, leciona Nelson Nery Júnior (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, p. 319) que o juiz "emitirá sentença determinativa, de conteúdo constitutivo-integrativo e mandamental, vale dizer, exercendo verdadeira atividade criadora completando ou mudando alguns elementos da relação jurídica de consumo já constituída".

²² V. item 3., retro.

cláusulas contratuais, se possível em sentença final, também o será em tutela antecipatória²³. Sob tal argumento, o cabimento da tutela antecipatória é bastante plausível.

A questão que vem à tona é a de se saber se é possível o deferimento de tutela antecipatória que venha a suspender o vencimento de título executivo, até final julgamento. É verdade que a suspensão do vencimento do título de crédito é medida

bastante drástica, se bem que, às vezes, pode ser necessária, a fim de não se causar em danos ao demandante. No entanto, a suspensão do vencimento pouco difere da redução da parcela vincenda, se essa redução for em valor elevado. Tanto numa quanto noutra hipótese, estaria frustrado o direito de o réu credor do título executivo demandar o autor pela integralidade da dívida contida no título executivo. Nesse caso, o que

²³ Nesse sentido, James M. Marins de Souza (Código do Consumidor Comentado, pp. 66-67) assim escreveu: "A aplicação dessas normas pelo magistrado poderá ter lugar quer em concessão de tutela liminar satisfativa de direito, quer em sentença final, cabendo-lhe, determinar através de decisão determinativa, de conteúdo constitutivo-integrativo e mandamental as modificações contratuais que julgar necessárias para o estabelecimento, ou a reconstrução, da igualdade da contratação, primitivamente inexistente ou de ocorrência ulterior, colimando a obtenção de avença isonomia".

há é apenas uma diminuição quantitativa, mas o direito de ação, em sua substância, teria sido atingido do mesmo modo.

Tal digressão é necessária para darmos ao problema a dimensão merecida, ou seja, se for possível a modificação antecipada de cláusulas contratuais, no sentido da redução de parcelas vincendas, pelos mesmos fundamentos o será em relação à suspensão ou prorrogação do vencimento das parcelas vincendas.

De qualquer modo, resta a indagação: estariam fechadas as portas do Poder Judiciário, para que o réu pudesse postular seus direitos?

O direito de ação do réu, garantido pela Constituição Federal, não teria sido prejudicado. No máximo, poderia ser cogitado, no processo de execução, da falta de interesse de agir do exequente, enquanto perdurar a tutela antecipatória concedida, porquanto, nesse ínterim, a dívida não seria exigível. A situação, aparentemente contraditória, é perfeitamente explicável.

Não se confunde o direito de ação constitucional com o direito de ação processual. O art. 5º,

XXXV da Constituição Federal (segundo o qual "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito") dá o âmbito do direito de ação no nosso ordenamento jurídico, de modo que toda e qualquer pessoa terá o direito de acesso ao Poder Judiciário e, portanto, direito de ação, na sua acepção mais ampla. Desse modo, no plano jurídico-constitucional, em que originaria e primariamente se situa a ação, consubstancia-se ela num direito autônomo e absolutamente abstrato consistente no direito que tem o indivíduo de pedir tutela jurisdicional ao Estado, relativamente a uma pretensão, podendo dessa ação, a nível constitucional, nascer a ação do processo civil (ALVIM Arruda, 1994:102-103). Trata-se, no caso, do chamado direito de petição, ou direito constitucional de ação, totalmente incondicionado à verificação da existência de qualquer condição. No entanto, não se confunde esse direito de ação constitucional, ou direito de petição, com o direito de ação concebido como instituto processual. Este, último instituído de direito processual, constante, pois, de lei processual, tem seus requisitos de exercício (=

condições da ação) também traçados pela lei processual. O escopo da ação é a obtenção da prestação jurisdicional, favorável ou não à pretensão veiculada; e as condições da ação as categorias lógico-jurídicas, existentes em doutrina e, muitas vezes, como em nosso direito positivo, na lei, que, se preenchidas, possibilitam que alguém chegue à sentença de mérito (Id. *Ibidem*, 229-230).

Destarte, o que aciona a jurisdição é o exercício do direito constitucional de ação (de petição) e este é que dá nascimento ao processo. Tanto é assim que processo pode existir, até mesmo já estar *completo através da* citação do réu, e ser o autor carente de ação (ação processual civil) em não preenchendo as condições desta última, tendo sido acionada a jurisdição através do exercício do direito constitucional de ação (de petição, portanto). Em suma: o direito de petição é direito público abstrato que se subjetiva em todos e cada um incondicionadamente; ao passo que a ação processual civil, a despeito de também ser direito público subjetivo, tem seu exercício condicionado (ALVIM Tereza, 1996:11-12,57). No caso de o autor não ter preenchido as condições da ação e de ter o

processo acabado, pois, sem que o mérito tenha sido julgado, o autor terá, legitimamente, exercitado o seu direito de petição, e não o direito de ação propriamente dito, exatamente por não estarem preenchidas as condições para exercê-la, condições estas concretamente definidas no Código de Processo Civil (arts. 267, VI. § 3º; 295, II e III, e 295, parágrafo único, III) (ALVIM Arruda, op. cit.: 226227).

Portanto, respondendo à indagação feita acima, seria perfeitamente viável o exercício do direito de ação, pelo réu exequente, seja em virtude da garantia *constitucional*, seja em virtude do disposto no art. 585, § 1º, que assim dispõe: "a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do

título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução". Assim, o credor poderia, mesmo em caso de deferimento liminar de tutela antecipatória, em ação relativa ao débito constante do título executivo, aforar o processo de execução. Não é prejudicado seu direito de ação, mas apenas haverá uma adequação procedimental, resolvendo-se o problema pelas normas sobre prevenção e conexão de causas,

fazendo com que as duas ações tramitem perante o mesmo juiz, evitando-se, com isso, provimentos diferentes²⁴.

Isso ocorre porque, no caso, estão em jogo o direito de ação de ambos os litigantes, e não, apenas, do credor que teria sido prejudicado com o deferimento da tutela liminar. Ao analisar o direito dos litigantes, o juiz, verificando que o autor tem razão, e que os argumentos do réu não lhe convencem, deverá conceder a

²⁴ José Eduardo Carreira Alvim, ob. cit., p. 216; Cândido Rangel Dinamarco, ob. cit., p. 232. A jurisprudência assim tem resolvido a questão: 'O ajuizamento de ação buscando invalidar cláusulas de contratos com eficácia de título executivo não impede que a respectiva ação de execução seja proposta e tenha curso normal. O postulado e recebidos embargos do devedor, e assim suspenso o processo da execução (CPC, art. 791, I), poder-se-á cogitar da relação de conexão entre a ação de conhecimento e a ação incidental ao processo executório, com a reunião dos processos de ambas as ações, para instrução e julgamento conjuntos, no juízo prevalecente. José Eduardo Carreira Alvim, ob. cit., p. 216; Cândido Rangel Dinamarco, ob. cit., p. 232. A jurisprudência assim tem resolvido a questão: 'O ajuizamento de ação buscando invalidar cláusulas de contratos com eficácia de título executivo não impede que a respectiva ação de execução seja proposta e tenha curso normal. O postulado e recebidos embargos do devedor, e assim suspenso o processo da execução (CPC, art. 791, I), poder-se-á cogitar da relação de conexão entre a ação de conhecimento e a ação incidental ao processo executório, com a reunião dos processos de ambas as ações, para instrução e julgamento conjuntos, no juízo prevalecente. (ST J, 4ª Turma, Rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, j. 10.12.91 DJU 25.05.92, acórdão citado por Theotônio Negrão, Código de Processo Civil e Legislação Civil em Vigor, p. 235, nota 11d ao art. 265, do CPC).

tutela antecipatória postulada, constatando, o juiz, que o direito do autor é que deve ser protegido, a concessão da tutela antecipatória se impõe.

Deferida a tutela antecipatória, e enquanto não for modificada, não poderá o executado ser compelido a pagar quantia diferente ou em momento diferente do estipulado na decisão concedida *in limine*²⁵. No caso, faltará ao réu, se pretender executar o autor, requisito para o exercício da ação processual (interesse de agir), mas nunca para o exercício da ação constitucional (direito de petição), portanto este é

²⁵ Arruda Alvim (Código do Consumidor Comentado, p. 392 e notas 3, 4 e 5) assim leciona a respeito: 'se o consumidor tiver sido lesado e se tiver evidenciado, *in limine litis*, essa lesão, é possível que o juiz, nessa oportunidade, conforme as circunstâncias, determine desde logo, a alteração das prestações que originalmente cabiam ao consumidor, evitando-se desta forma, que este viesse a ser colocado em mora, de onde poderia vir a emergir o seu inadimplemento. 'E, na nota 4, continua o festejado processualista: 'Fator que deverá pesar, na decisão sobre o pedido de liminar, deverá ser o de que se tenha evidenciado a lesão, com a característica da irreparabilidade ou de improvável reparação; ou, senão, que essa possa ser evidenciada liminarmente, ainda que o consumidor seja réu (e, requerendo cautelar incidental, enquanto réu), quando essa lesão puder conduzir ao possível inadimplemento absoluto (mas injustificável), por parte do consumidor, tendo em vista ação que lhe tenha sido movida pelo fornecedor, o juiz deverá conceder-lhe proteção, se ocorrerem os pressupostos respectivos.'

incondicionável²⁶.

Por outro lado, considerando que a tutela antecipatória é, de certo modo, provisória, caso, a posteriori, o réu ajuíze ação de execução, a suspensão do processo de execução se impõe, mesmo não havendo previsão da hipótese no art. 791 do Código de Processo Civil, porquanto, no caso, o direito do autor não poderá ser prejudicado. Julgando, em definitivo, a ação aforada pelo autor-executado, o juiz deverá dar a solução mais adequada ao processo de execução, extinguindo-o ou dando-lhe seguimento.

²⁶ Aliás, de certo modo, seria mesmo injusto o juiz determinar a execução, se o autor quisesse discutir o contrato e, nesse sentido, cumprir a obrigação da maneira que entende estar amparada na lei. "Se o devedor, apesar de discordar das condições da dívida, quer cumpri-la, e para tanto chega a ajuizar uma demanda judicial - o que, nos dias de hoje, não é contrato, é bastante coerente com o espírito instrumental das normas processuais que o juiz suspenda o processo de execução, pelo menos até o julgamento final, para que se verifique, efetivamente, se ocorreu inadimplemento, ou não (Código de Processo Civil, art. 580 e 581, sob Capítulo denominado 'dos requisitos necessários para realizar qualquer execução').".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Dei Rey Editora, 1995.
- ALVIM, José Manoel de Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- "Tutela Antecipatória . Algumas Noções Contrastes e Coincidências em Relação às Medidas Cautelares Satisfativas", in *Direito*. São Paulo: 1996.
- ALVIM, Thereza, O *Direito Processual de Estar em Juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo, Saraiva, 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel!. *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- *Atualidades Sobre o Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- . et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- OLIVEIRA, Nilza Machado de. *Efetivação da Tutela Cautelar e da Tutela Antecipatória*. Londrina: 1996. (Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Estadual de Londrina – UEL - PR).
- SOUZA, James M. Marins. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- SHIMURA, Sérgio Seiji. *Arresto Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo. *Estatuto da Magistratura e Reforma do Processo Civil*. Belo Horizonte: Dei Rey, 1993.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.