



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

DANNIELLY SARMENTO DE ALMEIDA

**TUTELA PROVISÓRIA EM ESPÉCIE:
MEDIDAS CAUTELARES E MEDIDAS ANTECIPATÓRIAS**

**SOUSA - PB
2007**

DANNIELLY SARMENTO DE ALMEIDA

**TUTELA PROVISÓRIA EM ESPÉCIE:
MEDIDAS CAUTELARES E MEDIDAS ANTECIPATÓRIAS**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^ª Esp. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa.

**SOUSA - PB
2007**

Dannielly Sarmiento de Almeida

**TUTELA PROVISÓRIA EM ESPÉCIE:
MEDIDAS CAUTELARES E MEDIDAS ANTECIPATÓRIAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em 19.06.2007

COMISSÃO EXAMINADORA

Vanina Oliveira Ferreira de Sousa
Professora Orientadora – UFCG

Edjane Esmerina Dias da Silva
Professor – UFCG

Lourdemário Ramos de Araújo
Professor - UFCG

Agradecer é admitir que houve um momento em que se precisou de alguém, é reconhecer que o homem jamais poderá lograr para si o dom de ser auto-suficiente. Ninguém cresce sozinho, sempre é preciso um olhar de apoio, uma palavra de incentivo, um gesto de compreensão, uma atitude de amor. À meus pais.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pela certeza de sua presença em todos os passos dados, em todas as batalhas travadas e em todas as derrotas vividas.

A minha mãe, verdadeira companheira, Maria Diniz, que tanto contribuiu para o meu crescimento pessoal e compartilhou e alimentou os meus ideais.

A minha irmã e amiga, Harlany, que apesar da distância, sempre me assistiu, incentivou, apoiou e me confortou nos momentos de maior dificuldade.

Ao meu namorado e amigo, Alvaro Neto, pelo amor e companheirismo nos vários momentos de minha vida.

Especial agradecimento a professora, orientadora e amiga, Vanina, pelos ensinamentos e amizade, além de acreditar e apoiar seriamente esse trabalho.

E aos demais mestres e colegas de curso e academia, porque juntos galgamos mais uma etapa de nossas vidas.

RESUMO

A morosidade da prestação jurisdicional do Estado com a demorada duração do processo é um dos maiores problemas da Justiça em nosso país. Diante de tais problemas o legislador criou duas formas de tutelas que dão a parte a garantia provisória da pretensão em situações de urgência ou de dano irreparável. O objetivo do presente trabalho é abordar de forma simples e concisa as principais semelhanças e diferenças entre as medidas cautelares e as medidas antecipatórias, conhecidas pela doutrina como as espécies de tutelas provisórias. Para tanto se faz necessário traçar breves considerações sobre a evolução do processo civil brasileiro, desde a referência aos tempos remotos em que a regra era a da autotutela até os dias atuais, de modo que se possa visualizar, dentro desse contexto histórico, a própria caracterização dessas tutelas, considerando que tanto as medidas cautelares como as antecipatórias, por si só, dentro daquele macro processo de evolução das normas de direito processual civil, também não surgiram do nada, antes representam institutos resultantes do aperfeiçoamento do direito, em especial trazidos das regras de direito comparado através de importantes teorias (Chiovenda, Carneluti e Calamandrei). Procurar-se-á, por conseguinte, demonstrar a natureza jurídica, os requisitos e pressupostos das mencionadas medidas, visando à análise dos principais aspectos que têm sido levantados a favor ou contra a possibilidade da concessão destas tutelas urgentes em qualquer espécie de processos. Com isto, busca-se fundamentação nos princípios informadores das tutelas urgentes, promovendo assim, soluções plausíveis em cada caso julgado, e atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum. Vê-se, desta feita, no transcorrer do trabalho que sempre que os requisitos das medidas cautelares e das medidas antecipatórias se fizerem presentes haverá possibilidade jurídica para a formulação do pedido e obtenção da medida, mormente porque inexistente qualquer oposição para tanto; pelo contrário, harmonizam-se com os princípios da celeridade e instrumentalidade e, por conseguinte, com a efetividade buscada pela justiça. A pesquisa se deu através da análise da legislação, leituras, fichamentos, doutrinas e outras publicações que versassem sobre o tema proposto e depois organizado de forma uniforme e coerente para realização deste trabalho. Porquanto, percebe-se que o ordenamento jurídico veio enriquecer com a possibilidade da antecipação da tutela pretendida ou sendo ela cautelar por parte daquele que recorre a imparcialidade do estado, como forma de ver seu direito evidente e claro assegurado preventivamente.

Palavras – chave: tutelas em espécie, medida cautelar e medida antecipatória.

ABSTRACT

The morosity of the judgement of the State with the delayed duration of the process is one of the biggest problems of Justice in our country. Ahead of such problems the legislator created two forms of guardianships that give to the part the provisory guarantee of the pretension in situations of urgency or irreparable damage. The objective of the present work is to approach of simple and concise form the main similarities and differences between the writs of prevention and the measures, known for the doctrine as the species of provisory guardianships. For in such a way one becomes necessary to trace brief on the evolution of the Brazilian civil action, since the reference to the remote times where the rule was of until the current days, in way that if can visualize, inside of this historical context, the proper characterization of these guardianships, considering that as much the writs of prevention as the *antecipatorias*, by itself, inside of that macro process of evolution of the norms of civil procedural law, had also not appeared of the nothing, before represents justinian codes resultants of the perfecting of the right, in special brought of the comparative rules of law through important theories (Chiovenda, Carneluti and Calamandrei). It will be looked, therefore, to demonstrate the legal nature, the estimated requirements and of the measured mentioned ones, aiming at to the analysis of the main aspects that have been raised the favor or against the possibility of the concession of these urgent guardianships in any species of processes. With this, one searches reasonable recital in the informative principles of the urgent guardianships, thus promoting, solutions in each in case that judgeship, and taking care of to the social ends of the law and to the requirements of the common good. It is seen, of this done one, in of the work that whenever the requirements of the writs of prevention and the measures if to make gifts have legal possibility for the formularization of the order and attainment of the measure, mainly because any opposition for in such a way inexists; for the the opposite, the principles of and are harmonized with and, therefore, with the effectiveness searched for justice. The research if gave through the analysis of the legislation, readings, doctrines and other publications that turned on the subject considered and later organized of form coherent uniform and for accomplishment of this work. Inasmuch as, the legal system is perceived that lode to enrich with the possibility of the anticipation of the intended guardianship or being action for a provisional remedy it on the part of whom it appeals the e of the state, as form to see its evident right preventively and clearly assured.

Key Words: guardianships in species, writ of prevention and *antecipatoria* measure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 EVOLUÇÃO DO PROCESSO.....	12
1.1 Histórico.....	12
1.2 Reforma processual: providência necessária e urgente.....	13
1.3 A Reforma processual de 1994 e a sistematização da antecipação da tutela.....	14
CAPÍTULO 2 ORIGEM DAS MEDIDAS CAUTELARES.....	17
2.1 Teoria de Chiovenda.....	18
2.2 Teoria de Calamandrei.....	18
2.3 Teoria de Carnelutti.....	19
CAPÍTULO 3 ORIGEM DA TUTELA ANTECIPADA.....	21
CAPÍTULO 4 CARACTERÍSTICAS E PRESSUPOSTOS DAS MEDIDAS CAUTELARES.....	23
4.1 Processo, ação e jurisdição.....	23
4.2 Pressupostos da tutela cautelar.....	25
4.3 Poder geral de cautela.....	28
CAPÍTULO 5 CARACTERÍSTICAS E PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA.....	30
5.1 Natureza jurídica do instituto.....	30
5.2 Condições para a antecipação da tutela.....	31
5.2.1 Prova inequívoca e verossimilhança da alegação.....	31
5.2.2 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.....	34
5.2.3 Abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.....	35
5.2.4 Perigo da irreversibilidade.....	37
5.3 Momentos da concessão da tutela antecipada liminarmente – “inaudita altera pars”.....	38
5.4 Outros momentos para concessão da tutela antecipada.....	39
5.5 Possibilidade da revogação da tutela antecipada.....	40
CAPÍTULO 6 TUTELA CAUTELAR E ANTECIPATÓRIA: CONTRASTES E SEMELHANÇAS.....	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

O processo, de longa data, vem se caracterizando como instrumento moroso e inábil à prestação de uma justiça célere e eficaz, a ponto de cometer injustiças irreparáveis.

As conseqüências que decorrem da morosidade da prestação jurisdicional do Estado sempre foram uma das maiores preocupações que afligiram juristas e legisladores. A demora dos ritos processuais, ao lado da tramitação intrincada dos feitos, levam, não raramente, as partes à autocomposição extrajudicial, à renúncia ou à desistência de sua pretensão resistida. Se por um lado esta atitude desafoga indubitavelmente o Judiciário, por outro não pacifica socialmente, deixando um misto de rancor e descrédito naquele que procurou a assistência da Justiça Pública, sem esquecer de mencionar, que a finalidade da prestação jurisdicional não se concretiza.

O primeiro instituto voltado a amenizar os potenciais prejuízos desta espera indefinida pelo “tempo do processo” foi a Ação Cautelar, cujo procedimento veio previsto no Código de Processo Civil de 1973. Aliás, examinando o direito comparado, Barbosa Moreira (1974, p. 229) afirmou que:

Nenhum diploma processual em vigor deu ao processo cautelar o relevo que ele assumiu no texto brasileiro de 1973, o qual intencionou reconhecer sua plena individualidade, seja em relação ao processo de conhecimento, seja em relação ao processo de execução.

Mais recentemente, por força da lei nº 8.952/94, tivemos a inclusão em nosso ordenamento jurídico da Antecipação da Tutela com âmbito de atuação restrita às Ações de Conhecimento. Tal instituto almejou, inicialmente, minorar e até mesmo evitar os danos e prejuízos (algumas vezes irreparáveis) impostos pela demora na prolação da sentença final, desde que, diante de prova inequívoca, fosse constatada a verossimilhança das alegações do autor e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

De todas as alterações ou inovações objeto da reforma do Código de Processo Civil Brasileiro, é possível afirmar que talvez nenhuma tenha sido tão relevante e avançada

quanto a que defendeu a sistematização do instituto da tutela antecipada, via da nova redação conferida ao art. 273, do CPC, pela Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994.

Com efeito, ao mesmo tempo em que promoveu uma ampliação do poder do juiz a patamar há algum tempo inimaginável — ou ao menos inaceitável pela doutrina dominante —, na medida em que possibilitou-lhe prestar a tutela jurisdicional tão logo lhe seja requerida pela parte, veio também, nesse diapasão, propiciar ao jurisdicionado que se venha a sentir ofendido em seu direito subjetivo, a possibilidade de vê-lo tutelado rapidamente, sem que, para tanto, se faça necessário aguardar todo o decorrer normal do trâmite do processo.

Tal instituto, no entanto, não é utilizado indiscriminadamente, devendo ser preenchidos os respectivos pressupostos processuais previstos em Lei. Estes traduzem, como já citado anteriormente, de prova inequívoca da verossimilhança das alegações do autor e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, valendo ressaltar a necessidade de que a medida tomada seja reversível.

Há de mencionar-se que tal provimento já vinha sendo proferido, às vezes prodigamente e sob protestos pela contradição que encerravam, no bojo de ações cautelares — cuja natureza em nada se aproxima da tutela antecipada, se não no fato de que são ambos tipos de provimento ditos de urgência e dotados de provisoriedade.

De modo que não se pode prescindir, no estudo que se inicia, de uma minuciosa distinção entre estes institutos tão conhecidos no direito processual civil, que embora ofereçam antecipação de medidas urgentes distinguem-se quanto aos seus fundamentos e finalidades.

Na realidade muitos são os pontos que favorecem a confusão entre os institutos. É que um dos pressupostos à concessão da tutela cautelar — a existência de "fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação" — também o é (se não idêntico, ao menos sobremodo semelhante) à concessão antecipada da tutela do art. 273 do CPC — "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação".

Assim, ressoa evidente que o estudo das medidas antecipatórias em espécie não pode desconsiderar a necessidade de verificação dos pontos onde se assemelham e distinguem tutela cautelar e tutela antecipada, precisamente do exame dos pressupostos processuais, da verificação de sua natureza jurídica; aqui, registre-se, onde reside a diferença básica e nuclear entre ambas as tutelas de urgência em comento.

De outra parte, a distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipada não visa escopos apenas acadêmicos, mas, sobretudo finalísticos, de ordem prática — e é sobre este prisma a ênfase que se pretende imprimir neste estudo.

É que para cada tutela requerida, há o respectivo procedimento a ser adotado, uma vez que, a tutela (antecipada ou cautelar) deve ser pleiteada via do procedimento compatível com cada qual, visto que a utilização do procedimento inadequado trará, em princípio, conseqüências indesejáveis ao ofendido no seu direito subjetivo.

Daí ter-se vislumbrado a necessidade imperiosa de contribuir, via da presente pesquisa, com estudo que, além de analisar os pressupostos processuais de cabimento das espécies de medidas antecipatórias, bem como estabelecer nítida diferenciação entre a natureza jurídica de cada um dos dois institutos, porquanto aqui reside, ver-se-á, o ponto nodal que os distingue.

De modo que, ao término da empreitada intelectual, e tendo em vista a importância prática forense de que se reveste, seja possível identificar quais, afinal, os elementos peculiares ao instituto da tutela antecipada e as medidas cautelares.

CAPÍTULO 1 EVOLUÇÃO DO PROCESSO

1.1 Histórico

Já se vai longe o tempo em que à solução dos conflitos de interesses, que se estabelecia entre os cidadãos, se realizava diretamente pelos próprios sujeitos cujos interesses se conflitavam (autotutela), fenômeno que muitos denominam “justiça pelas próprias mãos”. Isso ocorria, seja porque inexistia o Estado como poder político, seja porque, apesar de existente, era incipiente e incapaz de impor sua decisão aos contendores.

A partir do momento em que o Estado politicamente organizado invocou para si o direito de dirimir os conflitos existentes, prestando tutela jurisdicional através de órgãos especializados, a autotutela, ou justiça privada, foi substituída pela pública. Entretanto, isso não significa que a autotutela se extinguiu por completo, visto que ainda, há resquícios de sua existência na legislação pátria no que concerne ao direito de retenção em sede de posse (art. 516, CC)¹, penhor (art. 772, CC)² — inclusive o legal (art. 776, CC)³ —, locação (art. 1199, CC)⁴ e depósito (art. 1279, CC)⁵, bem assim o direito de "desforço imediato", a que alude, também no terreno do direito possessório, o art. 502 do CC⁶, e, no campo do direito penal, também exemplificativamente, a "legítima defesa".

¹ Art. 516, CC. O possuidor de má-fé tem direito a indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa. Pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis, poderá exercer o direito de retenção.

² Art. 772, CC. O credor pignoratício não pode, paga a dívida, recusar a entrega da coisa a quem a empenhou. Pode retê-la, porém, até que o indenizem das despesas, devidamente justificadas, que tiver feito, não sendo ocasionadas pela sua culpa.

³ Art. 776, CC. São credores pignoratícios, independente de convenção: I – os hospedeiros, estalajadeiros ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito; II – o dono do prédio rústico ou urbano, sobre bens moveis que o rendeiro ou inquilino tiver guardado no mesmo prédio, pelos alugueres ou rendas.

⁴ Art. 1199, CC. Não é lícito ao locatário reter a coisa alugada, exceto no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis se estas houverem sido feitas com expresso consentimento do locador.

⁵ Art. 1279, CC. O depositário poderá reter o depósito até que se lhe paguem o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos, que se refere o artigo anterior (art. 1278 que fala das despesas em prol da coisa) provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas.

⁶ Art. 502, CC. O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se, ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo.

Assim, ainda hoje, se admite a autocomposição em certos casos, pela impossibilidade de o Estado-juiz estar sempre presente no momento em que um direito esteja ou não na iminência de ser violado.

Ao lado disto, a sociedade, com razão insatisfeita, tem expressado das mais diversas formas o seu descontentamento, muitas vezes buscando formas alternativas para a solução dos conflitos ocorrentes, sob o crivo, ou não, do Estado, por vezes não raro até a margem do ordenamento jurídico vigente (o que é mais perigoso e indesejável).

Afora essas soluções, diga-se, marginais, os mais renomados juristas vêm defendendo que algumas experiências alternativas devem ser buscadas pela sociedade moderna mundial, afim de tornar mais rápida e eficiente a composição dos conflitos e por conseguinte a pacificação social. Entre nós, entretanto, e nos países que consagraram o monopólio jurisdicional nas mãos do Estado, comumente a solução buscada tem se situado na simplificação (minimização) dos ritos, como sucedeu no Brasil com as medidas cautelares, os procedimentos sumários e especiais, e algumas leis esparsas (como por exemplo, a Lei do Mandado de Segurança), ou da antecipação dos julgamentos, como o julgamento antecipado da lide, ou dos provimentos, como a antecipação da tutela e a tutela (específica) liminar.

1.2 A Reforma processual: providência necessária e urgente

Parece óbvio a necessidade de uma reforma no direito processual civil brasileiro, como já dizia o jurisconsulto e filósofo inglês *Francis Bacon* (séc. XVI) "se a injustiça da sentença a faz amarga, sua demora torna-a azeda", e parece que, de tempos para cá, a consciência de que é imprescindível uma prestação jurisdicional rápida e eficiente para a solução pacífica dos conflitos vem se alastrando, cada vez com maior intensidade, pelos estudiosos modernos do direito processual.

Com efeito, a mudança que vem sofrendo o direito processual pátrio não é original, considerada a preocupação e conseqüente produção mundial nesse sentido.

O que se observa é um distanciamento crescente, pelos processualistas hodiernos, da antiga compreensão do direito processual como mero aglomerado de normas técnicas desprovidas de qualquer conteúdo ideológico, forte na constatação, insistentemente demonstrada pela prática, de que o exercício da atividade jurisdicional — por sua vez concretizado no processo — promove indiscutível ingerência na vida dos jurisdicionados, e, por isto mesmo, não se pode desvesti-lo de seus objetivos sociais e políticos.

São evidentes os benefícios da evolução que se aproxima, considerando as recentes alterações no direito processual civil, que introduziu inovações significativas como a Lei dos Juizados Especiais, da Ação Civil Pública, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor, das alterações advindas com a lei 11.232/05 que fez modificações importantes no que diz respeito ao procedimento de Liquidação de Sentença tendo em vista a necessidade de razoável duração do processo introduzida com a Reforma do Poder Judiciário, em 2004, que se mostra como marco para repensar o processo civil, além dos remédios constitucionais do Mandado de Segurança Coletivo e da "abertura à legitimação à ação direta de inconstitucionalidade", o problema maior a obstaculizar uma justiça célere residia exatamente na sua lentidão, na morosidade inerente ao trâmite do procedimento ordinário e esses procedimentos, leis especiais, e a Emenda Constitucional nº. 45/2004 trouxeram, de certa forma, maior celeridade na resolução de certas questões processuais que clamavam por transformações urgentes.

1.3 A Reforma processual de 1994 e a sistematização da antecipação de tutela

A reforma processual de 1994 que conferiu nova redação ao art. 273 do Código de Processo Civil⁷ possibilitou ao juiz, atendidos certos requisitos, antecipar, em qualquer

⁷ Art. 273. CPC: o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (...)

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588, 461, §§ 4º e 5º, 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva de mérito. A inserção deste instituto que se convencionou chamar de tutela antecipada ou antecipação da tutela trouxe relevantes conseqüências no campo do processo cautelar, visto que em muitos fatores se assemelha a medida cautelar.

No processo cautelar, com o surgimento da antecipação de tutela no processo de conhecimento, veio a desafogar e dar nova vida ao mesmo. Segundo Albino Zavaski (2005, p. 45):

O que se operou foi a purificação do processo cautelar, que assim readquiriu sua finalidade clássica: a de instrumento para obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito, sem satisfazê-lo. Todas as demais medidas assecurativas, que constituam satisfação antecipada de efeitos da tutela de mérito, já não caberão na ação cautelar, podendo ser, ou melhor, devendo ser reclamadas na própria ação de conhecimento, exceto nos casos, raros, já referidos, em que a lei expressamente prevê ação autônoma com tal finalidade. Postulá-las em ação cautelar, na qual os requisitos para a concessão da tutela são menos rigorosos, significará fraudar o art. 273 do Código de Processo Civil, que, para satisfazer antecipadamente, supõe cognição em nível mais aprofundado, pois exige verossimilhança construída e prova inequívoca.

Em verdade, o surgimento do instituto da tutela antecipada, seus antecedentes, seu escopo, confundem-se, em linhas gerais, com a própria Reforma no bojo da qual veio inserta. Com efeito, a antecipação da tutela, cuja principal finalidade reside mesmo na agilidade da entrega da prestação jurisdicional com vistas à sua eficácia, teve como princípio inspirador à sua inserção no ordenamento jurídico-processual civil pátrio, entre outras várias reformas setoriais levadas a efeito no Código de Processo Civil Brasileiro, principalmente o atendimento aos reclamos da sociedade contra a morosidade do sistema judiciário nacional, exatamente na prestação da tutela jurisdicional, não raro ineficaz ao tempo em que efetivada.

Opinião, diga-se, sob certos limites, compartilhada até pelo talvez mais cauteloso processualista pátrio — cauteloso sob o aspecto da consideração das hipóteses e oportunidades em que cabível a antecipação tutelar —, Calmon de Passos, que de qualquer

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parte deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providências de natureza cautela, poderá o juiz, quando presente os respectivos pressupostos, deferir a medida cautela em caráter incidental do processo ajuizado.

modo a elegeu, dentre todas as modificações impingidas setorialmente pela Reforma, como a "*de maior relevância*".

Ainda como remédio processual posto à disposição do jurisdicionado para invocar do Estado-juiz a aplicabilidade no caso concreto, buscou-se também, como diz Figueiredo Teixeira (1996, p. 127) via da antecipação de tutela, obstaculizar os sucessivos "equivocos e abusos ocorridos na prática com a cautelar inominada, com a qual, aliás, não se confunde a tutela do art. 273", afinal era exatamente por falta de mecanismo desse porte e desse alcance que prosperou no foro o chamado abuso das cautelares. Espera-se, destarte, que o uso adequado e correto do novo instituto venha corrigir a anomalia.

De sorte que se pode afirmar, ao lado de tantas respeitáveis opiniões, o instituto da antecipação da tutela, seja pelo grau de cientificidade que ostenta, seja pelas conseqüências que inelutavelmente resultarão das relações de direito processual, traduz-se num dos maiores, senão o maior expoente demonstrador do avanço a que a reforma logrou intentar.

CAPÍTULO 2 ORIGEM DAS MEDIDAS CAUTELARES

O estudo do conceito de processo cautelar é bastante recente, uma vez que a concepção da tutela jurisdicional cautelar como uma nova face da jurisdição, só se deu a partir do século XX. Todavia, isso não significa dizer que o instituto das medidas cautelares fosse desconhecido em épocas passadas, pois, embora não houvesse uma visão autônoma do processo cautelar como modalidade de tutela jurisdicional, já havia algumas medidas acautelatórias no direito romano.

Naquela remota época competia ao pretor romano a função de distribuição da justiça, onde atuava como magistrado, investido da *jurisdictio* (podendo assim “dizer o direito”) e *imperium* (conceito primitivo de cargo público), tendo poderes, inclusive, de suprir lacunas existentes na legislação da época e criar direitos não previstos no *jus civile*.

Pelo *imperium*, o pretor tinha o poder de comandar e utilizar a força para fazer valer sua autoridade, e impor suas sentenças, ordens e decisões. Por causa de sua autoridade, o pretor podia tomar medidas acauteladoras em benefício da parte ofendida, assegurando e reservando bens para a futura execução.

Assim, embora o direito romano não tenha elaborado uma teoria geral do processo cautelar tal como existe no direito moderno, isolando a ação cautelar das demais existentes, a atividade do pretor em Roma, bem como dos Governadores das províncias (todos possuidores de um poder geral de cautela) deu ensejo à criação de várias medidas cautelares já naquela época.

As primeiras tentativas plausíveis no delinear um conceito de processo cautelar foram feitas na doutrina alemã. Assim, o primeiro labor científico de que se tem notícia, tendo como centro o processo cautelar, nasceu da pena do eminente processualista alemão Adolf Wach que elaborou a teoria do direito concreto à tutela jurídica.

Para Wach, segundo lições de Theodoro Júnior (1999, p. 76): “A ação é um direito autônomo, não pressupondo necessariamente o direito subjetivo material violado ou

ameaçado, como demonstram as ações meramente declaratória (em que o autor pode pretender uma simples declaração de inexistência de uma relação jurídica)”.

Menciona, o professor Orione Neto (2000, p. 51), “que o processo cautelar atingiu seu apogeu com os doutrinadores italianos, que contribuíram sensivelmente para a sistematização do processo cautelar, bem como para aperfeiçoamento das legislações”. Destaca-se, portanto, os nomes de Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti, dos quais se foram criadas importantes teorias para se explicar o tema.

2.1 A teoria de Chiovenda

Esta teoria se inicia por ressaltar que o poder jurídico de se obter uma dessas medidas cautelares, é por si só, uma forma de ação. Assim, o processo acautelatório tem, de fato, como organismo processual, uma individualidade própria: uma relação jurídico-processual com objeto próprio.

Na lição de Chiovenda, citado por Orione Neto (2000, p.103), as medidas cautelares “são medidas provisórias que correspondem à necessidade efetiva e atual de afastar o temor de um dano jurídico”. Ela por si só já satisfaz o direito do tutelado.

Para Chiovenda, citado por Theodoro Júnior (1999, p. 51), a medida cautelar é uma ação asseguradora. Dizia o grande processualista: “*también, aqui, el derecho a la resolucion cautelar es um derecho del estado fundado em las necesidades generales de la tutela del derecho, y la parte no tiene sino el poder de provocar su ejercicio em el caso concreto*”. Sua visão foi tida como incompleta, tendo-se em vista que muitas medidas, no curso processual, são bastantes e próprias para evitar um dano jurídico sem que representem medidas cautelares. Lembra o mestre mineiro que faltou a Chiovenda mencionar que o receio de dano provém do perigo na demora da entrega da prestação jurisdicional.

2.2 A teoria de Calamandrei

Segundo inúmeros juristas, o estudo mais perfeito da tutela cautelar se deve a Calamandrei que em sua *“Introduzione Allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari”*, delineou claramente as características e requisitos da mencionada medida, foi um verdadeiro marco em matéria de processo cautelar.

A instrumentalidade das cautelares surgiu com Calamandrei. É que as providências cautelares não existem por si, posto que se ligam a um decisum definitivo que buscam assegurar de forma preventiva. Sob conceito, a medida cautelar tem vida para garantir a eficácia do processo principal. A tutela cautelar, em relação a postulação principal, é uma tutela mediata que busca fazer justiça e contribui para garantir o eficaz pronunciamento do órgão jurisdicional.

Para Calamandrei, nas palavras de Orione Neto (200, p. 105), o interesse surge sempre da existência de um perigo de dano jurídico, proveniente da demora de uma providência jurisdicional definitiva, “o que justifica a providência cautelar é a necessidade de obviar o perigo de dano que resultaria da demora na outorga da prestação jurisdicional”.

2.3 A teoria de Carnelutti

Carnelutti também contribuiu sobremaneira na conceituação da tutela cautelar e formulou não menos do que quatro concepções acerca do tema.

Primeiramente Carnelutti, conforme Orione Neto (2000, p.107), entendeu que “a medida cautelar produzia a sistematização de fato durante a lide”. Tal teoria foi abandonada porque nem sempre o que se necessita é a manutenção de um estado de fato, a exemplo do Código de Processo civil brasileiro a medidas cautelares podem a qualquer tempo ser revogadas ou modificadas.

Na segunda teoria de Carnelutti passou a defendê-la como uma composição provisória da lide, na sua concepção era forma de prevenir o dano através de medidas aptas a afastar o prejuízo até decisão final.

Mais tarde esse entendimento também foi substituído, passando-se a defender a tese de que o processo cautelar serve à tutela do processo principal para assegurar a sua utilização prática, ou seja, sua eficácia.

Posteriormente aprimorou suas teses definindo um conceito mais fiel a verdadeira função das medidas cautelares e enfatizou que a finalidade do processo cautelar é assegurar o equilíbrio das partes. Consoante, assim preconiza Orione Neto (2000, p.108) “a tutela cautelar destina-se a evitar no limite do possível, qualquer alteração no equilíbrio inicial das partes, que possa derivar da duração do processo”.

Do exposto observa-se que a tutela cautelar surgiu como uma forma de garantia adicional à eficácia da prestação da tutela jurisdicional satisfativa, servindo para suprir as deficiências do processo principal, seja ele de conhecimento ou de execução, à medida que estes possuem um procedimento moroso, intrincado e cheio de falhas, que pode tornar irremediável o dano sofrido pela parte.

CAPÍTULO 3 ORIGEM DA TUTELA ANTECIPADA

Somente no século XX, após se observar a redução do poder geral de cautela a um campo de ação bastante limitado (uma vez que não se admitia sua utilização para satisfação direta de direitos subjetivos das partes), é que os doutrinadores procuraram dar maior elasticidade aos efeitos da tutela cautelar, de forma a dar-lhe um cunho satisfativo, sob o fundamento de que um tardio reconhecimento de uma pretensão jurisdicional equivalia a verdadeira denegação de justiça.

Neste ínterim, foram criadas ações especiais onde se admitia a possibilidade de liminares satisfativas, como na ação popular, na ação civil pública, na ação direta de inconstitucionalidade, nas ações locatícias, no mandado de segurança, desde que requeridas em circunstâncias especiais.

Humberto Theodoro Júnior (1999, p. 123) informa que:

No direito europeu, bem antes de 1964, consolidou-se, não sem muita resistência, a ampliação do poder geral de cautela, com a inclusão das medidas urgentes de antecipação de tutela satisfativa. Nos direitos alemão e suíço, da mesma forma, agregaram às tradicionais medidas cautelares previstas em seus ordenamentos jurídicos, de caráter puramente preventivo, outras que correspondem ao poder que se reconhece ao juiz de assegurar a paz entre os litigantes.

Nesse sentido, no Brasil tal instituto surgiu com a edição da Lei nº 8.952, de 13.12.1994, através de uma reforma que alterou a redação do art. 273 do Código de Processo Civil, introduzindo a antecipação de tutela no ordenamento jurídico brasileiro, aplicável, em tese, a qualquer procedimento de cognição, sob a forma de liminar satisfativa provisória (por expressa disposição de lei), oposta as liminares de cunho meramente preventivo, típicas das medidas cautelares e, ainda, não assumindo o efeito exauriente da tutela jurisdicional final.

Tanto as medidas cautelares propriamente ditas como as medidas antecipatórias representam providências de natureza emergencial, executiva e sumária, adotadas em caráter provisório. O que as diferencia substancialmente, todavia, é que a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão distinta do pedido principal, enquanto que a tutela

antecipatória realiza, de imediato, a própria pretensão, decisão esta que, embora tenha sua provisoriedade prevista em lei, algumas vezes pode revestir-se de caráter irreversível.

CAPÍTULO 4 CARACTERÍSTICAS E PRESSUPOSTOS DAS MEDIDAS CAUTELARES

4.1 Processo, ação e jurisdição

Para adentrar na seara das medidas cautelares é imprescindível entender alguns conceitos basilares do direito processual civil, tais como processo, ação e jurisdição.

Processo e Ação estão intimamente ligados em torno de um centro comum que é a jurisdição. O processo é o instrumento colocado à disposição dos cidadãos para solução dos seus conflitos de interesses, e pelo qual o Estado exerce a jurisdição. Tal solução e exercício são desenvolvidos com base em regras legais previamente fixadas, buscam, mediante aplicação do direito material ao caso concreto, a pacificação social e a realização da justiça.

Quanto ao conceito de ação, embora ainda seja objeto de intensos estudos até os dias atuais, não há unanimidade na doutrina acerca de sua definição e o nosso código que data de 1973 optou pela teoria das condições da ação, devido a influência de Liebman e da Escola Paulista de Processo da Universidade de São Paulo que sejam a possibilidade jurídica do pedido, legitimidade e interesse de agir.

A possibilidade jurídica do pedido diz respeito à ausência de vedação expressa em lei ao pedido, formulados pelo autor; à legitimidade, expressa no art. 6º do CPC, demonstra que somente serão legítimos para figurar na demanda os titulares do direito; e o interesse de agir depreende-se do binômio necessidade-adequação, ou seja, compete ao autor demonstrar a necessidade da interferência do judiciário para garantir o seu direito.

Na lição de Humberto Theodoro Junior (2005, p. 50): “ação é direito publico subjetivo exercitável pela parte para exigir do Estado a obrigação da tutela jurisdicional, pouco importando seja esta de amparo ou desamparo à pretensão de quem exerce”.

Nas palavras do Prof. Arruda Alvim (2006, p. 22): “a ação é o direito constante da lei, cujo nascimento depende de manifestação de nossa vontade. Tem por escopo a obtenção da prestação jurisdicional do Estado, visando, diante da hipótese fático-jurídica nela formulada, a aplicação da lei”.

A jurisdição, como último conceito pertencente à trilogia estrutural do processo civil, é a função que toca ao Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida; através dela, nas palavras de Mattos Barroso (2005, p.23): “o Estado visa a composição litígios (escopo jurídico); a pacificação social (escopo social) e a realização da justiça (escopo político)”.

A tutela jurisdicional tem por característica a aplicação do direito material, após provocação das partes, as quais não obtiveram êxito em resolver seus conflitos amigavelmente.

Do exposto é fácil concluir que jurisdição, processo e ação são três elementos indissociáveis, que representam a trilogia estrutural dos conceitos fundamentais do direito processual civil, daí a necessidade do seu estudo para melhor entendimento do processo cautelar (objeto desse capítulo) e também do processo de conhecimento e de execução.

Antes de penetrar no estudo mais detalhado do processo cautelar é também necessário ressaltar que há três espécies de processo, a saber: Processo de Cognição, Processo de Execução e Processo Cautelar.

O Processo de Cognição visa levar ao conhecimento do judiciário os fatos constitutivos do direito alegado pelo autor e obter uma declaração sobre qual das partes tem razão, mediante aplicação e especialização da norma material ao caso concreto. Já o Processo de Execução visa, através de atos coativos incidentes sobre o patrimônio ou, por vezes, sobre a própria pessoa do devedor, um resultado equivalente ao do adimplemento da obrigação que se deveria ter realizado espontaneamente; este tem cabimento sempre que o credor esteja munido de um título executivo, judicial ou extrajudicial.

O Processo cautelar busca a concessão de uma garantia processual que assegure a eficácia da ação de conhecimento ou de execução. Não se destina à composição dos litígios, mas sim garantir que as demais modalidades de ação sejam eficazes em sua

finalidade, mediante a concessão de uma medida de cautela que afaste o perigo decorrente da demora no desenvolvimento dos processos principais.

4.2 Pressupostos da tutela cautelar

O processo cautelar, como todo processo, encerra-se com a prolação de uma sentença pelo juiz. Uma vez preenchidas as condições da ação e os pressupostos processuais, o magistrado deverá proferir, nas ações cautelares, uma sentença de mérito, embora o mérito cautelar não se confunda com o mérito da ação principal.

O processo cautelar garante outro processo e, indiretamente, a pretensão que dele é objeto. É o que se deduz do texto legal do art. 798 do CPC⁸, ao estatuir o cabimento de medida cautelar quando houver fundado receio de que seja causado dano ao direito de uma das partes, a denominada lesão grave e de difícil reparação.

O Código de Processo Civil atual criou o Processo Cautelar (Livro III) como forma autônoma de processo, ao lado do Processo de Conhecimento (Livro I) e do Processo de Execução (Livro II).

O Processo Cautelar é processualmente autônomo, mas materialmente dependente da questão de direito contida no processo principal. É processualmente autônomo na medida em que existe uma típica jurisdição cautelar, com processo específico - contendo ação típica - e traçado por normas especiais, referidas nos artigos 796 a 889. Processualmente, é distinto; materialmente, é vinculado.

Por seu turno, como os processos cautelares são subordinados a um processo principal, não decidem definitivamente a lide. Dependem, portanto, de um processo principal, podendo suas decisões serem revogadas ou modificadas de conformidade com o decidido naquele, aliás, suas principais características são a provisoriedade, a autonomia e a revogabilidade. Todo processo cautelar é caracterizado pela provisoriedade, no sentido de que a situação preservada ou constituída mediante o provimento cautelar não se reveste

⁸ Art. 798, CPC. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este código regula no Capítulo II deste livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

de caráter definitivo, ao contrario, dura por tempo limitado, como bem diz Humberto Theodoro Junior (1999, p. 363): “a medida cautelar já surge com a previsão de seu fim”.

É revogável primeiro porque sua sentença não faz coisa julgada material, que é a eficácia que torna imutável a sentença de mérito. A revogabilidade lhe é peculiar por ser um provimento de natureza emergencial com possibilidade de substituição, modificação ou revogação.

É autônomo segundo porque embora sirva de instrumento para um processo principal, e de ser reconhecida sua acessoriedade possui inegável autonomia técnica, como explicita Theodoro Júnior (2006, p. 363): “o resultado de um não reflete sobre a substancia do outro, podendo, muito bem, a parte que logrou êxito na ação cautelar sair vencedora na ação principal, ou vice-versa”.

Se o processo principal se encerra, cessa a eficácia da medida cautelar, assim expressa o Código: "Cessa a eficácia da medida cautelar:... III - Se o juiz declarar extinto o processo principal" (CPC, art. 808, III).

Continuando nesta linha de raciocínio, deduz-se que, de fato, todos os processos carecem de pressupostos jurídicos para sua instauração no processo de conhecimento, há necessidade de um conjunto de elementos que formam e constituem uma pretensão razoável, que será julgada procedente ou improcedente em seu mérito. Quanto ao processo de execução há um título executivo, com prévio reconhecimento ao correspondente direito material de crédito.

No processo cautelar, entretanto, dois são os pressupostos: a probabilidade de êxito da pretensão material e o perigo de ficar comprometida, irremediavelmente, pela demora processual.

Outrossim, ao apreciar o mérito, o julgador não se pronuncia sobre a existência e certeza do direito alegado, mas limita-se a verificar a existência dos pressupostos necessários para a concessão da tutela protetiva, acima mencionados: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Segundo Rios Gonçalves (2006, p.101-103):

A fumaça do bom direito é a plausibilidade, a possibilidade da existência do direito invocado, na ação cautelar a cognição é sumária, de forma que o juiz não se pronunciará, em termos de certeza, sobre a existência ou não do direito alegado. A exigência de plausibilidade do direito invocado faz-se necessária para evitar a concessão de medidas quando não houver possibilidade do direito ameaçado vir a ser, mais tarde, tutelado. Não é necessário demonstrar cabalmente a existência do direito material em risco, mesmo porque esse, freqüentemente é litigioso e só terá sua comprovação e declaração no processo principal.

Desta forma pode-se dizer que pela fumaça do bom direito fica demonstrado que a parte que pleiteia a medida cautelar terá o direito em possível ação principal a ser ajuizada futuramente.

Assim, quanto ao *fumus boni iuris*, Vital de Vasconcelos (1999, p. 87) entende que:

O processo cautelar exige um juízo de probabilidade, como lastro de aplicação da providência requerida. De notar que o processo principal já é, em si mesmo, um instrumento do direito material cujo reconhecimento se postula. O processo cautelar é, porém, um instrumento do processo principal: daí ser denominado instrumento do instrumento, circunstância referida por CALAMANDREI como instrumentalidade hipotética, para dar um dos traços marcantes do processo cautelar: meio e modo de garantir um provável direito que, ante essa indicada probabilidade, é considerado como de existência hipotética.

É relevante a configuração deste requisito, pois, sem a verificação real de um *fumus boni iuris*, a medida cautelar poderia produzir efeitos contrários aos que procuram exatamente evitar, a ser ela própria uma fonte do sempre evitado *periculum in mora*.

Para aferir o preenchimento deste pressuposto, o juiz não faz um exame profundo da relação jurídica *sub judice*, de sorte que o desfecho da cautelar não se constitui num prognóstico daquilo que vai ser decidido no processo principal. Assim, é perfeitamente admissível a existência de desfechos diversos, nas ações cautelar e principal, entretanto, não se pode tutelar qualquer interesse, mas tão somente aqueles que, pela aparência, se mostram plausíveis de tutela no processo principal.

Já o perigo na demora, segundo o Professor Rios Gonçalves (2006, p. 103), constitui-se na:

“probabilidade de haver dano para uma das partes, até o julgamento final da futura ou atual ação principal Toda vez que houver a possibilidade de ocorrer

danos a uma das partes, em decorrência da demora no curso do processo principal, haverá *periculum in mora* a justificar a concessão da tutela cautelar.

Este segundo requisito do processo cautelar é também conhecido por dilação processual. Desta forma, procura-se com a medida cautelar evitar que a duração do processo altere a posição inicial das partes. A *dilatio temporis* é, em última instância, o que torna efetivamente necessário o processo cautelar.

Para obtenção da medida acautelatória, a parte deve demonstrar fundado temor de que a demora da ação principal cause prejuízo irreparável, e que a tutela definitiva se torne ineficaz. O *periculum in mora* refere-se, desta forma, ao interesse processual em obter uma justa composição do conflito.

E conforme leciona Vital de Vasconcelos (1999, p. 89):

A tutela cautelar é dada, de regra, na sentença com que se encerra o procedimento. É uma sentença meramente instrumental e provisória, com validade somente até o proferimento da decisão de mérito. A questão de fundo, examinada nesta sentença, é meramente de índole processual, porque diz respeito unicamente ao interesse dos litigantes. Tal sentença não faz coisa julgada material, não confere direito, não produz sucumbência, não acarreta condenação. É proferida depois de um rito célere e de cognição sumária e restrita à sua matéria típica.

É exatamente na conjugação da ocorrência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* que reside o pressuposto jurídico do Processo Cautelar, destinado basicamente a preservar a utilidade do processo principal.

4.3 Poder geral de cautela

Um dos princípios máximos do direito processual civil é o da imparcialidade dos órgãos julgadores claramente exposto no art. 2º do CPC, que reza: “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”.

Desta forma, o magistrado necessariamente tem de ser imparcial em face dos interesses conflitantes, seu único compromisso há de ser com a ordem jurídica e os princípios que a informam, daí as contradições acerca do tema que trata das medidas

cautelares de ofício decretadas pelo juiz da causa. Importante mencionar que tais medidas somente são cabíveis em situações excepcionais, como bem reza o artigo 797 do CPC⁹.

Tal poder não consiste em instaurar um processo cautelar, mas sim, em tomar medidas cautelares, mesmo que não requeridas, dentro de processos pré-existentes, assim conforme art. 798 do CPC:

Além dos procedimentos cautelares específicos, que o código regula no capítulo II, poderá o juiz determinar medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que a parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

O poder geral de cautela, na realidade, visa suprir a lacunas, oriundas da impossibilidade de previsão de todas as situações concretas que ensejariam uma medida cautelar. Daí, a razão das palavras de Rios Gonçalves (2006, p. 93-94), quando diz que “o poder geral de cautela tem finalidade supletiva, buscando complementar o sistema protetivo de direitos, pela concessão, ao juiz, da possibilidade de suprir as lacunas do ordenamento positivo”.

Se, por um lado, o poder geral de cautela é amplo e irrestrito, de outro, não pode ser ilimitado e arbitrário, e na lição de Humberto Theodoro Junior (2006, p. 382):

A primeira e mais evidente limitação do arbítrio do juiz, em matéria do poder geral de cautela, localiza-se no requisito da necessidade, pois somente a medida realmente necessária, dentro dos objetivos próprios da tutela cautelar, é que deverá ser deferida.

Deve-se demonstrar a necessidade da concessão para que a tutela cautelar seja reconhecida, uma vez que não pode o juiz deferir previamente um direito desnecessário e que pode ser esperado para uma ação futura.

⁹ Art. 797 do CPC: “só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.”

CAPÍTULO 5 CARACTERÍSTICAS E PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA

5.1 Natureza jurídica do instituto

Com a reforma processual de 1994 que conferiu nova redação ao artigo 273 do CPC, o legislador consagrou a possibilidade de o juiz, atendidos certos requisitos, antecipar, em qualquer processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva de mérito. Essa mudança generalizando a concessão da tutela antecipatória teve relevantes conseqüências não apenas no campo do processo cautelar, mas também no de conhecimento e no de execução.

De forma quase unânime, a doutrina tem entendido que a natureza da tutela antecipada nada tem de cautelar, posto que se trata de adiantamento do provimento que se busca no mérito da causa, tratando-se, desta sorte, de antecipação satisfativa da prestação jurisdicional pretendida. A concessão da medida antecipatória do mérito está sujeita a regime próprio, inconfundível e, em alguns aspectos, mais rigoroso que as medidas cautelares.

Na opinião de Carreira Alvim (2003, p. 102):

As inovações ora introduzidas pela reforma não tiveram o propósito de neutralizar o processo cautelar, senão o de complementar o elenco do gênero “tutela de urgência” – de que são espécies o provimento antecipatório e o liminar – destinados a atender as situações que não possam guardar o termino do processo principal.

O que ocorreu com o advento da tutela antecipada foi uma purificação do processo cautelar, que readquiriu sua finalidade primordial de instrumento para obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito sem satisfazê-lo. Desta maneira todas as demais medidas que visam assegurar o direito antecipando o mérito, já não coincide com o processo cautelar. Por conseguinte, a cautelar é sinônimo de garantia enquanto que antecipação é sinônimo de satisfação.

No entendimento da Costa Machado (2005, p. 251-252) o artigo 273 do CPC:

Corresponde ao maior e, também, mais perigoso de todos os avanços introduzidos pela Reforma do Processo Civil. Por meio dele, fica instituída a possibilidade de concessão de medida liminar antecipatória da providência de mérito (não cautelar, portanto) em todo e qualquer procedimento – pelo menos a princípio – mediante o preenchimento dos rígidos requisitos previstos.

Percebe-se então, que muita prudência e comedimento serão exigidos do magistrado para o exercício dessa imensa parcela de poder que a lei coloca à sua disposição com o intuito de fomentar a justiça célere e efetiva.

5.2 Condições para a antecipação da tutela

A antecipação da tutela poderá ser concedida pelo juiz que, a requerimento da parte, se convença da verossimilhança da alegação, mediante a existência de prova inequívoca, devendo haver, ainda, a existência de um dos incisos do artigo 273, do CPC.

Assim, é imperiosa a conjugação de um dos incisos com o *caput* do artigo 273 do aludido código, para que seja deferida a antecipação.

O requerimento, para tanto, poderá vir contido na peça inicial quando fundado no inciso I, do artigo 273 ou pode ser requerido no curso do processo. Não é cabível o requerimento da tutela antecipada, na peça inicial, fundada no inciso II, do artigo 273, porquanto tal possibilidade só pode ser apurada após o oferecimento da contestação.

Para que se possa adentrar nas condições necessárias para a antecipação da tutela, se faz necessário entender e distinguir, antes de tudo, as hipóteses tratadas nos incisos I e II, do artigo 273, do Código de Processo Civil. Ambas as hipóteses, além dos pressupostos genéricos (prova inequívoca e verossimilhança da alegação), possuem pressupostos particulares próprios.

5.2.1 Prova inequívoca e verossimilhança da alegação

Traduzindo-se de forma literal, a palavra inequívoca diz respeito a algo certo, seguro, correto, que não dá margem a erro ou engano. Ocorre que, prova alguma é inequívoca, porque simplesmente não há prova que transmita certeza absoluta de um fato ou de um acontecimento, valendo dizer que, qualquer juízo sobre fatos no processo é juízo de verossimilhança e não de certeza. Isso porque a prova, enquanto escrita, pode ser falsa, mesmo se tratando de escritura pública.

Já quanto à prova testemunhal, também existe a probabilidade da incerteza, posto que esta poderá ser maculada, uma vez que o depoente pode não estar dizendo a verdade ou, no caso de várias testemunhas, onde poderá haver contradições nos depoimentos, por não terem compreendido corretamente o acontecimento sobre o qual testemunham, gerando, também nesse caso, equívoco no que diz respeito aos fatos.

Também uma sentença não é prova inequívoca, posto que, se assim fosse, não caberiam recursos ou mesmo a propositura de ação rescisória fundada em prova falsa, situação prevista no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil¹⁰.

Dessa forma, seria forçoso concluir que prova inequívoca, revestida de absoluta certeza, não existe, o que impediria, portanto, a antecipação de tutela, se interpretado de modo restritivo o significado da expressão "prova inequívoca". O que na verdade, pretendeu o legislador, foi considerar como prova inequívoca aquela que, ante aos fatos expostos, fosse suficiente para a formação de juízo de probabilidade, capaz de antecipar a medida buscada.

Na lição de Albino Zavascki (2005, p. 76):

O que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta - que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução - mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, se aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo da verdade.

¹⁰ Art. 485 do CPC: A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...)

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória, (...)

De toda sorte, sempre prevalecerá o princípio previsto no artigo 131 do CPC, onde se atribui plena liberdade ao magistrado para a apreciação da prova, quando dispõe que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

Interessante, ainda, a análise do requisito de "convencimento da verossimilhança da alegação", porquanto, paralelamente a este, existe a necessidade de haver a discutida prova inequívoca. Isso porque, sendo a prova "inequívoca", o certo seria concluir que não há possibilidade de erro, de engano ou de incerteza sobre o que se busca, sendo imperioso, portanto, conceder a tutela buscada, na medida em que tal prova inequívoca, de acordo com sua denominação, seria suficiente para tanto.

Seria, pois, o convencimento da verossimilhança da alegação, frente a tal situação, ineficaz e dispensável, porque a prova por ser inequívoca, revestida de certeza, já seria suficiente para a concessão da antecipação.

O que ocorre, na verdade, como já observado anteriormente, é que a expressão "prova inequívoca", a bem da verdade, é aquela suficiente para a formação de juízo de probabilidade, e não a prova revestida de certeza absoluta, o que permite, dessa forma, dar continuidade ao estudo do *caput* do artigo 273 do CPC, analisando-se, agora, a questão do convencimento da verossimilhança da alegação feita.

A verossimilhança da alegação não pode apenas estar lastreada no alinhamento de opiniões acerca da questão tratada nem, tampouco, a busca de se encontrar solução para o caso pode tornar incerto o direito. Aliás, o artigo 126, do CPC, é claro ao dizer que não se exime o julgador de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei, o que, em outras palavras, implica dizer que tal situação não pode obstaculizar a antecipação da tutela. Em consequência, ainda que controvertida a interpretação propugnada pelo requerente da tutela antecipada, se o juiz a tiver por acertada deverá deferir o pedido, não cabendo, em virtude da assinalada controvérsia, acoimar-se de inverossímil a alegação.

Seria o *fumus boni iuris*, nas palavras do processualista Costa Machado (1997, p. 253) pois, “haverá o juiz de se convencer da sua existência no caso concreto, exatamente como faz ao examinar idêntico requisito no âmbito das cautelares”.

O fato de ter a lei vinculado o convencimento da verossimilhança da alegação à prova inequívoca, é sinal de que a probabilidade identificada na verossimilhança não significa, de forma alguma, um grau mínimo da provável realidade da alegação. Ao contrário, tem-se que na tutela antecipada, o grau de probabilidade que decorre da prova inequívoca se não é, está muito próximo do máximo.

Certo é, pois, que a antecipação da tutela exige probabilidade e esta há de ser intensa, capaz de induzir a identificação plena entre probabilidade e verossimilhança.

Feitas estas considerações acerca das exigências contidas no *caput* do artigo 273, do CPC, passará, a seguir, a analisar os incisos de tal artigo.

5.2.2 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

A exigência contida no inciso I, do artigo 273, do CPC "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação" é semelhante, em termos, ao disposto no § 3º, do artigo 461 do mesmo código "... havendo justificado receio de ineficácia do provimento final...", cujo parágrafo também fora introduzido no Código de Processo Civil por força da Lei 8.952, de 13.12.94.

A concessão da tutela antecipada, no caso previsto no inciso I, do artigo 273, justifica-se apenas quando se torna imprescindível para evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação. Não é possível que a medida seja deferida com vistas à possível vantagem que poderá advir da entrega, ainda que precária, da prestação jurisdicional buscada.

Deste modo, o propósito de tal inciso é a necessidade, e não a utilidade que o efeito possa vir a trazer ao autor. Conclui-se, assim, que a simples demora da demanda não é motivo justificável para se conceder a autorização da tutela, evidentemente.

Assim é que o perigo que possa justificar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação deve ser cristalina e demonstrado, não sendo suficiente para a antecipação, o mero temor, desacompanhado de elementos que corroborem para com as assertivas deduzidas no pedido.

Portanto, se existir o perigo, este deve ser provado, sob pena de não ser deferida a antecipação. Nesse aspecto, deve haver, por parte do magistrado a quem caberá a decisão da concessão, ou não, da antecipação da tutela, cognição exauriente da alegação, não podendo se valer, apenas, de apreciação sumária do alegado.

Necessário, também, seja estabelecida a relação de causa e efeito entre a demora na emissão do provimento e os prejuízos que possam decorrer de tal demora, sob pena de faltar interesse processual para o requerimento da medida, já que esta não é apta para evitar consumação de danos. Importante, ainda, que tal medida se lastreie em perigo atual, e não em perigo passado, o que resultaria na impossibilidade de antecipação.

Na lição de Costa Machado (1997, p. 252-253), esse requisito é o “*periculum in mora*”, e para concessão da medida antecipatória devem ser somados três requisitos: a prova documental; convencimento sobre a presença de *fumus boni iuris* e convencimento do *periculum in mora*.

Por fim, importante mostrar a opinião de Carreira Alvim (2003, p. 123), quando leciona que :

A circunstância que, no âmbito da tutela cautelar traduz a presença do *periculum in mora*, encontra na antecipação da tutela, equivalência no receio de dano (...). Da mesma forma o *fumus boni iuris*, no processo cautelar, encontra correspondência, em sede de antecipação de tutela, na verossimilhança da alegação. Se bem que – e não é demais ressaltar – a probabilidade da existência do direito (verossimilhança) seja mais do que simples aparência do bom direito (*fumus boni iuris*).

Fica demonstrado que as semelhanças existentes entre os requisitos de concessão de uma e da outra são equivalentes, todavia existirão diferenças de ordem prática que demonstrarão diante do caso concreto que uma não pode ser entendida e aplicada como sendo a outra.

5.2.3 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu

Antes de qualquer coisa, é preciso notar que o texto do inciso II, do artigo 273, prevê a ocorrência de duas situações distintas entre si, quais sejam, "abuso do direito de

defesa" ou "manifesto propósito protelatório do réu", e dessa forma, devem ser analisadas separadamente, buscando uma melhor interpretação de cada situação.

Abuso do direito de defesa seria a prática, no curso do processo, de atos indevidos e desnecessários e, porque não, impertinentes. No estudo desse assunto, Costa Machado (2005, p. 254) explicita que:

Abuso de direito de defesa é o uso excessivo ou exorbitante das faculdades que compõem o direito de contestar (a mais típica manifestação do direito de defesa no processo civil), como a apresentação de várias objeções processuais, ou defesas de mérito diretas e indiretas, sem razoável fundamento ou articulação.

Mesmo com as dificuldades para a caracterização do abuso do direito de defesa. Deve-se ter em mente que a defesa não é um direito incondicional do réu, conforme Rogéria Doria (1999, p. 53):

A defesa é uma garantia constitucional, mas apenas na medida em que não prejudique o direito do autor à efetividade da tutela pretendida, assim, ressalta a autora, citando Marinoni, "defesa é direito nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor.

Passando para o estudo da segunda parte do inciso II, do artigo 273, do CPC, percebe-se que: se o "abuso do direito de defesa" é o exercício exorbitante do direito de contestar, então o "propósito protelatório do réu" nada mais é que qualquer outro ato não relacionado à contestação, que tenha por escopo o retardamento do processo.

Definindo a idéia de "manifesto propósito protelatório", cita-se o pensamento do Prof. Costa Machado (2005, p. 254).

O manifesto propósito protelatório do réu deve ser entendido como resultado do uso exorbitante do direito de responder, o que se verifica na hipótese de oferecimento simultâneo de várias respostas (contestação, reconvenção, exceção, impugnação do valor da causa, denúncia etc.) descabidas, todas ou algumas, ou desprovidas de razoável fundamento.

Deduz-se, pois, que é intenção clara do demandado de procrastinar o andamento do processo e a outorga do provimento final, intenção cuja evidência é revelada pela utilização descomedida do direito de resposta, que não a contestação e do direito de provocar incidentes, bem como pela prática de quaisquer atos isolados de caráter temerário.

Acerca do direito de resposta, é imprescindível atenção para o fato de que ele é exorbitante, ou excessivo, tanto na hipótese de o réu se valer de uma só de suas modalidades com intenção flagrantemente procrastinatória, como no caso dele se valer do oferecimento simultâneo de várias respostas descabidas, como as citadas anteriormente.

5.2.4 Perigo da irreversibilidade

O § 2º, do artigo 273 do CPC, dispõe que "não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado". A Lei impôs mais um requisito a ser cumprido por quem requeira a antecipação.

Dessa forma, para ver atendido seu pedido, deverá, o autor, atentar para a existência de prova inequívoca e *periculum in mora* (quando seu pedido se fundar no inciso I, do artigo 273), ou de prova inequívoca e abuso de direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu (quando sua pretensão se baseie no inciso II, do artigo 273), como também demonstrar ao juiz – e também convencê-lo – de que a alteração da medida é possível de reversão.

Para Albino Zavaski (2005, p. 98), tal dispositivo insculpido no § 2º, do artigo 273, do CPC, consiste no "princípio do núcleo essencial" e, no seu entendimento:

Antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo.

Na ponderada opinião de Costa Machado (2005, p. 84):

A explicação mais plausível para a exigência da reversibilidade, prevista no parágrafo 2º, do artigo 273, do CPC, se situa no plano constitucional da garantia do due process of law, hoje reconhecido explicitamente entre nós, na redação do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal¹¹.

¹¹ Art. 5º, LIV, da CF : ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Mesmo com tais considerações, importante observar que existem casos em que se permite a satisfatividade irreversível da tutela antecipada, sob pena de perecimento do direito.

Deste modo, pode-se citar, como exemplo, que nos litígios envolvendo planos de saúde, em que as empresas se negam a cobrir as despesas hospitalares em razão do tipo de doença, nesses casos, como observa Baptista da Silva (1996, p. 102), o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-la como simples aparência, esta última solução torna-se perfeitamente legítima

5.3 Momento da concessão da tutela antecipada liminarmente - "*inaudita altera pars*"

A antecipação da tutela, quando fundada no inciso I, do artigo 273, pode ser concedida mesmo antes de se operar a citação do réu, não encontrando qualquer óbice para a medida. Aliás, o próprio artigo que regula a matéria não elenca momentos específicos para que, nessa hipótese, seja ela permitida. Ao contrário, faculta tal possibilidade a qualquer momento, desde que preenchidos os requisitos necessários, o que se leva a concluir, com a devida vênia aos pensamentos contrários, que, não havendo proibição expressa a esse respeito, pode haver antecipação de tutela *inaudita altera parte*.

Mesmo assim, é controvertida a posição doutrinária sobre poder, ou não, ser antecipada a tutela sem que tenha havido a manifestação da parte ré.

Na lição de Nelson Nery (1997, p. 72) :

A liminar pode ser concedida com ou sem a ouvida da parte contrária. Quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou também quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo *inaudita altera pars*, que não constitui ofensa, mas sim limitação imanente ao contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento.

Sendo acompanhado pela opinião de Luiz Guilherme Marinoni (1996, 135), que assinala:

O próprio artigo não poderia vedar a concessão da tutela antes da ouvida do réu, pois nenhuma norma tem o condão de controlar as situações de perigo. A tutela de urgência, sem dúvida, não pode ser eliminada onde é necessária para evitar um prejuízo irreparável.

De se aceitar, portanto, a possibilidade de concessão do instituto da tutela antecipada, em razão do iminente risco que poderá ser atribuído ao autor, caso seja necessária a operação da citação e sua conseqüente apresentação de defesa.

Assim, por exemplo, uma determinada situação de risco eminente, onde a parte contrária há de ser citada, por meio de carta precatória, em outro Estado. Ora, se o princípio da concessão da tutela antecipada, fundada no inciso I, do artigo 273, é justamente de evitar o dano irreparável ou de difícil reparação, pensar que a antecipação só pode ser conferida após a manifestação do réu, seria até mesmo um desprestígio ao instituto.

Em sentido contrário – não aceitando, portanto, a possibilidade de antecipação sem a manifestação da parte ré – temos as opiniões de Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 100) e Teori Albino Zavaski (2000, p. 87), sob a alegação de que se trata de providência exigida pelo princípio do contraditório previsto no artigo 5º, LIV da CF: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

5.4 Outros momentos para a concessão da tutela antecipada

Da leitura inciso II, do artigo 273, do Código de Processo Civil, é possível extrair a conclusão de que, não sendo tal hipótese, motivo de urgência, somente poderá ser deferida tutela antecipada, com fundamento em tal inciso, após o oferecimento da peça defensiva.

Por não haver rigidez acerca do momento do cabimento do pedido, este pode ser feito na peça inicial, no curso do processo, de forma incidental, ou em fase recursal. Há dúvidas, no entanto, quanto a concessão da medida antecipatória depois de prolatada a sentença. Segundo Albino Zavaski (2005, p. 81), há duas soluções possíveis:

Se não for o caso de reexame necessário, nem de apelação com efeito suspensivo, sentença-se e executa-se provisoriamente a própria sentença, sendo desnecessário, conseqüentemente, provimento antecipatório específico. Se, no entanto, for o caso de reexame necessário ou de apelação com efeito suspensivo, a antecipação da tutela – que nada mais significará senão a autorização para execução provisória – será deferida na própria sentença.

No entanto, o jurista Abino Zavaski (2005, p. 81), traz, em nota de rodapé, interessante posição (diga-se passagem, contrária a sua) do Professor Nelson Nery, acerca da impossibilidade de concessão de tutela antecipada quando da prolação da sentença:

A medida pode ser concedida, tanto no início da lide quanto no curso do processo, mas sempre antes da sentença (...) Proferida a sentença não há mais interesse processual na obtenção da medida, porque apreciada definitivamente a pretensão.

E Também a opinião de Luiz Guilherme Marinoni (1996, p. 143):

A antecipação não pode ser concedida na sentença não só porque o recurso de apelação será recebido no efeito suspensivo, mas principalmente porque o recurso adequado para impugnação da antecipação é o agravo de instrumento. Admitir a antecipação na sentença seria dar recursos diferentes para hipótese iguais e retirar do réu, em caso de antecipação na sentença, o direito ao recurso adequado.

Deste modo, é perceptível que existe divergência doutrinária quanto a possibilidade de concessão de tutela antecipada após a prolação da sentença por se entender alguns juristas que com esta resolve-se a lide por satisfazer a pretensão, enquanto outros admitem tal possibilidade quando for o caso da sentença couber reexame necessário ou apelação com efeito suspensivo uma vez que nestes casos a antecipação daria provisoriamente o direito, no todo ou em parte, pretendido.

5.5 Possibilidade da revogação da tutela antecipada

A decisão que antecipou a tutela poderá ser revogada, conforme prevê o § 4º, do artigo 273, do CPC, mediante decisão fundamentada, a qualquer tempo, o que implica dizer, por conseguinte, que poderá ser revogada em qualquer instância, também.

Poderá ser revogada, inclusive, pelo magistrado que lhe concedeu, se este, verificando a ocorrência de novos fatos, no curso do processo, levem-no à convicção de que a prova inequívoca ou o *periculum in mora* não mais existem.

Nas palavras de Rogéria Dotti (1999, p. 51):

A tutela antecipada embora satisfativa não é definitiva, a provisoriedade lhe é peculiar, até que possa se obter a cognição exauriente, até que se possa apurar com maior grau de certeza a existência ou inexistência do direito.

Desta forma, a medida antecipatória poderá ser modificada ou revogada, quando forem alterados os pressupostos que a determinaram, sendo que a nova decisão produzirá efeitos imediatos e *ex tunc*.

CAPÍTULO 6 TUTELA CAUTELAR E ANTECIPATÓRIA: CONTRASTES E SEMELHANÇAS

As tutelas cautelares e antecipatórias apresentam relevantes e numerosas semelhanças, não obstante o fato de existir juristas defensores da teoria de que a antecipação da tutela é medida cautelar. A doutrina quase unânime, entende que o instituto da antecipação de tutela não possui natureza cautelar, pois, apesar das semelhanças entre as medidas, a tutela cautelar assegura o efeito prático de um processo principal, ao passo que a tutela antecipada é a própria providência final requerida, que pode ser concedida no todo ou em parte.

Na lição de Nery Junior (2006, p. 690) sobre o assunto:

A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC 273, I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor).

Justamente pelas controvérsias doutrinárias existentes se faz necessário uma análise detida acerca das semelhanças e diferenças existentes entre esses dois institutos tão em evidência.

Ambas as espécies de tutela pressupõem cognição sumária, regem-se pela instrumentalidade, são precárias e fundadas em juízo de probabilidade. Na tutela antecipada, a precariedade exige um requisito especial: a reversibilidade da medida, ou seja, só pode ser concedida se puder ser revogada a qualquer tempo, de forma eficaz. Enquanto o juízo de probabilidade é mínimo na tutela cautelar, apresenta-se máximo na tutela antecipada.

A tutela cautelar assegura a pretensão e não atinge o direito material pleiteado, já a tutela antecipada realiza a própria pretensão, e justamente nesta diferença reside o ponto mais importante para distingui-las.

Na tutela cautelar, a urgência, traduzida pelo perigo na demora é uma das tônicas principais. A tutela antecipada nem sempre exige a urgência.

Nery Júnior (1996, p. 68), chama a atenção para este detalhe dizendo:

Nem sempre a tutela antecipada tem como móvel a urgência (CPC 273 I), pois pode ser concedida quando houver abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (CPC 273 II), que nada tem a ver com a urgência, mas sim com a efetividade do processo, como forma de garantir ao autor os efeitos da tutela pretendida pelo simples fato de o réu estar se utilizando do processo com propósito protelatório. Daí porque o instituto brasileiro é singular.

Complementa o entendimento anterior, as palavras de Calmom de Passos (2004, p. 29):

Coisas diversas, portanto, são a providência cautelar e a antecipação da tutela. Na providência cautelar o que se pretende do juiz é o deferimento de uma medida que resguarde a futura eficácia da tutela que tem um alto grau de probabilidade de vir a ser deferida em caráter definitivo. Não pretendemos que o magistrado nos antecipe a tutela. Dele postulamos que determine uma medida que nos assegure caso venhamos a usufruir, no futuro, a tutela que postulamos, quando for deferida em caráter definitivo.

É que a tutela cautelar destina-se a dar proteção ao processo principal, enquanto a tutela antecipada resguarda o próprio direito material objeto da pretensão deduzida.

Pertinente, a respeito destas distinções, a advertência de Reis Friede (2000, p. 20), quando afirma:

Alguns autores têm, com excessiva (e preocupante) freqüência, confundido, entre si, os diferentes institutos da tutela antecipada (de nítida feição cognitiva de jurisdição própria, com incontestável referibilidade extrínseca – material), índole meritória, satisfatividade finalística, intuito exauriente (ainda que, na hipótese, com grau relativo, e cognição sumária não-urgente), e da tutela cautelar (de nítida feição acautelatória de jurisdição imprópria, com incontestável referibilidade intrínseca – processual), índole não meritória, cautelaridade referencial, intuito não-exauriente (e cognição sumária urgente), contribuindo, sobremaneira, neste especial contexto, para o efetivo estabelecimento de uma aparente (e, neste particular, equivocada) similitude entre ambos os institutos processuais.

De posse das noções gerais acima expostas, pode-se traçar um quadro objetivo das diferenças dos dois institutos, nunca se perdendo de vista que o ponto central reside na

diferença de função e de objetivos, que redundam na diferença de naturezas, de sorte que todos os outros pontos diferenciadores são decorrências destes e estão intrinsecamente relacionados.

De início se poderá observar que a tutela cautelar é preventiva, tendo como função única e específica garantir o resultado útil do processo principal, de modo que não decide o mérito da lide, não podendo influir nessa decisão. Já a tutela antecipada realiza de imediato a pretensão, não se limita a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado como a cautelar, mas satisfaz esse direito.

A tutela cautelar tem como características a instrumentalidade, a referibilidade a um processo principal e a dependência, que não estão presentes na tutela antecipada.

A cautelar é uma ação, com todas as características desta, é autônoma, pressupõe a existência das condições da ação, possui custas, termina com uma sentença, da qual cabe recurso ordinário; pode ser intentada antes mesmo de existir um processo principal e forma novos autos. A antecipação da tutela se dá mediante uma simples decisão interlocutória que resolve um incidente processual, não se formando autos apartados e, dessa decisão cabe agravo.

A tutela cautelar tem como pressupostos específicos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, enquanto que na tutela antecipatória a probabilidade de existência do direito material é mais forte que a mera plausibilidade desse direito, que na prática reside no próprio direito ao processo principal e na simples aparência de que poder-se-á dele sair vencedor. Além dessa, abriga ainda a hipótese de abuso de direito de defesa e de manifesto propósito protelatório do réu, independente da existência de perigo na demora da prestação definitiva. Destarte, como ação autônoma, a cautelar pode ocorrer na execução, sob a forma de incidente ou mesmo de forma preparatória e a tutela antecipada só ocorre no processo de conhecimento.

A tutela cautelar poderá ser concedida de ofício (poder geral de cautela do juiz) ou a requerimento de qualquer das partes e a antecipatória somente com requerimento do autor.

A tutela cautelar não deverá ter a mesma natureza que a tutela do processo principal, não deverá ter o mesmo objeto para não ter caráter satisfativo, concedendo

justamente aquilo que se pede, inclusive não incide o direito à tutela específica. A antecipação da tutela tem a mesma natureza da decisão definitiva, incidindo sobre todo ou parte do objeto da lide, pois seu caráter é satisfativo, logo, incide o direito à tutela específica, sendo que o que ficará a cargo do juiz é apenas a "escolha" dos atos que se mostrem mais adequados, à semelhança do que permite o art. 620 do CPC com relação à execução.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como dito no início deste trabalho, o processo ao longo do tempo vem se caracterizando como instrumento moroso e inábil à prestação de uma justiça célere e eficaz, a ponto de não mais exercer sua função de modo satisfatório, causando, muitas vezes, injustiças irreparáveis.

Como conseqüência deste fato surgiram diversas medidas com o escopo de prevenir tais injustiças, dentre elas as medidas cautelares, que buscam preservar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução, não se destinando à composição de litígios, mas sim a garantir que as demais modalidades de ação sejam eficazes em sua finalidade, mediante a concessão de uma medida de cautela que afaste o perigo decorrente da demora no desenvolvimento dos processos principais.

Tais providências servem para conservar e assegurar os elementos do processo (pessoas, provas e bens), eliminando a ameaça de perigo ou prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal. Entretanto, antecipação dos efeitos da tutela pretendida vinha sendo amplamente praticada pelos magistrados de forma mascarada pelo nome de cautelares satisfativas, com fundamento nos arts. 798 e 799 do CPC.

Esse desvio e abuso na utilização da ação cautelar inominada distorceram a finalidade do instituto, que passou a servir de instrumento para a postulação de tutela satisfativa do processo principal e não simplesmente acautelatória.

Junto com reforma processual civil e justamente para impedir que este fato continuasse ocorrendo, ou seja, para barrar essas medidas cautelares satisfativas e adequar a legislação processual civil ao contexto social moderno, que a muito reclamava uma medida urgente que tutelasse certos direitos de forma rápida, eficiente e que não comportasse prejuízo às partes litigantes, surgiu o instituto da antecipação da tutela prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil que efetivamente estabeleceu um marco importante quanto as medidas cautelares, seja nominadas ou inominadas, que desde então passaram exclusivamente a salvaguardar o resultado útil do processo principal,

mantendo sua natureza conservativa e assecuratória de direitos; e deixando as pretensões de cunho satisfativo do direito material a cargo da tutela antecipatória.

As tutelas provisórias cautelares, antecipatórias e também as liminares de alguns procedimentos especiais, se transformaram em verdadeiras armas contra a morosidade da prestação jurisdicional do Estado.

O legislador foi extremamente feliz ao criar tais institutos que buscam assegurar ao cidadão uma solução mais eficiente e eficaz para suas pretensões.

Sem sombra de dúvidas, o surgimento da antecipação da tutela veio de encontro aos anseios de uma Justiça mais célere, na medida em que, com o seu surgimento, foi possível a concessão da tutela definitiva de mérito antecipadamente, mesmo que de forma provisória, uma vez estando preenchidos os requisitos necessários.

Sem esquecer de mencionar que embora a quase unanimidade dos doutrinadores considerem que tutela cautelar e tutela antecipada são institutos distintos, há os que opinem pelo contrário, afirmando que a normatização da antecipação da tutela não trouxe inovações, e que a alteração do CPC nada mais fez do que regular, de modo generalizado e sistemático, o uso do instituto da antecipação da tutela (liminar), que até então era empregado em casos excepcionais.

Na verdade, as semelhanças ou diferenças existentes entre as tutelas cautelar e antecipatória não podem, em hipótese alguma, constituir-se em óbice intransponível à realização da plena justiça, mas sim devem atingir o escopo maior do princípio constitucional da efetividade.

Desde que se atinja o fim colimado pelos princípios basilares do direito e que se busque efetivamente a realização da justiça de forma mais rápida e eficiente, prestando a tutela jurisdicional satisfatoriamente, não importa se a antecipação da tutela é ou não cautelar (embora eu comungue com a opinião da maioria), o ponto nodal da questão é a finalidade dos institutos que tem sido de suma importância para a realização da justiça.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM NETTO, M Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, Vol. I, parte geral, 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Líber Juris. 1974.

CARREIRA ALVIM, J. E. *Código de Processo Civil Reformado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2003..

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Vade Mecum*. Obra coletiva de autoria da editora Saraiva. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: saraiva, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel – *A reforma do código de processo civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros.2001.

DORIA, Rogéria Dotti. *A antecipação da tutela em relação à parte incontroversa da demanda*. São Paulo: RT, 1999. (Coleção Temas Atuais de Dir. Processual Civil. V. I)

FRIEDE, Reis. *Limites objetivos para a concessão de medidas liminares em tutela cautelar e em tutela antecipatória*. São Paulo : LTr. 2000.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Processo de Execução e Cautelar – Sinopses Jurídicas*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado* (artigo por artigo, parágrafo por parágrafo). 4ª ed. São Paulo: Manole, 2005.

MATTOS BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de. *Teoria Geral do Processo de Conhecimento*. Sinopses Jurídicas. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. *Procedimentos e tutela antecipatória "in" Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 9ª ed., revista e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Atualidades sobre o processo civil*. 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais. 1996. p. 68.

ORIONE NETO, Luiz. *Tratado das Medidas Cautelares*, V. III, tomo I, São Paulo: Lejus, 2000.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Da antecipação da tutela*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. III. 9ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A antecipação da tutela na recente reforma processual*. In.: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Antecipação de Tutela e Medidas Cautelares - Tutela de Emergência* (Júris Síntese nº 19). Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I (Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento). 43ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Curso de Direito Processual civil*, Vol. II (Processo de Execução e Cautelar). 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

VASCONCELOS, Antonio Vital Ramos de. *Perfil do Processo Cautelar*. Porto Alegre: Juris Síntese nº 19, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.