

MARCELO MIRANDA RIBEIRO

**A TUTELA ANTECIPADA DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL COMO INSTRUMENTO PARA UMA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL MAIS TEMPESTIVA E EFETIVA**

CURITIBA

2009

MARCELO MIRANDA RIBEIRO

**A TUTELA ANTECIPADA DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL COMO INSTRUMENTO PARA UMA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL MAIS TEMPESTIVA E EFETIVA**

Monografia apresentada como requisito parcial à
conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Alcides Alberto Munhoz da Cunha

CURITIBA

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELO MIRANDA RIBEIRO

A TUTELA ANTECIPADA DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
COMO INSTRUMENTO PARA UMA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL MAIS
TEMPESTIVA E EFETIVA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Alcides Alberto Munhoz da Cunha
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Prof. Ricardo Alexandre da Silva
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UTP

Curitiba, 11 de novembro de 2009.

**Para
Fabiana, Rafael e Thiago, minha pequena e
amada família.**

ABREVIATURAS

ADIn	– Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
Ag.	- Agravo
AgRg	- Agravo Regimental
AI	- Agravo de Instrumento
CF	– Constituição Federal
CPC	– Código de Processo Civil
EC	- Emenda Constitucional
HC	- <i>Habeas Corpus</i>
MS	- Mandado de Segurança
RE	- Recurso Extraordinário
Rel.	- Relator
REsp	- Recurso Especial
RT	- Revista dos Tribunais
STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
T.	- Turma
TRF	- Tribunal Regional Federal

RESUMO

O direito a uma prestação jurisdicional efetiva e tempestiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, contrapartida da proibição da autotutela. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos. Mas para que a tutela jurisdicional seja eficaz quanto ao resultado que dela se espera, isto é, para que se possa dizer efetivo o mecanismo estatal de solução de controvérsias, é imprescindível que o titular da situação substancial, carente de proteção, possa utilizar um instrumento estruturado para assegurar não apenas a tutela formal de seu direito, mas a proteção apta a proporcionar-lhe praticamente a mesma situação que o cumprimento espontâneo da norma lhe conferiria. Isso significa que a efetividade do processo depende fundamentalmente da existência de meios adequados a resolver os inúmeros problemas surgidos no plano material. É nesse contexto que se insere a tutela antecipatória prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, ou seja, uma norma capaz de concretizar os princípios constitucionais da efetividade e da tempestividade do processo. Isso porque, para uma efetiva prestação jurisdicional, é necessária uma ação que permita a realização do direito com base em cognição sumária, compatível com a situação de perigo de dano iminente que vêm a exigir uma tutela urgente.

Palavras-chave: Efetividade do processo; Tempestividade do processo; Tutela antecipatória; Tutela jurisdicional diferenciada; Instrumentalidade do processo; Novos direitos.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO	12
2.1	<i>As Fases Metodológicas do Processo Civil</i>	12
2.2	<i>A Fase Instrumentalista</i>	13
2.3	<i>Instrumentalidade e Efetividade</i>	14
3	OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS E A TUTELA ANTECIPATÓRIA	16
3.1	<i>Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional</i>	16
3.2	<i>Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório</i>	17
3.3	<i>Princípio do Devido Processo Legal</i>	18
3.4	<i>Princípio da Efetividade do Processo</i>	19
3.5	<i>Princípio da Duração Razoável do Processo</i>	20
3.6	<i>Princípio da Segurança Jurídica</i>	21
3.7	<i>Direito Constitucional às Tutelas Urgentes</i>	24
4	O PROCESSO ORDINÁRIO CLÁSSICO, A LENTIDÃO DA JUSTIÇA E O TEMPO DO PROCESSO	26
4.1	<i>A Ordinarização do Processo de Conhecimento</i>	26
4.2	<i>O Uso Distorcido da Tutela Cautelar</i>	27
4.3	<i>O Tempo do Processo</i>	29
4.4	<i>Risco Versus Certeza</i>	31
4.5	<i>A Técnica de Cognição Sumária</i>	33
5	A CLASSIFICAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA	36
5.1	<i>Introdução</i>	36
5.2	<i>A Classificação de Teori Albino Zavascki</i>	36
5.3	<i>A Classificação de Cândido Rangel Dinamarco</i>	37
5.4	<i>A Classificação de Ovídio Baptista da Silva</i>	38
5.5	<i>A Classificação de Luiz Guilherme Marinoni</i>	40
5.6	<i>A Classificação de Alcides Alberto Munhoz da Cunha</i>	41
5.7	<i>Minha Classificação</i>	43
6	A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA	44
6.1	<i>Introdução</i>	44
6.2	<i>Conceito de Tutela Antecipada</i>	45
6.3	<i>A Natureza Jurídica da Decisão que Concede a Antecipação</i>	46
6.4	<i>A Antecipação na Sentença</i>	47
6.5	<i>O Procedimento</i>	49
6.6	<i>Espécies de Tutela Antecipada</i>	50
6.7	<i>Abrangência</i>	52
6.8	<i>Legitimidade Ativa</i>	53
6.9	<i>A Antecipação de Ofício</i>	54
6.10	<i>A Tutela Antecipatória Parcial</i>	56
6.11	<i>Efeitos da Tutela Antecipatória</i>	56
6.12	<i>Pressupostos da Tutela Antecipatória</i>	58
6.12.1	<i>Pressupostos Concorrentes: Prova Inequívoca e Verossimilhança</i>	58
6.12.2	<i>Pressupostos Alternativos: Periculum in Mora ou Atos Protelatórios do Réu</i> 59	
6.12.3	<i>A Tutela Antecipada Fundada no Periculum In Mora</i>	60
6.12.4	<i>A Tutela Antecipada Fundada no Abuso do Direito de Defesa</i>	61

6.13	<i>A Tutela Antecipatória da Parcela Incontroversa da Demanda</i>	64
6.14	<i>Momento Processual da Antecipação</i>	67
6.15	<i>A Antecipação da Tutela em Sede Recursal</i>	68
6.16	<i>A Necessidade de Motivação da Decisão Antecipatória</i>	69
6.17	<i>A Tutela Antecipada Deve ser Reversível</i>	70
6.18	<i>A Efetivação da Tutela Antecipada</i>	72
6.19	<i>Dano pela Execução da Medida</i>	73
6.20	<i>A Revogabilidade da Tutela Antecipada</i>	74
6.21	<i>A Fungibilidade Entre as Tutelas Cautelar e Antecipatória</i>	77
6.22	<i>A Tutela Antecipada e o Julgamento Antecipado da Lide</i>	80
6.23	<i>As Tutelas Antecipatória e Cautelar</i>	81
6.23.1	<i>A Tutela Cautelar</i>	81
6.23.2	<i>Temporiedade</i>	84
6.23.3	<i>Referibilidade</i>	85
6.23.4	<i>Não Satisfatividade</i>	86
6.23.5	<i>Instrumentalidade</i>	88
6.23.6	<i>Revogabilidade</i>	89
6.23.7	<i>Sumariedade</i>	90
6.23.8	<i>Autonomia</i>	90
6.23.9	<i>Urgência</i>	91
6.23.10	<i>As Diferenças entre as Tutela Cautelar e Antecipatória</i>	92
7	CONCLUSÃO	95
	REFERÊNCIAS	97

1 INTRODUÇÃO

Os que lidamos com esta bela disciplina que é o Direito Processual não nos esqueçamos dos fins últimos desse ramo do Direito e dos fins últimos do próprio Direito. Que o Direito sirva à pessoa humana, à dignidade da pessoa humana, à construção de uma sociedade mais justa, ao resgate do humanismo num mundo que, sem a nossa consciência e a nossa vigilância, será cada dia mais insípido, frio e desumano.¹

Ao impedir a autotutela privada e assumir o monopólio da atuação do Direito, o Estado avocou o compromisso de prestar a jurisdição de modo adequado às diversas situações conflitivas que decorrem da vida em sociedade, devendo, para tanto, prover aos indivíduos instrumentos processuais aptos a dar efetiva proteção ao bem da vida lesado ou ameaçado de lesão.

A prestação jurisdicional passou a ser, portanto, um poder-dever do Estado. Porém, tal prestação normalmente realizada pelo processo ordinário, demanda, não raramente, um tempo muito longo. Em muitas situações fáticas, no entanto, a tutela do direito “não pode prolongar-se no tempo, sob pena do provimento jurisdicional ter apenas valor formal e abstrato, mas de nenhuma eficácia prática ou utilidade real”².

Ensina TEORI ALBINO ZAVASCKI que “há situações em que o procedimento ordinário, formal, solene, e, por isso mais lento, não atende às peculiaridades da controvérsia a ser enfrentada”³. Tal fato é muito mais perceptível na sociedade moderna, industrializada e globalizada, na qual surgiu uma gama de novos direitos, de conteúdo não-patrimonial, que tornam imprescindível a efetiva atuação jurisdicional, sob pena do dano causado tornar-se irreparável ou de difícil reparação.

O tempo é, desse modo, o grande ônus imposto ao Estado ao monopolizar a jurisdição. Como muito bem observa RICARDO ALESSANDRO CASTAGNA:

Não se pode negar que o fator tempo constitui há muito a principal razão da crise judiciária, acabando por ocasionar gravíssimas ofensas aos direitos fundamentais das partes e à toda coletividade, constituindo um grande impeditivo para a plena efetividade do processo. Um processo moroso atinge a própria credibilidade do Estado, provoca danos econômicos, favorece a especulação e a insolvência e acentua as diferenças sociais.⁴

¹ HERKENHOFF, João Baptista. **O Direito Processual e o Resgate do Humanismo**. RJ: Thex Editora, 2001, p. 153.

² SHIMURA, Sérgio. **Arresto Cautelar**, 4ª ed. SP: RT, 2005.p. 22.

³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**, 6ª ed. SP: Saraiva, 2008, p. 19.

⁴ CASTAGNA, Ricardo Alessandro. **Tutela de Urgência: Análise Teórica e Dogmática**. SP: Editora RT, 2008, p.73.

Por conseguinte, o grande desafio do direito processual civil moderno é fornecer ao magistrado instrumentos capazes de tornar a solução dos conflitos mais efetiva e tempestiva, viabilizando, de fato, a pacificação social. Mister se faz, então, se estruturar técnicas aptas a conferir ao processo, como instrumento de prestação da tutela jurisdicional⁵, a capacidade de “fazer surgir o mesmo resultado que se verificaria se a ação privada não estivesse proibida”⁶.

Justamente esse contexto social a exigir uma prestação jurisdicional mais rápida e efetiva fez por propiciar o surgimento da tutela antecipatória no ordenamento jurídico brasileiro, introduzida no art. 273 do Código de Processo Civil.

Importante, no entanto, destacar que a introdução da tutela antecipada não foi uma mera alteração tópica do nosso *Codex*. Como destaca TEORI ALBINO ZAVASCKI, “Mais do que uma simples alteração de um dispositivo do Código, a nova lei produziu, na verdade, uma notável mudança de concepção do próprio sistema processual”⁷.

No entanto, apesar dessa indiscutível importância, adverte HUMBERTO THEODORO JR., ao se referir às tutelas antecipatória e cautelar, que ainda hoje são grandes as controvérsias que se manifestam a respeito da natureza das diferentes medidas utilizadas na busca da agilização dos procedimentos da justiça⁸. Isso porque a tutela antecipada do artigo 273 além de ter um enorme espectro de abrangência, foi elaborada com expressões de conteúdo aberto, o que fez por originar muitas dúvidas, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência.

Sendo assim, o presente trabalho monográfico tem por fim analisar o instituto da tutela antecipatória prevista no artigo 273 do CPC, abordando os aspectos processuais mais relevantes, a fim de demonstrar que “ela representa uma nova concepção de processo civil, uma alteração nos seus rumos ideológicos, marcada pelo acentuado privilégio do princípio da efetividade da função jurisdicional”⁹.

Buscar-se-á, também, identificar as diversas hipóteses de antecipação

⁵ Na lição de ZAVASCKI, tutela jurisdicional é a assistência, o amparo, a vigilância que o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, presta aos direitos dos indivíduos. ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 5.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1994, p. 12.

⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 73.

⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro. As Liminares e a Tutela de Urgência. *In*: ALVIM, Arruda e ALVIM, Eduardo Arruda (Coord.). **Inovações Sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência**. RJ: Editora Forense, 2006, p. 240.

⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 75.

existentes em tal norma, os pressupostos de cada uma dessas hipóteses, os momentos de sua utilização, a sua fungibilidade com a tutela cautelar, a possibilidade de revogação e modificação da antecipação, o cabimento de sua utilização em sede recursal, bem como estabelecer um paralelo entre a medidas antecipatória e cautelar.

Com vistas a esse objetivo, esse estudo foi dividido em cinco capítulos. No próximo será descrita, sucintamente, a fase metodológica da ciência processual em que se insere a positivação da antecipação de tutela de modo genérico em nosso ordenamento jurídico.

Analisaremos, em seguida, a tutela antecipatória frente aos principais direitos fundamentais processuais abrigados em nossa Constituição Federal, demonstrando o *status* constitucional das tutelas de urgência.

No quarto capítulo, trataremos da questão da ordinarização do processo de conhecimento no CPC de 1973, bem como, a conseqüente utilização da tutela cautelar como medida para satisfação de direito frente a demandas urgentes. Será abordada, também, a questão do tempo do processo, enfocando o conflito existente entre a segurança jurídica e a utilização das técnicas sumárias como forma de aceleração da prestação jurisdicional.

No quinto capítulo, apreciaremos a questão da classificação das tutelas de urgência, descrevendo a posição de vários importantes doutrinadores quanto a esta sistematização, para então definirmos nosso entendimento.

Por fim, no último capítulo analisaremos detidamente cada um dos aspectos mais importantes existentes no citado artigo 273, enfocando, principalmente, as divergências doutrinárias existentes.

Por derradeiro, importante deixar claro que toda essa análise crítica da tutela antecipada será feita iluminada por dois pilares fundamentais da ciência processual moderna: a efetividade e a instrumentalidade do processo.

2 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

2.1 As Fases Metodológicas do Processo Civil

A primeira fase metodológica identificada pela doutrina foi denominada de sincretismo jurídico. Nesta, havia uma total confusão entre os direitos processual e material. Em consequência, era impossível se identificar a existência de uma relação jurídica processual em face do vínculo obrigacional formado no âmbito do direito material e que servia de suporte à ação judicial. As normas processuais eram marcadas por aspectos eminentemente práticos, sem maiores preocupações com a delimitação dos institutos processuais ou de coordenação entre o direito material e o processual. O direito processual era, pois, um mero apêndice do direito civil¹⁰.

Ensina CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO que a fase sincrética começou a ruir no século XIX. A idéia de relação jurídica processual exposta por Büllow gerou a consciência para a autonomia da relação jurídica processual, que se distingue da relação de direito substancial pelos seus sujeitos, pressupostos e objeto¹¹.

Surge, então, a segunda fase do Direito processual, aparecendo como ciência em si mesma, dotada de objeto e método próprio. Tal fase se caracteriza pela absoluta separação entre os Direitos material e processual. O processo apenas servia para fazer atuar a lei, não devendo se preocupar com o direito material¹².

Apesar desse viés introspectivo da fase autonomista, foi nesta que a ciência processual ganhou seus primeiros e sólidos contornos de validade e autonomia científica¹³. “Esta segunda fase (...) foi marcada pela riqueza das grandes construções científicas acerca do direito processual”¹⁴, contribuindo, decisivamente, para a consolidação da ciência processual.

Apesar disso, a tão desejada autonomia do direito processual não propiciou um melhor funcionamento da “justiça”. Ao contrário, a Estado simplesmente não conseguiu cumprir sua função institucional. Mas os reclames sociais exigiam um direito processual de resultados, direcionado para uma efetiva solução de conflitos. Isto mudou o foco de desenvolvimento da ciência processual. Ela voltou-se para a

¹⁰ CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Op. cit.*, p. 18 e 19.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13^a ed. SP: Malheiros, 2008, p. 18.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**, p. 21.

¹³ CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Op. cit.*, p. 31.

¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 22.

análise não de seus operadores, mas sim de seus destinatários ¹⁵.

Essa pressão por resultados fez com que o Direito processual chegasse ao seu terceiro momento metodológico, “caracterizado pela consciência da instrumentalidade como importante pólo de irradiação de idéia e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções”¹⁶. Não há mais a autonomia absoluta entre os dois planos de Direito. “O processo deixou de ser um mero instrumento técnico de resolução dos conflitos para se transformar num instrumento ético voltado a realizar, além dos fins jurídicos, objetivos sociais e políticos”. É marcante, pois, a preocupação com a efetividade do processo, ou seja, com decisões úteis, céleres e que sejam, de fato, cumpridas ¹⁷.

2.2 A Fase Instrumentalista

A perspectiva instrumentalista do processo propõe, por conseguinte, a revisão dos conceitos e o estudo dos institutos processuais a partir de suas finalidades¹⁸.

Ensina JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE que:

A partir do momento que se aceita a natureza instrumental do direito processual, torna-se imprescindível rever seus institutos fundamentais, a fim de adequá-los a essa nova visão. Isso porque toda a construção científica se deu na denominada fase autonomista, em que, devido à necessidade de afirmação da independência do direito processual, se valorizou demasiadamente a técnica. Passou-se a conceber o instrumento pelo próprio instrumento, sem a necessária preocupação com seus objetivos, que, obviamente, lhe são externos. Em nenhum momento pode o processualista esquecer de que as questões internas do processo devem ser solucionadas de modo a favorecer os resultados pretendidos, que são exteriores a ele. ¹⁹

Essa nova fase cuida, portanto, de examinar o sistema processual sob o ângulo externo, não bastando mais “a visão puramente jurídica, alheia aos fenômenos sociais que, diariamente, teimam em provocar a mudança de postura

¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 33.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, p. 22.

¹⁷ MARINONI ensina que “A idéia de adequação do processo ao direito material exige que o processo seja visto com técnica processual destinada à efetividade dos direitos, para depois se compreender que o processo, como técnica indiferente ao direito material, é fechado em si mesmo, e, portanto, algo inservível”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**, p. 21.

¹⁸ ABDO, Helena Najjar. **O Abuso do Processo**. SP: Editora RT, 2007, p.83.

¹⁹ DESTEFENNI, Marcos. *Op. cit.*, p. 312 *apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**. SP: Malheiros, 1995, p. 13.

dos juristas”²⁰.

Como observa CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, não é mais suficiente “elaborar conceitos e burilar requintes de uma estrutura muito bem engendrada, lógica e coerente em si mesma, mas isolada e insensível à realidade do mundo circundante”²¹.

O processo deve ser encarado como um instrumento voltado à realização dos chamados ‘escopos do processo’, ou melhor, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam”²². Desse modo, além dos fins puramente jurídicos da jurisdição, devem-se encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado²³. Não há mais apenas unicamente o escopo jurídico, mas, sim, escopos da jurisdição, que nada mais são do que as funções do processo nos planos social²⁴, político²⁵ e jurídico²⁶.

Por fim, importante destacar que somente com a perfeita compreensão da instrumentalidade do processo se terá condições de extrair dessa nova premissa metodológica conseqüências cientificamente úteis e aptas a propiciar a melhoria do serviço jurisdicional. Isso porque o posicionamento moderno da ciência processual gira em torno da idéia do ‘processo civil de resultados’²⁷.

2.3 Instrumentalidade e Efetividade

A instrumentalidade do processo é, na linha do já dissemos, o fundamento que vem a permear, modernamente, todo o desenvolvimento da ciência processual. Afinal, o processo só conseguirá cumprir sua missão se criar mecanismos

²⁰ CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Op. cit.*, p. 39.

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, p. 11.

²² *Idem, ibidem*, p. 177.

²³ *Idem, ibidem*, p. 182.

²⁴ O escopo social busca a pacificação social e o bem-estar da população, dada a íntima relação existente entre os bens garantidos no sistema processual e o modo de vida em sociedade. **DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil**, Vol. 1, p. 127.

²⁵ O escopo político propõe que o processo contribua para a estabilidade das instituições políticas e para a participação dos cidadãos na vida e nos destinos do Estado. Tem, em mira, propiciar meios de participação efetiva do cidadão na vida política do Estado por meio, por exemplo, da ação popular e do mandado de segurança. **DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil**, Vol. 1, p. 129.

²⁶ O escopo jurídico procura fornecer ao consumidor da prestação jurisdicional o valor da segurança jurídica, bem como a eliminação de conflitos mediante critérios justos. **DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, Volume 1**, p. 131.

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, p. 178.

adequados para “propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber”²⁸.

A prestação jurisdicional deve ser pensada, pois, na perspectiva do consumidor dos serviços jurisdicionais, com plena preocupação com o resultado material do processo²⁹.

Dessa forma, efetividade e instrumentalidade são conceitos totalmente imbricados. Na doutrina de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a efetividade é a instrumentalidade em seu sentido positivo³⁰, sendo compreendida como a “capacidade de exaurir os objetivos que legitimam o processo no contexto jurídico-social e político”, sem deixar nenhum resíduo de insatisfação e sem prover soluções que não sejam jurídica e socialmente legítimas³¹.

Nessa perspectiva instrumentalista, o processo deve, então, expandir-se para fora de si próprio e das colocações teóricas, buscando soluções práticas que o justifiquem e sejam capazes de legitimar o sistema processual.

Foi exatamente essa necessidade que gerou o ambiente para as reformas pelas quais passou o CPC no fim do século passado, nas chamadas ondas renovatórias do processo, numa das quais surgiram as tutelas antecipatórias dos artigos 273 do CPC.

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, Vol. 1, p. 108.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 28.

³⁰ “O lado negativo da instrumentalidade do processo é (...) a tomada de consciência de que ele não é fim em si mesmo e, portanto, suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos e conflitantes”. **DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo**, p. 315.

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, p. 315.

3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS E A TUTELA ANTECIPATÓRIA

3.1 Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, disposto no inc. XXXV, do art. 5º da CF/1988, prescreve que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Na lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, este princípio é a principal garantia dos direitos subjetivos do cidadão, pois qualquer cidadão terá o direito de se dirigir ao Estado e afirmar a ocorrência de uma situação de lesão ou de ameaça de lesão a direito e, em consequência, pleitear tutela³².

À luz dos valores e das necessidades contemporâneas, entende-se que o direito à prestação jurisdicional é o direito a uma proteção efetiva e eficaz, que tanto poderá ser concedida por meio de sentença transitada em julgado, quanto por outro tipo de decisão judicial, desde que capaz de concretizar a norma constitucional.³³

Cumprir observar ainda, que este princípio não abarca apenas o direito de ir a juízo. Para LUIZ GUILHERME MARINONI, o princípio em tela:

(...) não garante apenas uma resposta jurisdicional, mas a tutela que seja capaz de realizar, efetivamente, o direito afirmado pelo autor, pois o processo, por constituir a contrapartida que o Estado oferece ao cidadão diante da proibição da autotutela, deve chegar a resultados (...) que seriam obtidos se espontaneamente observados os preceitos legais.³⁴

Este princípio comporta, assim, o direito fundamental de ação que, na verdade, é um direito fundamental processual e não um direito fundamental material como são os direitos de liberdade, educação e ao meio ambiente sadio. Daí poder ser considerado o mais fundamental de todos os direitos, já que é imprescindível à efetiva concreção de todos os demais³⁵.

Importante destacar, por fim, que tal princípio determina que não é só a efetiva lesão que não pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, mas

³² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 26ª edição, 2006. p. 430.

³³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil, Volume 1**. 9ª ed. SP: Editora RT, 2007, p. 321.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**, p. 57.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo**, p. 205.

também toda e qualquer ameaça a direito³⁶. Tem, assim, o cidadão “o asseguração constitucional de seu direito à adequada tutela jurisdicional, aí incluído as liminares³⁷ e as tutelas de urgência.

3.2 Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório

O inc. LV do art. 5º da CF/1988 dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Tal princípio permite, portanto, a possibilidade das partes participarem adequadamente do processo, visando convencer o juiz acerca da veracidade das afirmações de fato e da solidez dos fundamentos jurídicos de seu pedido, influenciando sobre o desenvolvimento e o resultado do processo³⁸.

Todavia, o direito à participação no processo não significa que ele possa ser ilimitado, como, equivocadamente, poderia se deduzir da expressão ‘ampla defesa’. Afinal, há situações em que a limitação da defesa é necessária para permitir a efetividade da tutela do direito. Diante de uma situação de urgência é possível postecipar a realização da plenitude da defesa para momento posterior ao da produção de efeitos sobre a esfera jurídica do réu³⁹.

Ampla defesa deve ser entendida, pois, como “o conteúdo de defesa necessário para que o réu possa se opor à pretensão de tutela do direito e à utilização de meio executivo inadequado ou excessivamente gravoso⁴⁰. A defesa deve ser ampla, mas não ilimitada⁴¹. Deve, sim, amoldar-se ao conjunto dos demais direitos que formam o sistema da prestação jurisdicional. E justamente por não ser ilimitado é que torna legítima a intervenção do legislador ordinário, “relativizando a ampla defesa, como ocorre, por exemplo, quando fixa prazos, limita o número de

³⁶ Tal assertiva – “ameaça a direito” – foi inserida no texto constitucional na CF de 1988. Observa Marinoni que antes da CF de 88 a idéia de que o direito de ação garantia o direito à tutela preventiva não era clara. Ou ao menos não se admitia que as liminares cautelares ou de alguns procedimentos especiais, como o do mandado de segurança, constituíam manifestações imprescindíveis à realização do direito de ação. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo**, p. 275-6.

³⁷ *Idem, ibidem*, p. 67.

³⁸ *Idem, ibidem*, p. 266.

³⁹ *Idem, ibidem*, p. 313.

⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 312.

⁴¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 21.

testemunhas ou cria preclusões”⁴² e institui tutelas sumárias.

No que toca à tutela antecipatória, na qual a plenitude da defesa é postecipada, pode surgir em muitas situações fáticas, de fato, um conflito entre o direito à efetividade da prestação jurisdicional e o direito de defesa.

Mas não há que se admitir qualquer violação a esse direito fundamental, já que uma eventual restrição da defesa é plenamente justificada pela urgência. Além do mais, a defesa é apenas postecipada, de modo que o réu terá a possibilidade de influir na convicção do juiz em momento oportuno. Na decisão antecipatória, “O que importa é evitar que a restrição da defesa redunde em ‘prejuízo definitivo’, retirando do réu a oportunidade de exercer a defesa em fase posterior à decisão proferida”⁴³.

Em suma, o que se quer demonstrar é que o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa não é o direito ao procedimento ordinário⁴⁴.

3.3 Princípio do Devido Processo Legal

Estabelece o inc. LIV, do art. 5º, da CF/1988 que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Em relação a este princípio, poderia se indagar se a sumarização da cognição, própria das tutelas de urgência, não afrontaria o princípio do devido processo legal, já que uma decisão proferida com base em cognição sumária pode invadir a esfera particular do réu sem a formação devida de um juízo de convencimento pelo magistrado.

Mas a restrição da possibilidade de “discussão” não implica, por si só, em lesão ao devido processo legal, pois “admitir que o processo seja congestionado por questões múltiplas, sem nenhuma conexão com a tutela jurisdicional pretendida é o que impede que a jurisdição seja exercida de modo a cumprir com a sua missão diante do direito material”⁴⁵.

Cumprir destacar, aliás, que a demora do processo não reflete o verdadeiro sentido do devido processo legal, redundando no sacrifício do direito do autor que demonstra *prima facie* o seu direito em um razoável índice de probabilidade⁴⁶.

⁴² *Idem, ibidem*, p. 21.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo**, p. 313.

⁴⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 21.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo**, p. 368.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**, p. 39.

Portanto, sendo o tempo necessário ao completo convencimento do juiz o maior entrave à efetividade do processo, o legislador ordinário, para concretizar tal princípio, deve elaborar procedimentos que não permitam que o autor, que tem provável razão, seja prejudicado pela demora processual⁴⁷.

Nessa linha, ensina ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA que:

Esse princípio do devido processo legal é que autoriza as tutelas diferenciadas, como a relativização da ordinarização para a adoção de tutelas sumárias dos direitos subjetivos, primários, em lide, bem como é esse princípio que exige a existência imprescindível de uma tutela residual, (...) imanente à ordem jurídica, para atuar sobre interesses apenas plausíveis para salvar de perigo iminente de lesão ou de agravamento de lesão irreparável interesses relevantes.⁴⁸

3.4 Princípio da Efetividade do Processo

A efetividade do processo é, segundo definição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a sua “almejada aptidão de projetar para seu exterior efeitos concretos ou úteis à vida do tutelado”. Para o dito autor, a efetividade da tutela está na sua capacidade de fazer coincidir os resultados do processo com aqueles desejados pelo ordenamento jurídico material, tudo dentro de um prazo razoável⁴⁹.

A ação não pode, em conseqüência, se limitar ao ato que invoca a jurisdição. O direito à prestação jurisdicional não termina, tampouco, com a decisão de procedência do pedido. O direito de ação “garante o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o qual obriga o Estado a instituir técnicas processuais idôneas à tutela dos direitos”⁵⁰.

É nesse contexto que se inserem as tutelas antecipatórias previstas no CPC, pois foi justamente com o intuito de acelerar a prestação jurisdicional sem invadir a esfera do réu de modo indevido o motivo pelo qual foram criadas tais técnicas.

Destaque-se, em suma, que o “teor do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva deve ser visto como um elo de ligação entre o direito material e o

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 136. Aliás, esclarece o autor que “Imaginar que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo por meio do procedimento legalmente fixado, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, seria inverter a lógica da relação entre direito material e direito processual. Se o direito de ir a juízo restar a dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que dará os contornos do direito material”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**, p. 147.

⁴⁸ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz. *Op. cit.*, p. 279.

⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, p. 320.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 135.

processo”, de modo a legitimar a atuação estatal perante tal direito fundamental ⁵¹.

3.5 Princípio da Duração Razoável do Processo

O princípio da duração razoável do processo, instituído pela EC 45/2004, mediante o acréscimo do inc. LXXVIII ao art. 5º da CF, veio a estatuir que a “todos são assegurados, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Tal princípio está em íntima relação com os princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo. Aliás, até poder-se-ia dizer que ele é redundante, pois dificilmente uma tutela será efetiva se for intempestiva. De qualquer forma, sua explicitação tornou ainda mais legítima a necessidade de o legislador prover ao magistrado mecanismos capazes de tornar mais célere a prestação jurisdicional.

Por outro lado, de nada adianta uma prestação jurisdicional rápida, mas não efetiva. Ou seja, nem sempre um processo rápido será efetivo caso a decisão proferida não seja suficiente a dar a quem tem razão o bem da vida pleiteado.

Como já dito, o tempo⁵² é o grande ônus do processo, que afeta o autor que tem razão. O tempo “mostra-se como um inimigo do processo, contra o qual se deve lutar sem pausa”⁵³, não sendo rara a conduta protelatória do litigante, quando prevê que a decisão lhe será desfavorável. Nesta situação, o réu procura se valer de todos os meios processuais para postergar a decisão final, na esperança de vencer a parte contrária pelo cansaço e impor-lhe uma vantajoza transação antes do trânsito em julgado⁵⁴. Afinal, a “demora na prestação jurisdicional (...) pressiona os economicamente mais fracos a abandonar a causa ou a aceitar um acordo por valor muito inferior àquele a que teriam direito”⁵⁵.

Dessa forma, as tutelas urgentes são de suma importância para materializar o princípio da duração razoável do processo, justamente porque elas têm a

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**, p. 25.

⁵² “Sabe-se que certos defeitos são insuperáveis e tem-se a consciência de que o ideal possível é reduzi-los, não eliminá-los. O mais grave dos problemas é a duração dos processos, responsável pela eternização dos litígios e prolongamento das angústias dos litigantes. Mas jamais se conseguirá agilizar tanto o procedimento a ponto deles serem capazes de oferecer solução pronta aos litígios”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, Vol. 1, p. 108.

⁵³ ABDO, Helena Najjar. *Op. cit.*, p. 165.

⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 165.

⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 165.

capacidade de distribuir o ônus do tempo do processo de forma justa e equânime.

Além disso, o direito fundamental à duração razoável impõe a inversão da lógica que sempre dominou o processo civil brasileiro, de modo que, “se o autor tem o direito de obter a imediata tutela do direito evidenciado no curso do processo, também tem o direito à execução imediata da sentença que reconhece o direito material”. Em outros termos, “não há como respeitar o direito fundamental à duração razoável sem atribuir efeitos concretos à sentença”⁵⁶.

3.6 Princípio da Segurança Jurídica

Os princípios da duração razoável do processo e da efetividade do processo, no entanto, podem entrar em conflito com outro direito processual fundamental: o da segurança jurídica. Se de um lado, a busca da efetividade e da tempestividade reclama que o momento da decisão final não se prolongue por tempo que torne a decisão proferida inútil; de outro, a segurança jurídica exige que a prestação jurisdicional se dê depois de uma devida cognição pelo juiz⁵⁷.

Na lição de ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, a segurança jurídica processual é materializada pelos princípios da “ampla defesa, do regime do contraditório, da igualdade (...), do duplo grau de jurisdição, da motivação e publicidade da decisão e da coisa julgada”⁵⁸.

Diante disso, não pode o magistrado, no afã de acelerar o tempo do processo, restringir sem razão o direito à adequada defesa do réu, isto é, “em homenagem ao princípio da efetividade da jurisdição não se pode simplesmente desprezar o princípio da segurança jurídica”⁵⁹.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo**, p. 225.

⁵⁷ TEORI A ZAVASCKI ensina que a Constituição assegura aos indivíduos um enorme conjunto de direitos e garantias fundamentais, que, observados abstratamente, guardam entre si perfeita compatibilidade, estando todos igualmente aptos a receber aplicação a mais plena e eficaz. Afinal, todos os direitos constitucionais, sem exceção, devem ser respeitados e cumpridos, de modo a que produzam integralmente os seus efeitos. No entanto, na prática, o atendimento absoluto e simultâneo das garantias constitucionais nem sempre é possível. Figurem-se, como exemplo, as freqüentes dificuldades ou mesmo a impossibilidade de assegurar-se convivência plena e simultânea entre o direito à intimidade da vida privada e o direito à liberdade de informação jornalística, por exemplo. Muitas outras são possíveis fenômenos de tensão entre direitos fundamentais, dos quais se originam as chamadas colisões de direitos ou conflitos de direitos. ZAVASCKI, Teori Albino. **Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: Técnicas diferentes, função constitucional semelhante**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 14, p. 35-51, 1996.

⁵⁸ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz. *Op. cit.*, p. 278.

⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 279.

Assevera CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO que:

Ao estabelecer o desejado modelo do equilíbrio entre a celeridade e a ponderada cognição como virtudes internas do processo, legislador e intérprete não de estar conscientes do risco que correm ao se afastarem dos critérios de certeza e passarem a confiar na probabilidade suficiente, como metro para as soluções processuais.⁶⁰

O decurso do tempo, apesar de necessário para garantir a segurança jurídica, é, normalmente, incompatível com a efetividade da jurisdição, notadamente quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente⁶¹. Sempre que ocorrer tal situação ter-se-á, pois, caracterizada hipótese de colisão de direitos fundamentais dos litigantes a reclamar solução harmonizadora⁶². Porém, sendo, ambos, direitos fundamentais, não há hierarquia normativa alguma entre eles, pelo que não de merecer do legislador ordinário e do juiz, a mais estrita e fiel observância⁶³.

Diante desse conflito, a fórmula para viabilizar a convivência entre a segurança jurídica e a efetividade da jurisdição é a da outorga de medidas de caráter provisório, que sejam aptas a superar as situações de risco de perecimento de qualquer um desses direitos⁶⁴.

Em muitos desses casos, de ocorrência comum e previsível, o próprio legislador já se encarregou de definir o modo de solucionar o conflito, quando disciplinou, por exemplo, casos de antecipação da tutela via liminar nas ações possessórias e de alimentos provisionais. Nestes casos, “o Poder Legislativo, atuando em plano geral e abstrato, descreveu situações de fato que reclamam tutela imediata e diferenciada e, desde logo, formulou a solução que considerou a mais conveniente para atender a urgência”⁶⁵.

Mas há outras situações fáticas que “nem a mais fértil imaginação conseguiria prever, o que torna impossível antecipar a disciplina por via legislativa”⁶⁶. Nestas, deverá o Juiz criar a solução conformadora diante do caso concreto.

⁶⁰ DINAMARCO. **Instrumentalidade do processo**, p. 270.

⁶¹ *Idem, ibidem*.

⁶² O estado latente de tensão entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição pressupõe a necessidade de uma solução harmonizadora, consistente na previsão de tutelas sumárias, provisórias e urgentes, cujos fundamentos defluem da ordem constitucional e existiriam independentemente da previsão de normas expressas no direito positivo. CUNHA, A. A. M. *Op. cit.*, p. 280.

⁶³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: Técnicas diferentes, função constitucional semelhante**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 14, p. 35-51, 1996.

⁶⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Medidas Cautelares e Medidas ...**, p. 16-18.

⁶⁵ *Idem, ibidem*.

⁶⁶ *Idem, ibidem*.

Para isso tem arrimo constitucional e (...) autorização expressa da lei processual ordinária. É o que consta nos artigos 798 e 273 do CPC. Utilizando terminologia fluida (“fundado receio”, “lesão grave”, “difícil reparação”, “dano irreparável”, “abuso do direito de defesa”, “manifesto propósito protelatório”) aqueles dispositivos nada mais fazem senão descrever situações de possível confronto entre efetividade e segurança, abrindo campo para que o juiz formule ele próprio, caso a caso, a solução mais adequada a manter vivos e concretamente eficazes os dois direitos fundamentais. Está aí a via judicial de criação da regra conformadora.⁶⁷

Nesse cenário, encontra-se o magistrado diante de um dilema de difícil solução. Se ignorar a urgência, o pronunciamento judicial pode ser inútil, dado os efeitos corrosivos do tempo ao bem da vida tutelado. Por outro, se privilegiar em demasia a tutela urgente, pode colocar em risco não só a segurança da relação jurídica processual, com também seus princípios informadores, notadamente o contraditório e a ampla defesa⁶⁸.

Citemos um exemplo do professor OVÍDIO BASISTA DA SILVA para ilustrar a questão. Imaginemos que alguém, supondo-se proprietário de um automóvel, veja-o abandonado por parte do possuidor. Propõe, então, uma ação reivindicatória para que o juiz, reconheça sua condição de proprietário e restitua-lhe a posse do veículo. Afinal, a situação de abandono do bem deixa-o exposto a uma situação de grave risco de dano, dada a ação do tempo que poderá lhe causar inevitável deterioração. Nessa situação, ou o sistema jurídico permite ao magistrado a concessão de uma medida cautelar de seqüestro do veículo, mesmo sem saber se o requerente tem razão; ou terá que impor a quem reclame alguma proteção imediata contra o perigo, o sacrifício de ter de aguardar o curso do procedimento ordinário para que o juiz possa formar seu pleno convencimento, julgando a lide com a plena segurança. Desse modo, a falta de uma tutela da aparência gera o risco de se obter ao final da demanda uma sentença primorosa formalmente, mas inútil sob o ponto de vista da efetividade do direito reclamado pelo autor vitorioso. O ganho em segurança teria sido perdido em efetividade. Por outro lado, se é permitido que o magistrado, ante uma prova superficial da propriedade do veículo, conceda o seqüestro ou liminarmente a posse ao autor, seria atendida com presteza a efetividade do seu direito. Mas se ao final do processo plenário, o juiz se convencesse de que o verdadeiro titular do direito de propriedade era o réu, sobre o demandado recairiam

⁶⁷ *Idem, ibidem.*

⁶⁸ JÚNIOR, Sidnei Amendoeira. *Op. cit.*, p.154.

os prejuízos resultantes daquela decisão antecipada, tomada no interesse de assegurar ao provável titular do direito litigioso uma tutela oportuna e adequada⁶⁹.

Há que se perceber, pois, que o risco é imanente ao sistema, de modo que, embora caiba ao legislador fazer a opção entre as duas alternativas, segurança e efetividade, a tendência moderna orienta-se no sentido de dar maior relevância aos direitos reconhecidos pela ordem jurídica, com o correspondente sacrifício da segurança obtida com o processo ordinário de cognição plena⁷⁰.

3.7 Direito Constitucional às Tutelas Urgentes

Tanto a tutela cautelar quanto a antecipatória, espécies de tutela urgente, tem como matriz constitucional a norma contida no inciso XXXV do art. 5º da CF/1988, já que esta assegura proteção jurisdicional, como visto, em caso de ameaça a direito. Este argumento, entretanto, não justifica, por si só, o *status* constitucional do direito às tutelas urgentes, uma vez que no regime constitucional anterior não havia qualquer referência à hipótese de ameaça a direito e nem por isso se duvidava da legitimidade constitucional da tutela cautelar⁷¹.

Ressalta ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA que:

Pode-se até mesmo dizer que existe um fundamento de índole *supraconstitucional* inerente aos Estados verdadeiramente democráticos, que exige tutelas diferenciadas para situações diferenciadas de conflito, para que se assegure a efetividade da jurisdição, sem comprometer entretanto a segurança jurídica (...), o que importaria em negar a própria essência da jurisdição, como atividade destinada a atuar direitos em casos concretos.⁷²

Desse modo, as tutelas urgentes têm uma função constitucional comum: são instrumentos destinados a dar condições de convivência simultânea dos direitos fundamentais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição⁷³.

Some-se a isso, o fato dessas técnicas serem voltadas a atuar em situações nas quais a falta de agilidade da atuação jurisdicional pode levar ao perecimento do

⁶⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista. . **Curso de Processo Civil. Processo Cautelar (tutela de urgência). Vol. 3.** 3ª ed. SP: RT, 2000, p. 18 e 19.

⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 20.

⁷¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Medidas Cautelares e Medidas** , p. 6.

⁷² CUNHA, Alcides Alberto Munhoz. *Op. cit.*, p. 279.

⁷³ *Idem, ibidem*, p. 279.

direito, muitos também com *status* constitucional, reclamando, pois, providência a ser tomada em tempo inferior ao gasto para a entrega da tutela definitiva.

Para ilustrar o problema tomemos o seguinte exemplo: indústria se instala em local à beira de um rio que é meio de sobrevivência de centenas de pescadores. Logo após o início de funcionamento da indústria enorme quantidade de peixes começa a morrer, gerando grave problema às comunidades ribeirinhas. A indústria alega que não deu causa à mortandade, por possuir vários equipamentos instalados de filtragem dos dejetos por ela gerados. Neste caso, a demora para a produção de provas (análise química das águas do rio e dos dejetos produzidos pela indústria, etc), com certeza, levará tempo que poderá ser catastrófico para os pescadores. Dessa forma, a demora natural do processo pode tornar imprescindível ao autor da demanda antecipar a tutela e paralisar preventivamente o funcionamento da indústria. Note-se que o autor faz *jus* à tutela urgente, fundada em cognição sumária, diante do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Porém, após uma longa tramitação do processo, chega-se à conclusão de que não foi ela a responsável pela mortandade dos peixes e sim as chuvas que haviam caído em demasia na cabeceira do rio. Contudo, o resultado final do processo não interfere na legitimidade da antecipação. As tutelas urgentes satisfativas (antecipatória) e segurança (cautelar), “em razão da urgência que as acompanha, contentam-se com a chamada fumaça do bom direito”⁷⁴. Assim, sendo o direito do autor mais provável que o do réu e sendo evidente o perigo na demora, não há como negar a tutela urgente, ainda que o réu não tenha exaurido o seu direito de defesa⁷⁵.

Considere ainda que em situações de grande urgência, a antecipação de tutela pode ser concedida antes da citação do réu, como no exemplo acima. Tal antecipação, no entanto, antes da ouvida do réu, deve-se fundar no fato de que o tempo necessário para que o réu apresente resposta é incompatível com a urgência da situação. No entanto, se o juiz puder aguardar a defesa sem correr o risco de deixar o autor desamparado, não há razão em aceitar a concessão da tutela antes da ouvida do réu, o que configuraria ofensa ao direito de defesa⁷⁶.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo**, p. 356.

⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 339.

⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 356.

4 O PROCESSO ORDINÁRIO CLÁSSICO, A LENTIDÃO DA JUSTIÇA E O TEMPO DO PROCESSO

4.1 A Ordinização do Processo de Conhecimento

O CPC de 1973 promoveu o que a doutrina denominou de 'ordinização do processo', a partir da idealização do processo de conhecimento fundado no procedimento ordinário⁷⁷ de cognição plena e exauriente. O ordenamento brasileiro considerou, portanto, o princípio da segurança jurídica em seu grau máximo⁷⁸.

Na bela conceituação de ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA:

A ordinização caracteriza-se pela investigação de todas as questões de fato e jurídicas naturalmente possíveis de integrar a causa de pedir de uma pretensão primária em amplo contraditório, de modo a possibilitar as eficácias da declaração de certeza e da coisa julgada material.⁷⁹

A fase autonomista do processo era a fase metodológica vigente no momento de elaboração do CPC de 1973. Daí ter se concebido um isolamento entre os processos de execução e conhecimento, em busca "de uma neutralidade que supunha essencial para orientar a solução dos conflitos em geral, independentemente da natureza ou relevância dos interesses em lide"⁸⁰.

Retirou-se do processo de conhecimento toda e qualquer manifestação de atividade executiva, que passou a integrar o 'processo de execução', com autonomia didática e legal prevista no Livro II⁸¹. Desse modo, não haveria, jamais, a possibilidade de quebrar-se a ordinariedade, com a emissão de uma sentença liminar⁸², ou seja, com a prolação de ordens executivas antes da sentença de conhecimento. Vigorava o princípio da *nulla executio sine titulo*⁸³, isto é, sem

⁷⁷ O prestígio do procedimento ordinário é relacionado ao fato de que, permitindo-se um amplo contraditório e uma ampla discussão do litígio, em conseqüência, a solução torna-se mais justa. O procedimento ordinário consagra, em sua amplitude máxima, o princípio do contraditório. DESTEFENNI, Marcos. *Op. cit.*, p. 310.

⁷⁸ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz. **Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 11. Do Processo Cautelar arts. 796 a 812.** SP: Revista dos Tribunais, 2001, p. 278.

⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 278.

⁸⁰ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz. *Op. cit.*, p. 329.

⁸¹ CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Op. cit.*, p. 83.

⁸² *Idem, ibidem*, p. 83.

⁸³ O princípio da *nulla executio sine titulo* impõe que a execução jamais possa ser iniciada sem título. Tal princípio procura afirmar que a esfera jurídica do devedor não pode ser atingida sem a realização plena do contraditório. Desse modo, a tutela executiva estava umbilicalmente ligada à idéia de certeza jurídica, obtida ao final de um contraditório que percorresse todo o *iter* processual, isto é, que a sentença fosse proferida em um procedimento de cognição plena e exauriente. Existia a premissa de que o juízo de

declaração do direito, sem execução.

Nesse contexto, “viu-se o legislador na contingência de expurgar do processo de conhecimento as regras atinentes à tutela cautelar, formando o célebre *tertium genus* que comportou conhecimento e execução no mesmo bojo”⁸⁴.

A ideologia vigente à época fez com que fosse previsto no CPC de 1973 três modalidades de processos: conhecimento, execução e cautelar. O primeiro, destinado a averiguar a existência do direito afirmado pelo autor. O segundo, destinado a “satisfazer o direito de uma pessoa à custa do patrimônio de outra, independentemente da vontade desta”⁸⁵. E, por fim, o cautelar que contém a um só tempo funções de conhecimento e execução, tendo por fim preservar o resultado útil de um ou de outro processo.

No entanto, como seria de se esperar, um processo civil assim estruturado tinha pequena carga de efetividade. Ademais, “a insensibilidade ínsita à neutralidade do procedimento ordinário não só acarretou a ausência de tutela adequada aos ‘novos direitos’, como o abandono do manejo da técnica de procedimentos diferenciados”⁸⁶.

Em suma, em sua concepção originária, o processo de conhecimento privilegiava em demasia a segurança jurídica em detrimento da celeridade e da efetividade do processo, o que ocasionou grande descrédito do Poder Judiciário.

4.2 O Uso Distorcido da Tutela Cautelar⁸⁷

Como visto, o processo de conhecimento do CPC de 1973 “nasceu sem permitir a incoação de liminares em seu *iter* procedimental e sem admitir atividade

verossimilhança, por implicar no diferimento do contraditório, não era capaz de desencadear um processo de execução, apto a promover alterações no mundo fenomênico. **MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela**, p. 85.

⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 83.

⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil, Volume 1**, p. 148.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 27.

⁸⁷ Ensina OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA que é necessário diferenciar tutela cautelar de processo cautelar. Este é o instrumento e não a substância nele contida, ou seja, é o veículo previsto pelo legislador destinado a realizar esta forma de proteção jurisdicional cuja demanda é cautelar, assegurativa. Como aduz, debaixo do signo processo cautelar em nosso CPC, não há somente tutela cautelar, mas, também, outras formas de tutelas sumárias urgentes que dele se utilizam. **SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de Processo Civil. Processo Cautelar (tutela de urgência). Vol. 3.** 3ª ed. SP: RT, 2000, p. 15 e 16.

material, de execução, até que surgiram as inovações dos artigos 273 e 461”⁸⁸.

Neste cenário, o modo encontrado para “desordinarizar o emperrado procedimento ordinário ficou reduzido ao processo cautelar, como alternativa de sumarização das demandas satisfativas que reclamavam tratamento urgente incompatível com a ordinariedade”⁸⁹.

Tal ‘desordinarização’ levou, no entanto, à utilização distorcida do processo cautelar que de assegurativa do bem de vida tutelado se transformou em tutela satisfativa⁹⁰. A tutela cautelar transformou-se em remédio contra a morosidade do procedimento ordinário, em virtude das novas exigências de uma sociedade que torna inaceitável a ineficiência jurisdicional imposta pelo rito ordinário⁹¹. Sob o rótulo de ação cautelar surgiu, então, uma tutela sumária que satisfazia o direito pleiteado, com base em verossimilhança e que, assim, não alcançava a definitividade⁹², própria da coisa julgada material⁹³.

Ressalte-se que a tutela que satisfaz com base em cognição sumária não pode ser classificada como cautelar, já que:

Ao anteciparem a eficácia do provimento final de acolhimento da demanda, em verdade realizam plenamente o direito posto em causa, ainda que sob forma provisória, ao passo que as medidas propriamente cautelares se limitam a assegurar a possibilidade de realização, para o caso de vir a sentença final a reconhecer a procedência da pretensão assegurada.⁹⁴

Tal fenômeno, denominado de ‘força expansiva da tutela cautelar’⁹⁵, significou “a utilização da via cautelar como instrumento destinado à satisfação antecipada da pretensão que só poderia ser veiculada através da ‘ação principal’”⁹⁶.

A utilização distorcida da cautelar significou, assim, um meio de efetiva proteção dos direitos, uma vez que o direito material é dependente, em nível de

⁸⁸ CUNHA, Alcides Munhoz. **Antecipação e Antecipações ...**, p. 5.

⁸⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil. Processo Cautelar (tutela de urgência). Vol. 3.** 3ª ed. SP: RT, 2000, p. 24.

⁹⁰ CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Op. cit.*, p. 88.

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**, p. 4.

⁹² Satisfatividade e definitividade não são sinônimas. A tutela satisfativa, de cognição sumária, exige o prosseguimento do contraditório, não só porque não pode haver coisa julgada material sem cognição exauriente como, também, porque o réu somente pode sofrer um prejuízo definitivo em razão de uma sentença fundada em coisa julgada material. MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 104.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**, p. 5.

⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 41.

⁹⁵ Expressão do jurista italiano Frederico Carpi citado em MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**, p. 41.

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**, p. 41.

efetividade, do direito processual⁹⁷. A tutela cautelar, desse modo, foi ocupar um espaço fundamental para a prestação da tutela jurisdicional efetiva, com base no poder geral de cautela⁹⁸, disposto no art. 798 do CPC, que, por muito tempo, foi o responsável pela prestação da tutela sumária satisfativa.

Esse uso não-cautelar da cautelar inominada consistiu na invocação do procedimento cautelar para atender aquilo que deveria ser tutelado pelo procedimento comum de conhecimento, se houvesse neste a possibilidade de antecipação de tutela⁹⁹.

Não há como pensar, todavia, que a prestação da tutela antecipada com a utilização da técnica cautelar constituiu um abuso, já que esta era imprescindível à efetiva proteção do direito material¹⁰⁰. A despeito disso, parte da jurisprudência e da doutrina não admitiam que o juiz concedesse medidas sumárias satisfativas, pois defendiam a tese de que seu fim era essencialmente o de garantir a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa¹⁰¹.

Diante dessa situação controvertida, o CPC foi alterado para nele introduzir-se a tutela antecipatória prevista nos art. 273, 461 e 461-A,

(...) não só pela razão de que a evolução da sociedade demonstrou que a demora do procedimento comum não era mais suportável, e que por esta razão era necessária uma tutela sumária satisfativa, mas especialmente pelo motivo de que a grande maioria dos doutrinadores e dos tribunais não admitiam que a tutela sumária satisfativa fosse prestada sob o manto protetor da "ação cautelar inominada."¹⁰²

4.3 O Tempo do Processo

⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 71.

⁹⁸ Ensina TEORI ZAVASCKI que o CPC reservou livro próprio para o "Processo Cautelar" e nele o legislador, além de disciplinar diversos procedimentos especiais, alguns, inclusive, sem natureza genuinamente cautelar, atribuiu ao juiz o que se convencionou denominar poder geral de cautela, ou seja, o poder de determinar as medidas provisórias que julgar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Ressalta o autor que a interpretação dessa norma sempre foi controvertida, especialmente no que respeita à questão de se saber se essas medidas eram só consistentes de garantias do processo, ou se, ao revés, poderiam comportar providências que representassem a própria antecipação do direito material afirmado pelo interessado. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**, 6ª ed. SP: Saraiva, 2008, p. 41.

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar. Curso de Processo Civil, Vol. 4**. SP: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 52.

¹⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 57.

¹⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 104.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 106.

Na doutrina de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a busca da verdade, na instrução processual, toma tempo. E este tempo, “além de sujeitar a riscos de deterioração o próprio resultado jurídico do processo, prolonga as angústias do conflito e o estado de insatisfação que o serviço jurisdicional visa a eliminar”. Portanto, o tempo é inimigo a ser combatido contra ele “o juiz deve estar em estado permanente de guerra entrincheirada”¹⁰³.

Em assim sendo, o magistrado para formar seu convencimento necessita de tempo. Mas, por outro lado, tem o dever de prestar a jurisdição com celeridade, sem se isenta da necessidade de ponderar razoavelmente os fatos para emissão de seu veredicto. Neste conflito, portanto, “O sistema exige que o juiz se conforme e pacifique sem haver chegado ao ponto ideal de assimilação da verdade”¹⁰⁴.

Considere ainda que o “tempo do processo prejudica o autor que tem razão, beneficiando na mesma proporção o réu que não a tem”¹⁰⁵. Mas esse mesmo tempo que por ora prejudica o autor, pode ser seu grande aliado. Basta corretamente distribuir o ônus do tempo do processo. E aqui reside a enorme importância da tutela antecipatória no direito processual civil, já que esta, talvez, seja o único instrumento processual existente realmente capaz de distribuir o tempo do processo de forma justa e equânime.

Em sua obra, LUIZ GUILHERME MARINONI demonstra que “o tempo do processo deve ser distribuído na medida da evidência do direito do autor e da fragilidade da defesa do réu”, o que denomina de distribuição isonômica do tempo do processo. Segundo o autor, a técnica antecipatória permite dois modos de implementação dessa idéia: no caso de abuso do direito de defesa e no caso de incontrovérsia, no curso do processo, de um dos pedidos cumulados ou de parte do pedido formulado¹⁰⁶.

No primeiro caso - abuso do direito de defesa -, o uso combinado do art. 333¹⁰⁷ e do art. 273, II, fornece ao magistrado um instrumento realmente efetivo para a solução da lide. Imagine, para ilustrar, a situação de uma compra de um fogão a prazo e não pago. O vendedor entra com ação requerendo a devolução da coisa,

¹⁰³ DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**, p. 273.

¹⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 274.

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**, p. 159.

¹⁰⁶ *Idem, ibidem*, p. 159.

¹⁰⁷ O art. 333 do CPC estabelece que, em relação ao fato constitutivo, o ônus da prova incumbe ao autor, e quanto ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo, o ônus é do réu, de modo que, facilmente, se percebe qual é a parte que precisa da instrução da causa ou, do tempo do processo.

demonstrando que a venda foi realizada e não paga. O comprador alega que não pagou em função de vício redibitório existente na coisa, ou seja, fato impeditivo. Todavia, embora seja do comprador o ônus da prova, o tempo corre a seu favor, pois ele se encontra com a posse do bem. O vendedor terá que aguardar o desenrolar do processo até que o réu demonstre ou não o vício alegado para então poder satisfazer o direito que já demonstrou ter. Perceba que se o tempo do processo corresse contra o réu, teria ele muito mais interesse em produzir as provas ou nem as alegaria, caso já soubesse de antemão que tal vício não existe.

Portanto, LUIZ GUILHERME MARINONI defende a idéia de que se o CPC determina que cabe ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, o mesmo critério deveria servir de base para a distribuição do tempo do processo, pois nessa hipótese é o réu, e não o autor, quem precisa da instrução da causa. Se os fatos constitutivos estão evidenciados, não há razão para o autor ter que arcar com o tempo que o réu utilizará para tentar demonstrar os fatos alegados na defesa. Perceba, por fim, que tal técnica de distribuição do tempo do processo está em estrita consonância com o princípio do direito ao devido processo legal, pois, deste modo, se protege o direito do autor sem violar o direito de defesa do réu. Aliás, o devido processo legal não é um direito exclusivo do réu. Também o autor que tem o seu direito evidenciado, faz, sem dúvida, *jus* a ele.¹⁰⁸

No segundo caso - parcela incontroversa da demanda -, a tutela antecipatória, prevista no art. 273, § 6º, do CPC, poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parte deles, mostrar-se incontroverso. Assim é, pois não há nenhuma “racionalidade em obrigar o autor a esperar o tempo necessário para o término do procedimento para somente então poder obter a tutela do direito que se tornou incontroverso, e que nesses termos era um direito evidente”. Aliás, nesse caso, por muito mais razão, pois nesse tipo de antecipação não há cognição sumária, mas tão-somente a distribuição do tempo do processo¹⁰⁹.

4.4 Risco Versus Certeza

Como visto, o processo ordinário foi concebido sob o dogma da certeza.

¹⁰⁸ *Idem, ibidem*, p. 160.

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**, p. 161.

Todavia, mesmo no procedimento ordinário nunca haverá, de fato, certeza absoluta nas decisões judiciais. Esclarece CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO que:

Em todos os campos do exercício do poder a exigência de certeza é somente uma ilusão, talvez uma generosa quimera. Aquilo que muitas vezes os juristas se acostumaram a interpretar como exigência de certeza para as decisões nunca passa de mera probabilidade, variando somente o grau da probabilidade exigida e, inversamente os limites toleráveis dos riscos. (...) Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. A probabilidade é menos que a certeza, porque, lá, os motivos divergentes não ficam afastados, mas somente suplantados, e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, em que na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar.¹¹⁰

Além disso, completa o autor, “a falibilidade é inerente a todo juízo histórico e é por isso que, no processo de conhecimento, a convicção que o juiz deve formar sobre a ocorrência dos fatos relevantes, sob pena de tê-los por não ocorridos, é apenas a sua própria medida psicológica da certeza”¹¹¹.

Na mesma linha, ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA assevera que “no plano fático, psicológico ou sociológico é impossível distinguir entre verdade e verossimilhança, ou seja, entre graus diferentes de certeza ou de probabilidade”¹¹².

Portanto, o risco¹¹³ é inerente ao processo moderno. A questão não é, pois, evitá-lo, e sim enfrentá-lo. E foi isso que fez o legislador quando introduziu a tutela antecipada no ordenamento jurídico pátrio, pois, sem dúvida alguma, esse instituto traz consigo certa dose de risco. “Mas era um risco que precisava ser corrido, em prol de um processo apto a gerar resultados mais adequados. Reputou-se ser maior o risco de injustiças derivadas de uma resposta jurisdicional intempestiva do que o risco de injustiças advindo da incorreta antecipação de tutela”¹¹⁴.

Portanto, diante das necessidades de efetividade, é preciso que o processo

¹¹⁰ DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**, p. 282 e 283.

¹¹¹ *Idem, ibidem*, p. 283 e 284.

¹¹² CUNHA, Alcides Munhoz. **Antecipação e Antecipações** ..., p. 7.

¹¹³ Exemplo dessa filosofia de assunção de riscos acontece no processo de execução fundado em título extrajudicial, para os quais há expressa autorização legislativa em executar independentemente de qualquer verificação da existência do crédito. DINAMARCO afirma que “Ao instituir títulos além da sentença condenatória civil ordinária, age o legislador por critério de probabilidade, sabendo que sempre algum risco haverá, mas entendendo também que vale a pena corrê-lo; vale a pena, porque as vantagens obtidas na grande maioria dos casos têm muito mais significado social que eventuais males sofridos em casos proporcionalmente reduzidos - quanto aos quais, de resto, fica aberta a via defensiva consistente nos embargos à execução por título extrajudicial. (...) Tal é a fórmula de equilíbrio entre as probabilidades aceitas e riscos assumidos, com a franca tendência a acentuar a preferência pelo social e abrandar o apego ao jurídico”. DINAMARCO. **Instrumentalidade do processo**, p. 303.

¹¹⁴ WAMBIER, L.R.; ALMEIDA, F.R.; TALAMINI, E. *Op. cit.*, p. 322.

incorpore técnicas capazes de abreviar o tempo de sua duração. Entre tais técnicas, a antecipatória é o melhor exemplo, pois “Através delas, simplifica-se a instrução e afrouxam-se as exigências de cognição (...); ou então elimina-se a exigência de uma prévia cognição, antes de promover-se a execução forçada”¹¹⁵. As atividades jurisdicionais de urgência, de um modo geral, se “apóiam nas incertezas representadas pelo *fumus boni iuris*, onde a razoável probabilidade ou mesmo a não exclusão dos fatos alegados basta para a concessão da medida jurisdicional”¹¹⁶.

Dessa forma, a cautela ou a antecipação pode ser concedida a autor que não seja titular de direito algum a preservar, pois o *fumus boni iuris* expressa apenas uma probabilidade que ao juiz compete medir em cada caso.

Nessa seara, ensina CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO que deve o magistrado preferir errar concedendo as cautelas, a errar negando-as, pois “em situação de riscos equilibrados, é preferível optar por soluções que não deixem o direito material sujeito a sacrifício”. Exemplo eloqüente são os alimentos provisionais, concedidos para a subsistência do alimentando diante da razoável chance de que entre as partes exista o vínculo alimentar. Resume o autor: “Nesses riscos assumidos, residem manifestações do pensamento do legislador e do processualista modernos, pela efetividade do processo. Essa é uma atitude instrumentalista de muito significado”¹¹⁷.

4.5 A Técnica de Cognição Sumária

O objetivo em abordar esse tema é situar o leitor de como se desenvolve a técnica da cognição sumária pela qual são expedidos os provimentos urgentes. Cognição, conforme conceito oferecido por KAZUO WATANABE,

(...) é um ato de inteligência que consiste em analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do julgamento do objeto litigioso do processo.¹¹⁸

¹¹⁵ DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**, p. 308.

¹¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 307.

¹¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 307.

¹¹⁸ CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Op. cit.*, p. 94 *apud* WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2ª edição, SP: Central de Publicações Jurídicas, 1999, p. 58 e 59.

O processo de cognição é estruturado nos planos horizontal e vertical. No primeiro, leva-se em conta a extensão em que as questões podem ser conhecidas pelo juiz dentro de um processo, ou seja, se indaga sobre qual matéria pode-se formar o objeto cognoscível. O segundo diz respeito à profundidade de análise das questões admitidas no primeiro plano, conforme se permita ou não, a plena produção de provas¹¹⁹. No plano horizontal, a cognição pode ser plena ou limitada (parcial); e no plano vertical pode ser exauriente ou sumária¹²⁰.

A cognição no plano horizontal deve ser compreendida a partir do direito material, pois, em algumas hipóteses, o julgador não atinge todo o conteúdo fático da lide. Mas apesar desta limitação é possível que o seu resultado seja revestido da coisa julgada material. Para tanto, é necessário que no plano vertical não haja qualquer limitação à análise do juiz. Tal ocorre, por exemplo, com os embargos do devedor opostos contra execução fundada em título judicial, na qual a cognição é parcial, mas exauriente, gerando a coisa julgada material¹²¹.

Registre-se, ainda, que a técnica da cognição parcial pode operar de dois modos: fixando o objeto litigioso (exemplo acima) ou determinando os limites da defesa, como é o caso da busca e apreensão do Decreto-lei 911/69¹²².

Busca-se, pois, com essa técnica, proferir sentença dotada de coisa julgada material em tempo inferior àquele que seria necessário para o exame exaustivo da situação *sub judice*, ainda que abrindo mão da certeza¹²³.

Na outra ponta da cognição no plano horizontal, temos a cognição plena, que ocorre quando todos os elementos do trinômio questões processuais, condições da ação e mérito forem submetidos à atividade cognitiva do juiz.

A cognição no sentido vertical (sumária ou exauriente) avalia, como já dito, em que nível de profundidade probatória pode-se formar o juízo¹²⁴. A tutela exauriente garante a realização plena do princípio do contraditório, já que não se permite a postecipação da busca da verdade.

A tutela baseada na cognição sumária limita a produção de provas,

¹¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 98.

¹²⁰ CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Op. cit.*, p. 99.

¹²¹ *Idem, ibidem*, p. 100.

¹²² Em tal procedimento de busca e apreensão, o réu, na contestação, só poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais. MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**, p. 16.

¹²³ CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Op. cit.*, p. 102.

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**, p. 151.

conduzindo aos chamados juízos de verossimilhança¹²⁵. Restringem-se “as oportunidades do juiz de aprofundar no exame das alegações, dos fatos constitutivos de direitos, defesas e exceções, permitindo-se, entretanto, a produção de provimentos antecipados para a regulação dos direitos primários em lide”¹²⁶.

LUIZ GUILHERME MARINONI assim sintetiza os objetivos das tutelas fundadas em cognição sumária: assegurar a viabilidade da realização de um direito (tutela cautelar); realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória do art. 273, I); realizar, em razão das peculiaridades de um direito e em vista da demora do procedimento ordinário, antecipadamente um direito (liminares de procedimentos especiais); e realizar, quando o direito do autor surge como evidente e a defesa é exercida de modo abusivo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória do art. 273, II)¹²⁷.

Por fim, importante destacar que a tutela sumária¹²⁸ não produz coisa julgada material. Na sentença cautelar ou antecipatória, o juiz limita-se a afirmar a probabilidade da existência do direito e a ocorrência da situação de perigo. Proposta a ação principal e aprofundada a cognição do juiz sobre o direito afirmado, a decisão sumária poderá ser revista, de modo que o juiz declare que o direito que supunha existir, não existe¹²⁹.

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**, p. 17.

¹²⁶ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz. *Op. cit.*, p. 298.

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 32 e 33.

¹²⁸ Não se deve confundir técnica de cognição sumária e processo sumário. Este é fundado em cognição exauriente e, portanto, está apto a produzir a coisa julgada material, caracterizando-se pela abreviação do *iter* procedimental. A cognição sumária, por seu turno, não permite o conhecimento aprofundado do objeto cognoscível, permitindo apenas um juízo de probabilidade. Determinadas situações de direito substancial, de menor complexidade, adaptam-se a um procedimento mais abreviado e, portanto, devem ser tratadas através de um procedimento “formalmente” sumário. Outras situações, caracterizadas pela urgência, exigem a estruturação de tutelas de cognição sumária, que podem até mesmo ser procedimentos de cognição sumária. MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 145.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**, p. 17.

5 CLASSIFICAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

5.1 Introdução

Cumpre-nos, agora, determinar em qual gênero se enquadram as tutelas antecipatórias previstas no art. 273 do CPC. Isso porque a classificação das tutelas antecipatórias e cautelares sob o elemento da urgência é questão controversa na doutrina. Sendo assim, vamos analisar o posicionamento de alguns autores, antes de fixarmos a classificação por nós adotada.

5.2 Classificação de Teori Albino Zavascki

O dito autor classifica a tutela jurisdicional em definitiva – realizada mediante cognição plena e exauriente; e provisória – realizada em cognição sumária e relacionada aos provimentos exarados com base em verossimilhança¹³⁰. Para ele:

A tutela provisória abrange, de um modo geral, todas as situações de risco em que se verifique (a) risco ao direito pela sua não fruição imediata, (b) risco à execução pelo comprometimento de suas bases materiais, ou ainda, (c) risco à regular prestação da tutela jurisdicional pela indevida oposição de embargos - que se deve compreender a situação de urgência a que nos referimos e que dá suporte à tutela provisória.¹³¹

A tutela provisória concebida por TEORI ALBINO ZAVASCKI consiste, portanto, na outorga de providências antecipadoras do gozo do direito pleiteado e providências de garantia para a futura execução. Em resumo, as tutelas provisórias, na doutrina do autor, possuem as seguintes características: estão necessariamente referenciadas a um pedido de tutela definitiva a ser prestada no mesmo processo (tutela antecipatória) ou na ação principal (tutela cautelar); têm como pressuposto uma situação de urgência, na qual a concessão da tutela acaba sendo incompatível com a demora exigida para o atendimento completo das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa; podem ser formadas à base de cognição sumária; têm eficácia limitada no tempo, não perdurando por prazo maior que o do atingimento de sua finalidade ou o da duração do processo no qual é buscada a

¹³⁰ *Idem, ibidem*, p. 23 a 28.

¹³¹ *Idem, ibidem*, p. 31.

tutela definitiva correspondente; são precárias, ou seja, podem ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo, desde que haja mudança no estado de fato e acarrete o desaparecimento, o surgimento ou a modificação da situação de urgência que lhe serviu de pressuposto¹³².

Em suma, o doutrinador utiliza a denominação “tutela provisória” para denominar o que a maior parte da doutrina chama de “tutela de urgência” ou “tutela sumária”. Para ele, tais medidas, por força da situação de perigo, destinam-se a assegurar ou satisfazer o direito sob cognição sumária, classificando-as em duas espécies: as medidas cautelares e as medidas antecipatórias¹³³.

5.3 Classificação de Cândido Rangel Dinamarco

Dispõe CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO que:

A técnica processual idealizou certas medidas de urgência, caracterizadoras da tutela jurisdicional antecipada e da chamada tutela cautelar. Trata-se de técnicas teoricamente diferentes, endereçadas a situações diferentes, mas têm o comum objetivo de neutralizar os efeitos maléficos do decurso do tempo sobre os direitos.¹³⁴

Para o doutrinador, existe uma diferença conceitual entre as medidas que oferecem, desde logo, a fruição do bem ou situação pela qual litiga e as medidas destinadas a proteger o processo em sua eficácia ou na qualidade de seu produto final. Porém, apesar das diferenças teleológicas, para o dito autor, as tutelas antecipatórias e as medidas cautelares têm um elemento comum de agregação, que induz a integrá-las na categoria das tutelas de urgência¹³⁵.

Ressalta que as medidas cautelares e as antecipações de tutela regem-se por uma disciplina unitária, que apenas em pontos específicos se divide em regras particulares de suas espécies. Ensina o autor que quando houve a introdução da tutela antecipatória no sistema processual pátrio, o legislador delegou ao magistrado um verdadeiro poder geral de antecipação¹³⁶, similar ao poder geral de cautela

¹³² *Idem, ibidem*, p. 27 a 34.

¹³³ *Idem, ibidem*, p. 33.

¹³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil, Volume 1**, p. 161.

¹³⁵ *Idem, ibidem*, p. 161.

¹³⁶ ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA não concorda com a afirmação de haver um poder geral de antecipação. Para ele, as hipóteses de cognição sumária são necessariamente típicas, “tanto que o

estabelecido no art. 798, já que a norma referente à antecipação é disciplinada em apenas um artigo de lei (art. 273), que fixa apenas seus pressupostos genéricos: urgência e probabilidade¹³⁷.

Em suma, também esse autor, considera como espécie do gênero tutela de urgência, as tutelas cautelar e antecipatória.

5.4 Classificação de Ovídio Baptista da Silva

Para OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA há três espécies de tutelas urgentes: a tutela de urgência satisfativa autônoma, a tutela de urgência satisfativa interinal e a tutela de urgência propriamente cautelar¹³⁸.

A tutela de urgência satisfativa autônoma diz respeito a um provimento que decide provisoriamente uma lide sempre que o tempo inerente ao processo plenário puder causar dano irreparável ao direito de uma das partes. Os provimentos emanados nesta tutela se destinam a vigor até a decisão final de mérito que compõe a lide de forma definitiva¹³⁹.

Esta tutela, caracterizada pela urgência e sumariedade, é deferida no bojo de um processo também sumariamente formal, sem posterior cognição plena e exauriente, não formando, pois, coisa julgada material. Assim, é possível se configurar a emissão de um provimento satisfativo no bojo de um processo formalmente cautelar, “ainda que de cautelar, só tenha o rótulo”. Adverte o jurista, porém, que não se trata aqui de uma tutela cautelar satisfativa, já que a tutela genuinamente cautelar não pode ser satisfativa da pretensão de mérito¹⁴⁰.

Como exemplo desta medida, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA cita a situação de uma tutela cautelar a ser postulada pelo locador se o prédio carecer de reparos urgentes impostos por motivo de segurança, quando o inquilino se opõe à realização dessas obras. Para o autor, tal exemplo conduz inegavelmente a uma medida

ordenamento não pode prever um poder geral de antecipar sumariamente direitos, em situações inesperadas, sem que pelo menos imponha limites à discricionariedade judicial quanto à produção de efeitos do provimento antecipado, porque a definição de direitos exige condições objetivas para a sua presunção”. CUNHA, Alcides Munhoz. **Comentários ao CPC. Vol. 11. Do Processo Cautelar**: SP: RT, 2001, p. 288.

¹³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil, Volume 1**, p. 164.

¹³⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil. Processo Cautelar (tutela de urgência). Vol. 3**. 3ª ed. SP: RT, 2000, p. 16.

¹³⁹ *Idem, ibidem*, p. 86-91

¹⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 86-91

satisfativa e definitiva, sob o ponto de vista fático. As obras de reparação obtida pelo autor da ação “cautelar” não poderão ser desfeitas, no caso de uma sentença posterior declarar que o inquilino não estava obrigado a tolerar as obras de reparação, mesmo porque tal declaração seria inócua ou apenas serviria de fundamento apenas para uma eventual pretensão indenizatória. Neste caso, a autonomia da tutela cautelar dispensa o autor de controverter em processo satisfativo principal a respeito do direito assegurado, porém não o proíbe de fazê-lo¹⁴¹. Isto, porém, não impede que o réu da ação cautelar demande, como autor, em ação satisfativa, a cassação dos efeitos da medida cautelar¹⁴².

A segunda espécie apontada consiste na tutela de urgência satisfativa interinal, formada pelas medidas antecipatórias interinais. Difere da anterior, chamada por ele de medidas falsamente cautelares, pelo fato de não possuírem autonomia processual. São alguns exemplos desta espécie as liminares possessórias, as liminares em mandados de segurança, as liminares concedidas na ação de alimentos e as antecipações de tutela dos arts. 273 e 461 do CPC¹⁴³.

Para compreensão da antecipação interinal, o autor se baseia no conceito de satisfação que se constitui no atingimento da pretensão de direito material. Quando a referida satisfação é concedida ao autor sob a forma de uma decisão interlocutória no bojo de um processo plenário, autônomo e não cautelar, estamos diante de um provimento de urgência satisfativo interinal. Como ressalta, tal provimento, exatamente porque antecipa efeitos executivos e mandamentais da sentença de mérito, constitui provimento satisfativo¹⁴⁴.

Como exemplo desta espécie, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA ensina que, sob a proteção da medida liminar de reintegração de posse, o autor desfrutará da posse do bem de que se afirma privado em virtude do esbulho, do mesmo modo como o faria se essa reintegração lhe fosse concedida pela sentença definitiva. A distinção entre as duas situações reside exclusivamente na provisoriedade da posse concedida pelo provimento liminar, sujeita a ser cassada pela sentença final¹⁴⁵.

O que acontece com a referida liminar possessória é completamente diferente do que aconteceria com o seqüestro do objeto nesse mesmo litígio possessório que

¹⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 87.

¹⁴² *Idem, ibidem*, p. 91.

¹⁴³ *Idem, ibidem*, p. 97.

¹⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 97.

¹⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 99.

o juiz viesse a decretar, sob fundamento de que o litigante, a quem fora confiada a posse durante a lide, lhe estava a causar graves danos. Enquanto a liminar antecipa as eficácias da sentença de procedência da ação possessória, o seqüestro é expressão de outra lide com pressupostos diversos e inconfundíveis com a pretensão que forma o conflito possessório. Saliente-se ainda que enquanto a liminar possessória realiza a pretensão articulada pelo autor, o seqüestro deixa ambas as partes “insatisfeitas”, pois, ao privar o demandado da posse de que ele desfrutara até então, nem por isso a transfere ao autor. Ambos ficam privados da posse, que vai diretamente ao depositário judicial. Não há, no seqüestro, portanto, satisfação de qualquer pretensão, a não ser da pretensão à segurança, enquanto pretensão à incolumidade da coisa litigiosa¹⁴⁶.

Quanto à tutela cautelar, diz o autor que:

(...) o que individualiza e particularmente define a tutela cautelar, como forma de tutela preventiva, é ser ela uma espécie de proteção jurisdicional não satisfativa do direito, cuja existência se alega e para cuja proteção se dispõe da medida cautelar. Daí dizer-se que a proteção cautelar apenas assegura, sem satisfazer, o provável direito da parte.¹⁴⁷

5.5 Classificação de Luiz Guilherme Marinoni

Diferentemente dos autores acima relacionados, LUIZ GUILHERME MARINONI afirma que “não é correto pensar que a urgência é a nota caracterizadora da tutela antecipatória, ou melhor, que a tutela de urgência é o gênero do qual constituem espécies a tutela antecipatória e a tutela cautelar”¹⁴⁸.

Afirma o autor:

A tutela de urgência é gênero, do qual são espécies a tutela antecipatória em face do *periculum in mora* e a tutela cautelar. A tutela antecipatória em face do *periculum in mora* abre-se em tutela antecipatória *strictu sensu* e tutela antecipatória interinal.¹⁴⁹

Segundo o doutrinador paranaense, apesar do *caput* do art. 273 referir-se às tutelas antecipatórias com base em fundado receio de dano e em abuso de direito

¹⁴⁶ *Idem, Ibidem*, p. 100 e 101.

¹⁴⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. **Teoria Geral do Processo Civil, Volume 1**. Letras Jurídicas Editora Ltda., p. 326

¹⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 45.

¹⁴⁹ *Idem, Ibidem*, p. 128 e 129.

de defesa, não é possível pensar em um gênero capaz de englobar estas duas espécies de tutelas¹⁵⁰, pois, “a urgência, como é óbvio, nada tem a ver com a tutela antecipatória fundada no inciso II do art. 273, e, desta maneira, tem ligação direta apenas com um dos incisos do seu *caput*”¹⁵¹.

Portanto, o autor refuta a urgência como elemento aglutinador das espécies cautelar e antecipatória. A urgência teria apenas o condão de abarcar as tutelas cautelar e antecipatória do inc. I do art. 273. As tutelas antecipadas do inc. II e § 6º do citado artigo não podem ser, para ele, corretamente classificadas nesse gênero.

5.6 Classificação de Alcides Alberto Munhoz da Cunha

O referido doutrinador classifica as tutelas de urgência em três espécies: a tutela cautelar *strictu sensu*, a tutela cautelar-satisfativa e a tutela antecipatória-satisfativa.

A primeira refere-se a uma tutela temporária, já que não define direitos subjetivos. “Seus pressupostos genéricos correspondem ao *fumus boni iuris* e ao *periculum damnum irreparabile*, que caracterizam a sua natureza residual, em perfeita sintonia com a característica da atipicidade, inerente a um poder geral de cautela”¹⁵². Tais situações, denominadas por ele de situações de urgência urgentíssima, forjam a lide cautelar que, apesar de envolver os mesmos interesses que podem ensejar a tutela cognitiva, pressupõe uma causa de pedir peculiar, fundado em um fato perigoso¹⁵³. Segundo ele:

O fim da tutela cautelar não é o de eliminar um estado de incerteza quanto à existência ou não de um direito subjetivo a legitimar o interesse de um sujeito sobre esse ou aquele bem, sobre essa ou aquela utilidade, mas o fim de, mantendo o estado de incerteza sobre os direitos subjetivos ou primários, preservar (e mesmo antecipar) a realização dos interesses, desde que plausíveis juridicamente para evitar a deterioração ou degradação desses interesses em face de uma situação grave de perigo que já se

¹⁵⁰ NELSON NERY JR., no mesmo sentido, afirma que: “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. JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 9ª ed. SP: Editora RT, 2006, p. 454.

¹⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 45.

¹⁵² CUNHA, Alcides Alberto Munhoz. *Op. cit.*, p. 290.

¹⁵³ *Idem, Ibidem*, p. 293.

prelucida iminente ou que prelucida tornar ainda mais gravosa uma situação em torno dos interesses apenas plausíveis.¹⁵⁴

No que toca à segunda espécie – cautelar-satisfativa -, o prof. ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA leciona que elas estão previstas no inc. I do art. 273 e no § 3º do art. 461. Segundo ele, estão aí previstos todos os pressupostos das medidas cautelares, vez que fundadas no *fumus boni iuris* e no *periculum damnum irreparabile*, elementos que evidenciam a lide cautelar. Ressalva que podem, agora, ser cumuladas no mesmo processo ou se utilizarem das medidas do Livro III¹⁵⁵, tudo dependendo do interesse a ser aferido no caso concreto. Portanto, para o autor, “a resposta à lide cautelar comporta tanto medidas conservativas como antecipatórias”¹⁵⁶. Completa:

Suprimir a possibilidade de medida antecipatória do âmbito da cautelaridade significa mutilar o direito processual, porque mutila a tutela residual, que, perdendo a característica da fungibilidade, perde a potencial aptidão para conceder a medida adequada, no momento adequado e para responder com efetividade nos casos concretos às insuficiências das tutelas normativas e jurisdicionais. Ademais, se o juiz pode conceder o mais (satisfação), pode conceder o menos (mera conservação).¹⁵⁷

A terceira espécie - tutela antecipatória-satisfativa – está prevista no inc. II do art. 273. Defende o autor que tal norma “comporta várias modalidades de antecipação, menos a cautelar, porque tem como pressupostos situações diversas daquelas que autorizam a produção de medidas cautelares”. Como tal dispositivo contempla provimentos sumários e interinais, fundados no abuso de defesa ou no propósito manifestamente protelatório, “revela que se trata de pressuposto que nada tem a ver com eventual antecipação cautelar, pois se trata de uma antecipação para fins de repressão a delongas eventualmente desnecessárias”¹⁵⁸.

Em suma, em sua doutrina, a tutela cautelar é um gênero que comporta provimentos satisfativos e antecipatórios¹⁵⁹. Em relação às tutelas previstas nos arts. 273 e 461, esclarece o autor:

¹⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 294.

¹⁵⁵ Para o autor, se a medida deve ser instaurada de modo incidental, segundo as técnicas do Livro III ou segundo a técnica do art. 273, I, isso é de menos importância em face da possibilidade sempre presente da fungibilidade e adequação, até mesmo *ex officio*, de técnicas para operar a tutela de urgência urgentíssima, sob pena de negar jurisdição ao caso concreto. *Idem, ibidem*, p. 303.

¹⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 294.

¹⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 294.

¹⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 294.

¹⁵⁹ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz. *Op. cit.*, p. 319.

O legislador realizou aí uma comistão, porque disciplinou no inciso I do art. 273 e no § 3º do art. 461 modalidades de antecipação cautelar, em face do *periculum damnum irreparabile*, em tudo similares às antecipações cautelares que já se imiscuíam no Livro III, enquanto no inciso II do artigo 273 idealizou outras modalidades de antecipação, que, essas sim, não apresentam natureza cautelar, podendo ser qualificadas como espécies de tutelas sumárias ou tutelas de cognição sumária do único direito em lide.¹⁶⁰

5.7 Minha Classificação

“Urgência”, para nós, quer significar a existência de uma situação de risco ou de embaraço à efetividade da jurisdição. Deste modo, tanto o risco de dano ao direito, quanto o risco de ineficácia da execução, assim como os obstáculos que o réu maliciosamente põe ao andamento normal do processo, configuram situação urgente a ensejar uma tutela sumária. Em idêntico contexto se situa a hipótese em que uma parte do direito postulado seja claramente evidente. Em tais ocasiões, ou se promove desde logo medida para assegurar a futura execução ou antecipar a tutela requerida, ou se terá frustrado o direito que eventualmente vier a ser reconhecido¹⁶¹. Em suma, entendemos que urgente não é só a situação apta a gerar um dano irreparável. A urgência está presente em qualquer situação fática de risco ou de embaraço à efetividade da jurisdição¹⁶².

Por conseguinte, consideraremos, neste trabalho monográfico, como espécies do gênero tutela de urgência, tanto as três espécies de tutelas antecipatórias do art 273, quanto a tutela cautelar disciplinada no livro III do CPC.

Por fim, seguindo a maioria dos autores destacados nesse tópico e como será melhor abordado à frente, considero que a tutela cautelar tem natureza essencialmente conservativa, enquanto as tutelas antecipatórias têm a função de satisfazer o direito em lide.

¹⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 319.

¹⁶¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**, p. 28.

¹⁶² *Idem, ibidem*, p. 29.

6 A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

6.1 Introdução

Como visto, as pressões sociais por uma tutela jurisdicional efetiva levaram os operadores do direito a utilizarem indiscriminadamente da tutela cautelar como via alternativa de solução de controvérsias, apoiados no poder geral de cautela disposto no art. 798 do CPC.

Tal poder, entretanto, deveria representar mecanismo excepcional de segurança voltado à proteção do direito material nos casos em que não houvesse previsão cautelar específica. Apesar disso, pela via cautelar adotava-se a solução satisfativa e de natureza irreversível para o conflito, sem as garantias do devido processo legal, especialmente o contraditório e a ampla defesa¹⁶³.

Como aduz LUIZ GUILHERME MARINONI, a necessidade de tutela antecipatória, evidenciada pelo uso distorcido da técnica cautelar, levou o legislador a inserir as regras dos atuais arts. 273 e 461 do CPC, que permitem o requerimento de antecipação em caso de *periculum in mora*. Tal alteração foi necessária, segundo o autor, em razão das novas situações de direito material e porque os tribunais não aceitavam a prestação da tutela satisfativa com base na técnica cautelar¹⁶⁴.

A introdução desta tutela é decorrente, pois, da preocupação dos processualistas com a efetividade do processo, bem como, guarda íntima relação com a necessidade de criação de técnicas diferenciadas de tutela jurisdicional, ou seja, uma prestação jurisdicional adequada à realidade do direito material¹⁶⁵.

Nesse contexto, a tutela antecipada foi introduzida de forma genérica no CPC pela Lei nº 8.952/94, o qual alterou a redação do art. 273. Este passou a abrigar o instituto em tela, transferindo sua antiga redação para o parágrafo único do art. 272.

Tal disposição conferiu ao juiz poder para, diante de prova inequívoca das alegações do autor, antecipar total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto

¹⁶³ RUANOBA, Sebastian Waterberg. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência (Antecipatória e Cautelar) no Processo Civil Brasileiro**. Extraído do site: <http://www.abdpc.com.br> em 15/03/2009, p. 15.

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar. Curso de Processo Civil, Vol. 4**, p. 60.

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**, p. 30

propósito protelatório do réu¹⁶⁶.

Contudo, o fenômeno da antecipação de tutela não representa propriamente novidade no Direito brasileiro. A expressiva novidade está no disposto no art. 273 que, em princípio, estende a possibilidade de se anteciparem os efeitos do provimento jurisdicional final a todo tipo de processo ou procedimento¹⁶⁷.

Antes da introdução da tutela antecipatória já havia, por exemplo, as ações possessórias em que se antecipavam à parte, demonstrada a verossimilhança das alegações, os efeitos da sentença, prescindindo-se da prova de *periculum in mora*. Existiam, também, medidas que, embora tivessem como pressuposto o *periculum in mora*, adiantavam a própria tutela, tais como as liminares no mandado de segurança e na ação civil pública¹⁶⁸.

A previsão genérica da antecipação de tutela, conseqüentemente, foi extremamente importante, pois ela permite que se dê tratamento diferenciado a todo e qualquer direito evidente ou que corra risco de lesão¹⁶⁹. Se o direito é evidente, a defesa é exercida de modo abusivo. E se há risco de lesão e o direito do autor for provável, a antecipação evitará o dano irreparável ou de difícil reparação¹⁷⁰.

Em suma, o art. 273 além de corrigir o uso equivocado da técnica cautelar, teve o grande mérito de tornar inquestionável a viabilidade de se requerer tutela antecipatória em toda e qualquer situação conflitiva concreta¹⁷¹.

6.2 Conceito de Tutela Antecipada

Na lição de LUIZ GUILHERME MARINONI, “A tutela antecipatória constitui execução fundada em cognição sumária”, que ocorre no *iter* de um processo de conhecimento e tem por fim “garantir a utilidade do processo”¹⁷².

Segundo SIDNEI AMENDOEIRA JR., tutela antecipada é uma tutela provisória, obtida através de cognição sumária e que gerará ao autor conseqüências

¹⁶⁶ RUANOBA, Sebastian Waternberg. *Op. cit.*, p. 4.

¹⁶⁷ WAMBIER, L.R.; ALMEIDA, F.R.; TALAMINI, E. *Op. cit.*, p. 324.

¹⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 324.

¹⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**, p. 41.

¹⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 42.

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar. Curso de Processo Civil, Vol. 4**, p. 61.

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**, p. 51.

muito similares às que teria se viesse a obter, ao final, a procedência da demanda. Há, pois, uma satisfação antecipada ao autor, invertendo o ônus do tempo do processo que passa a ser do réu frente a quem a medida foi concedida. Trata-se, assim, de tutela temporariamente satisfativa, uma vez que se constitui em adiantamento da própria tutela ao final pretendida¹⁷³.

Para ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, antecipação de tutela quer designar a técnica de acelerar tanto a formação do provimento, como a produção de seus efeitos, em comparação ao tempo e às condições para formar provimento e produzir efeitos no procedimento padrão da cognição exauriente¹⁷⁴. A expressão antecipação sugere uma operação que consiste em realizar algo antes do tempo. Parte-se, pois, do pressuposto de que existe um tempo padrão¹⁷⁵ que pode ser acelerado¹⁷⁶.

6.3 A Natureza Jurídica da Decisão que Concede a Antecipação

A natureza jurídica do ato jurisdicional que antecipa ou denega a antecipação de tutela é a de decisão interlocutória. Reclama, pois, agravo de instrumento como meio de impugnação, inexistindo qualquer interesse recursal para a interposição de agravo retido, em função da natureza emergencial que norteia tal instituto¹⁷⁷.

Como veremos no capítulo seguinte, é também possível ao juiz antecipar a tutela no bojo da própria sentença, desde que presentes seus requisitos e haja pedido do autor.

De qualquer forma, concedida a antecipação e interposto o agravo de instrumento, conforme art. 524, este será dirigido ao Tribunal, podendo o relator, a requerimento do agravante e desde que seja relevante a alegação, suspender o cumprimento da decisão agravada, nos casos em que se possa resultar lesão grave e de difícil reparação (art. 558). Fica consagrado, desse modo, mecanismo célere para controle até o pronunciamento definitivo da turma, das decisões concessivas de tutela antecipatória, de cuja execução possa decorrer situação fática prejudicial e

¹⁷³ AMENDOEIRA JR, Sidnei. *Op. cit.*, p. 159.

¹⁷⁴ CUNHA, Alcides Munhoz. **Antecipação e Antecipações** ..., p. 22.

¹⁷⁵ O tempo padrão é aferido idealmente com base na estrutura do Processo de Conhecimento ordinizado, sob o influxo da cognição exauriente, que expressa a segurança jurídica em grau máximo. CUNHA, Alcides Munhoz. **Antecipação e Antecipações** ..., p. 5.

¹⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 4.

¹⁷⁷ RUANOBA, Sebastian Waterberg. *Op. cit.*, p. 18.

de reparabilidade incerta ¹⁷⁸.

Há casos, porém, em que o risco de dano pode resultar do indeferimento da antecipação pelo juízo de primeiro grau. Em tais hipóteses, verificado o risco de dano e sendo relevantes as alegações do agravante, deverá o relator antecipar a própria medida requerida, o que se comporta no poder que hoje tem de antecipar a pretensão recursal (CPC, art. 527, III) ¹⁷⁹.

Em síntese, é possível concluir que o relator do agravo poderá, sendo relevantes os fundamentos e havendo perigo de dano, determinar as providências consistentes na antecipação do futuro e provável juízo de provimento do recurso, para o efeito de suspender o cumprimento do ato agravado, ou, sendo ele indeferitório, para adiantar a tutela por ele negada ¹⁸⁰.

6.4 A Antecipação na Sentença

No caso da antecipação da tutela ser concedida no bojo da própria sentença que julgar a lide em 1º grau, uma análise literal do inc. VII do art. 520¹⁸¹ poderia nos levar a pensar que o recurso de apelação suspenderia a execução também da decisão antecipatória, uma vez que a sentença não confirmou a antecipação da tutela, mas, sim, a concedeu. Mas, obviamente, o recurso de apelação, neste caso, não deve suspender a “execução” da tutela antecipatória¹⁸².

Para ilustrar a situação, imagine a concessão de uma antecipação solicitada na petição inicial, mas negada porque o direito não foi demonstrado como provável. Se mais tarde o direito restar evidenciado e ainda persistir o perigo, não há razão para não se deferir a tutela, embora o inc. VII do art. 520 aluda somente à sentença que confirmar a antecipação da tutela. Na realidade, o correto seria que tal artigo previsse que a sentença pudesse ser executada na pendência da apelação quando conceder a tutela, não importando se esta foi ou não concedida antecipadamente¹⁸³.

Mas se a sentença não pode produzir efeitos na pendência da apelação,

¹⁷⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**, p. 124.

¹⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 124.

¹⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 126.

¹⁸¹ O inciso VII, art. 520, fala em sentença que “confirmar a antecipação dos efeitos da tutela” e, portanto, pressupõe uma tutela antecipadamente concedida.

¹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 161.

¹⁸³ *Idem, ibidem*, p. 161.

mesmo se presentes os fundamentos que justificam a tutela antecipatória, a saída é se admitir a concessão da tutela por meio de decisão interlocutória, uma vez que o recurso contra ela será recebido apenas no efeito devolutivo. Em outros termos:

Na mesma folha de papel, e no mesmo momento, o juiz pode proferir a decisão interlocutória, concedendo a tutela, e a sentença, que então confirmará a tutela já concedida e não poderá ser atacada através de recurso de apelação que deva ser recebido no efeito suspensivo (nesta situação, então, aplicar-se-ia o art. 520, VII).¹⁸⁴

No caso em análise, há, materialmente, num mesmo instrumento, uma decisão interlocutória e uma sentença, a primeira atacável por meio de agravo (que deve ser recebido no efeito devolutivo) e a outra por meio de apelação (que deve ser recebida no efeito apenas devolutivo por ter confirmado a tutela antecipatória)¹⁸⁵.

Se não fosse assim, o recurso de apelação interposto atingiria toda a sentença, suspendendo, também, os efeitos da antecipação da tutela¹⁸⁶.

Essa é uma questão muito importante, pois aquele que precisa de uma prestação jurisdicional imediata, necessita de uma antecipação de tutela que produza efeitos imediatamente¹⁸⁷.

Em posição divergente, TEORI ALBINO ZAVASCKI ensina que o deferimento ou indeferimento da antecipação não constituem empecilho para que o juiz profira, desde logo, a sentença definitiva. Para este autor, tal decisão é de natureza interlocutória, o que significa que mesmo prolatada junto com a sentença, a decisão sobre a antecipação poderia ter sido proferida em separado, noutro momento. Como a providência antecipatória tem pressupostos e requisitos típicos, ela exerce uma finalidade própria, relacionada com a prevenção do risco de dano irreparável ou com a repressão de atos protelatórios ou de demora injustificada, inconfundível em relação à da tutela decorrente da sentença que julga a causa¹⁸⁸.

Sendo assim, “concedida a antecipação da tutela no bojo da própria sentença, cabe à parte interessada, uma vez que existem duas ordens de decisão no mesmo ato, apelar da sentença e agravar da decisão interlocutória que concede a antecipação da tutela”¹⁸⁹.

¹⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 162.

¹⁸⁵ *Idem, ibidem*, p. 162.

¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A tutela antecipatória na reforma do CPC**, p. 61

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 163.

¹⁸⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 128.

¹⁸⁹ AMENDOEIRA JR, Sidnei. *Op. cit.*, p. 175.

Defendendo uma terceira posição, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE alega que a antecipação da tutela retira o efeito suspensivo do próprio recurso de apelação a ser interposto, tornando o julgamento imediatamente eficaz, de modo que não haveria necessidade de decisão interlocutória em apartado e nem de dois recursos em separado¹⁹⁰.

Essa nos parece a melhor posição. Defendemos, pois, a idéia de que interposta a apelação da sentença que extingue o processo, na qual foi concedida também a tutela antecipada, esta é recebida meramente no efeito devolutivo, quanto à parte que decidiu sobre a tutela antecipada, e no duplo efeito, quanto às demais matérias. Ademais, a possibilidade de cisão dos efeitos da apelação, seja nas ações conexas, seja agora na tutela antecipatória, já “é matéria assentada na doutrina e jurisprudência”¹⁹¹.

6.5 O Procedimento

Não é necessário, para fins de solicitação da tutela antecipatória, inaugurar nova relação processual. Embora se trate de um incidente processual relevante, já que dele pode originar provimento com eficácia executiva semelhante à da sentença definitiva, a lei não previu que fosse o pedido autuado em separado¹⁹².

Assim, o requerimento é formulado na própria ação, podendo ser feito na petição inicial ou no curso do próprio processo, onde é requerida a tutela definitiva cujos efeitos se quer ver antecipados¹⁹³.

Se feito no curso do processo, deverá ser deduzido em petição escrita ao juiz da causa. Em audiência poderá a parte, se for o caso, formular o pedido oralmente, que será tomado a termo. Perante os tribunais, será dirigido ao relator¹⁹⁴.

Em qualquer caso, cabe ao interessado explicar as razões de sua pretensão, com indicação precisa da situação de perigo de dano (inc. I do art. 273) ou do comportamento abusivo ou protelatório do réu (inc. II do art. 273), ou, ainda, do

¹⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 175.

¹⁹¹ JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 457.

¹⁹² *Idem, ibidem*, p. 118.

¹⁹³ *Idem, ibidem*, p. 117.

¹⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 118.

pedido incontroverso (§ 6º), bem assim dos efeitos que se quer ver antecipados¹⁹⁵.

Importante observar também que, regra geral, antes de decidir o pedido, deve o juiz colher a manifestação da parte requerida, providência exigida pelo princípio do contraditório. Portanto, em princípio, a antecipação da tutela não deve ser concedida *inaudita altera pars*¹⁹⁶.

Ressalte-se, no entanto, que a oitiva do demandado poderá ser dispensada quando outro valor jurídico, de mesma estatura constitucional que o direito ao contraditório, puder ficar comprometido com a ouvida do adversário. Se a demora decorrente da bilateralidade da audiência for incompatível com a urgência da medida pleiteada, ou se a cientificação do requerido acarretar, por si só, risco de dano ao direito, é evidente a dispensa da providência estará justificada, em nome da garantia da efetividade da jurisdição¹⁹⁷.

Destaque-se, por fim, que a concessão da antecipação não é uma faculdade do magistrado. Presente os pressupostos do art. 273, tem o juiz o dever de deferir o pedido, assim como, em caso contrário, deverá negar a antecipação. TEORI ALBINO ZAVASCKI destaca que o que está em jogo, em incidentes desta natureza, são direitos constitucionais fundamentais, cuja garantia não pode ser objeto de disposição arbitrária de quem quer que seja, principalmente do juiz, cuja missão é a de zelar pela efetividade dos direitos¹⁹⁸.

6.6 Espécies de Tutela Antecipada

Existem, basicamente, três espécies de tutela antecipatória no ordenamento jurídico pátrio, tornando-se possível requerê-la quando houver: fundado receio de dano (art. 273, I, 461, §3º e 461-A, do CPC, e 84, §3º, do CDC); abuso do direito de defesa (art. 273, II); e parcela incontroversa da demanda (art. 273, §6º, do CPC)¹⁹⁹.

De acordo com essa classificação, temos as seguintes tutelas antecipatórias: antecipação assecuratória²⁰⁰, antecipação punitiva²⁰¹ e antecipação

¹⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 118.

¹⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 118.

¹⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 118.

¹⁹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**, p. 122.

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**, p. 156.

²⁰⁰ Com fundamento no inc. I, do art. 273, adianta-se provisoriamente a tutela pretendida pelo autor como

em caso de incontrovérsia parcial da demanda.

Contudo, há divergências doutrinárias quanto ao fato de ser a tutela da parcela incontroversa da demanda uma medida antecipatória. Alguns autores entendem que tal antecipação não tem natureza antecipatória, pois se trata de medida definitiva veiculada por um julgamento antecipado²⁰².

Para MARCOS DESTEFENNI, por exemplo, o nosso sistema processual prevê apenas duas espécies de tutela antecipada: a antecipação-sanção e a antecipação-remédio. Afirma que:

Na sistemática do art. 273 está presente a antecipação-remédio, cabível para preservar a parte de danos irreparáveis ou de difícil reparação (inc. I) e a antecipação-sanção, que constitui reação da ordem jurídica aos abusos de direito no processo praticados mediante expedientes protelatórios (inc. II). Num e noutro caso, está sempre manifesto o intuito acelerador. Acelera-se para evitar males concretos demonstrados ao juiz ou acelera-se para vencer as desacelerações provocadas pela parte adversa.²⁰³

De fato, importante linha de pensamento da doutrina nacional, defende a idéia de que o § 6º do art. 273 permite verdadeiro julgamento antecipado da parte incontroversa da demanda, dando ao julgador o poder de julgar antecipadamente parte da lide. Para esta corrente, a distinção entre essa antecipação e o julgamento antecipado da lide do art. 330 do CPC se dá apenas em termos de amplitude. O julgamento antecipado da lide pode ser total, baseado no art. 330; ou parcial, autorizado pelo § 6º do art. 273, no qual o magistrado pode julgar em definitivo um pedido ou uma parcela do pedido²⁰⁴.

Mas para outros autores, a disposição do §6º do art. 273 não perde a sua natureza de antecipação de tutela. Ensina NELSON NERY JR.:

Ainda que seja dada a antecipação no caso do CPC 273 § 6º (parte incontrovertida do pedido), essa decisão continua a ser de natureza antecipatória, isto é, provisória e revogável, não se confundindo com o julgamento antecipado da lide, cuja característica da definitividade basta por si só para distinguir ambos os institutos.²⁰⁵

meio de evitar que, no curso do processo, ocorra o perecimento ou a danificação do direito afirmado. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**, p. 77.

²⁰¹ O inc. II, do art. 273, visa a, em caso do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu, inverter o ônus do tempo do processo, penalizando o réu pelos obstáculos impostos à celeridade do processo. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**, p. 77.

²⁰² DESTEFENNI, Marcos. *Op. cit.*, p. 319.

²⁰³ *Idem, ibidem*, p. 318.

²⁰⁴ DESTEFENNI, Marcos. *Op. cit.*, p. 320.

²⁰⁵ JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 9ª ed. SP: Editora RT, 2006, p. 453.

No mesmo sentido, afirma TEORI ALBINO ZAVASCKI que tal disposição tem natureza de antecipação de tutela. Ressalta, no entanto, que para a tutela da parte incontroversa do pedido, talvez a melhor solução tivesse sido a cisão do julgamento, permitindo sentença parcial, mas definitiva de mérito, de modo que teria o juiz a possibilidade de outorgar a imediata, completa e definitiva tutela jurisdicional ²⁰⁶.

Defendemos, também, que tal disposição tem natureza de tutela antecipada, em virtude dos princípios da efetividade e da tempestividade do processo. Perceba que se se tratasse de julgamento antecipado da lide, uma eventual interposição de recurso de apelação, suspenderia a execução, fato que não ocorre quando a decisão é de concessão de tutela antecipada.

6.7 Abrangência

Na lição de NÉLSON NERY JR., em toda ação de conhecimento, seja a ação declaratória, constitutiva, condenatória ou mandamental, em tese, é admissível a antecipação da tutela. Além disso, para o autor, a providência tem cabimento, seja a ação de conhecimento processada pelo rito comum (ordinário ou sumário) ou especial, desde que verificados os pressupostos do art. 273 ²⁰⁷.

É, assim, possível a antecipação da tutela em toda espécie de processo de conhecimento. Mesmo no processo executivo é viável a antecipação de tutela, desde que preenchidos os requisitos (p. ex., para permitir o adiantamento de atos executivos na pendência dos embargos de executado, quando há perigo de danos graves para o exequente) ²⁰⁸.

Já no processo cautelar, “não cabe a tutela antecipada por falta de interesse processual, pois a liminar cautelar é antecipatória do mérito da própria providência cautelar pretendida pelo autor” ²⁰⁹.

Outro importante aspecto a considerar é que as tutelas interinais, com caráter satisfativo, previstas em procedimentos especiais não foram substituídas pelo art.

²⁰⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**, p. 113.

²⁰⁷ JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 455.

²⁰⁸ WAMBIER, L.R.; ALMEIDA, F.R.; TALAMINI, E. *Op. cit.*, p. 328.

²⁰⁹ JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 455.

273. Ou seja, este não se sobrepõe às medidas específicas já previstas para antecipação do provimento jurisdicional²¹⁰.

A antecipação do art. 273, entretanto, pode ser utilizada para antecipar os efeitos da tutela de conhecimento exarada em procedimentos especiais que não prescrevam modalidade própria de antecipação²¹¹. Isso porque os procedimentos especiais que possuem a previsão de antecipação (liminares) não requerem, para a sua concessão, fundado receio de dano, mas apenas o preenchimento de alguns requisitos estabelecidos pelo legislador como imprescindíveis para a configuração da evidência do direito²¹².

Determina o art. 928 do CPC, por exemplo, que trata das ações de manutenção e reintegração de posse, que se a petição inicial estiver devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição de liminar de manutenção ou reintegração; caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Portanto, se proposta a referida ação dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho, a liminar não poderá ser requerida com base no art. 273, I. Todavia, poderá ser concedida, se for proposta após ano e dia²¹³, isso se existir fundado receio de dano após o decurso de tanto tempo²¹⁴.

Em suma, como várias situações concretas não podem ser consideradas de antemão pelo legislador, o art. 273 deve incidir supletivamente nos procedimentos especiais, preenchendo os espaços vazios deixados pela impossibilidade da consideração prévia das diversas situações concretas que podem exigir a tutela antecipatória²¹⁵.

6.8 Legitimidade Ativa

²¹⁰ CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Op. cit.*, p. 242.

²¹¹ *Idem, ibidem*, p. 243.

²¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 150.

²¹³ *Idem, ibidem*, p. 152.

²¹⁴ Esta também é a lição de WAMBIER: “A tutela pode ser também antecipada nas ações possessórias, quando o autor não faz jus à liminar prevista no procedimento especial dessas ações, porque a ofensa à posse data de mais de ano e dia (CPC, art. 924). Nesse caso, embora não se possa aplicar o art. 928, é aplicável o art. 273 do CPC. A diferença reside em que, na hipótese do art. 928, basta ao autor provar sua posse anterior e a ofensa, para que obtenha a liminar ali prevista (que, a rigor, é uma hipótese específica de antecipação de tutela). Já se a ofensa data de mais de ano e dia, precisarão ser cumpridos os requisitos do art. 273, para que se antecipe a tutela. Estar-se-á utilizando, então, o poder geral de antecipação de tutela”. WAMBIER, L.R.; ALMEIDA, F.R.; TALAMINI, E. *Op. cit.*, p. 328.

²¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 152.

Normalmente, somente o autor pode requerer a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional com fundamento no art. 273 do CPC, na medida em que é ele quem deduz pretensão em juízo e formula pedido. O dispositivo legal é claro ao autorizar a antecipação dos efeitos contidos no pedido, de sorte a limitar a concessão do provimento interinal satisfativo a quem pode formulá-lo²¹⁶.

A legitimidade para requerer a antecipação da tutela é possível, por conseguinte, a todos os que podem deduzir pretensão em juízo, como por exemplo, o oponente, o denunciante e o autor da ação declaratória incidental. Quando reconvém, o réu passa a ser autor reconvincente, deduzindo pretensão própria e estando, portanto, legitimado a requerer a antecipação dos efeitos da tutela pretendida nesta inicial. O mesmo ocorre nas ações dúplices, em que o réu formula pedido na contestação (por exemplo, art. 922 do CPC)²¹⁷.

6.9 A Antecipação de Ofício

Determina o *caput* do art. 273 que o “juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”, desde que presente seus requisitos. Dessa forma, depreende-se não ser possível antecipar a tutela *ex-officio*.

Tal restrição é criticada veementemente por SIDNEI AMENDOEIRA JR., ao citar lição de LUIZ FUX. Para este autor:

A regra parece aceitável em termos de tutela da evidência, *máxime* naqueles casos de direitos disponíveis, revelando-se acanhada nas situações de perigo, em que o malogro do direito material da parte se avizinha com esvaziamento da função jurisdicional substitutiva. Lavrou-se, neste passo, fundo voto de desconfiança no Judiciário, mercê de manter-se diploma tão atual uma velha postura homenageadora do não mais convincente princípio da inércia processual. O ativismo judicial que hoje se apregoa faz da lei nova um diploma recheado de covardia, sem prejuízo de afastar-se dos mais modernos postulados da efetividade do processo e dos direitos.²¹⁸

²¹⁶ CASTAGNA, Ricardo Alessandro *Op. cit.*, p. 253 e 254.

²¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 253 e 254. Prescreve o art. 922 que é lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor.

²¹⁸ AMENDOEIRA JR, Sidnei. *Op. cit.*, p. 161 *apud* FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência – Fundamento da Tutela Antecipada**, p. 338-339.

A despeito dessa observação, é praticamente unânime na doutrina que é vedado ao juiz conceder *ex officio* a antecipação da tutela dada a expressa disposição legal. Ademais, não se pode conceder a tutela de ofício, também, pelo fato de que na hipótese de ser necessário responsabilizar alguém civilmente pelos danos decorrentes da antecipação da tutela, não há a quem se penalizar. “Na medida em que a antecipação da tutela implica a responsabilidade objetiva do seu beneficiário, ela deve ser restrita, na falta de expressa previsão no sentido contrário, aos casos em que há requerimento da parte”²¹⁹.

Deve-se, no entanto, destacar que a questão da antecipação de ofício ganhou novo ingrediente após a inclusão da regra da fungibilidade (§7º do art. 273) entre as tutelas cautelar e antecipatória. Como as medidas são fungíveis e o juiz pode determinar medidas cautelares de ofício (art. 797), por qual razão não se poderia antecipar a tutela de ofício?²²⁰ Salienta MARCOS DESTEFENNI, no entanto, que isso não ocorre, pois apesar das tutelas cautelar e antecipatória serem espécies do mesmo gênero, elas apresentam distinções, já que a tutela cautelar existe em função do processo, enquanto a tutela antecipada existe no interesse da parte²²¹.

Concordamos com o referido doutrinador em relação ao fato de que a fungibilidade entre a tutela cautelar e antecipada não implica que esta deva também ser concedida de ofício. Mas não pelo motivo exposto. O motivo, para nós, é que a fungibilidade não torna as tutelas iguais. Cada qual tem suas finalidades e peculiaridades próprias. Uma delas é a concessão de ofício. Enquanto a tutela cautelar permite tal concessão, a antecipatória não.

Em suma, ter havido pedido da parte é pressuposto necessário para poder se antecipar os efeitos da sentença, regra que se aplica inclusive à hipótese do § 6º do art. 273. Para essa norma, em específico, poderia se ter a falsa impressão de que seria dispensável o pedido do autor. Mas pelo mesmo motivo acima exposto (responsabilidade objetiva), não pode ser assim, de modo que tal disposição também deve ser compatibilizada com o *caput* do art. 273, em que se prevê a necessidade de requerimento da parte²²².

²¹⁹ WAMBIER, L.R.; ALMEIDA, F.R.; TALAMINI, E. *Op. cit.*, p. 328.

²²⁰ DESTEFENNI, Marcos. *Op. cit.*, p. 323.

²²¹ *Idem, ibidem*, p. 323.

²²² WAMBIER, L.R.; ALMEIDA, F.R.; TALAMINI, E. *Op. cit.*, p. 328.

6.10 A Tutela Antecipatória Parcial

O art. 273, em seu *caput*, determina que o juiz pode antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela. Se o pedido do autor for para que a tutela final seja antecipada em parte, o juiz, ao atender ao seu requerimento, obviamente, estará concedendo integralmente a tutela antecipatória requerida²²³. Porém, não é dessa situação que aqui se trata. O que se quer discutir nesse tópico é se o juiz tem o poder de conceder a tutela parcial ainda que a parte a requeira integralmente.

Para LUIZ GUILHERME MARINONI, não há nada que impeça o juiz de atender em parte o pleito de tutela antecipatória, desde que consiga fundamentar racionalmente a sua decisão. Para ele, a concessão da tutela antecipatória deve ser concedida na “medida necessária” para evitar a frustração do direito buscado pela parte e a invasão indevida na esfera privada do réu²²⁴.

Assim, no caso de pedido de antecipação de soma em dinheiro, de um não fazer, fazer ou entrega de coisa que comporte atendimento em parte, o juiz poderá antecipar a parcela da tutela pretendida, ainda que o pedido de antecipação tenha sido total²²⁵. Por exemplo, se o autor afirma que necessita de soma em dinheiro para atender uma dada situação e bastar para tanto apenas parte do que foi postulado, “o juiz deve conceder, como antecipação da tutela, parcela do pretendido ao final, sob pena de a sua decisão se mostrar irracional e, por isso, produzir injustiça ao réu”²²⁶.

6.11 Efeitos da Tutela Antecipatória

Enuncia o *caput* do art. 273 que o juiz poderá antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. Diante deste enunciado, alguns autores, como por exemplo, NELSON NERY JÚNIOR²²⁷, afirma que a tutela

²²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*, p. 237.

²²⁴ *Idem, ibidem*, p. 238.

²²⁵ *Idem, ibidem*, p. 237 e 238.

²²⁶ *Idem, ibidem*, p. 237 e 238.

²²⁷ Tutela antecipatória é tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento. JÚNIOR, N. N.; NERY, R.M.A.. *Código de*

antecipada é tutela satisfativa no plano dos fatos. Afirma ele que o que se antecipa não é a certificação do direito, mas sim os efeitos executivos e mandamentais da tutela definitiva. Desta maneira, não se antecipa a eficácia jurídica (declaratória, constitutiva ou condenatória), mas sim a eficácia que a futura sentença pode produzir na realidade dos fatos, a denominada eficácia social.

Na mesma linha, TEORI ALBINO ZAVASCKI afirma que:

Antecipar os efeitos da tutela significa satisfazer, no plano dos fatos, o pedido formulado na inicial. O que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação porventura postulada como tutela definitiva. Antecipam-se, isto sim, os efeitos executivos da futura sentença de procedência, assim entendidos os efeitos que a futura sentença tem aptidão para produzir no plano da realidade. Em outras palavras: antecipa-se a eficácia social da sentença, não a eficácia jurídico-formal.²²⁸

Em outro sentido, LUIZ GUILHERME MARINONI defende a tese de “Não é o caso de se pensar que a antecipação tem conteúdo apenas fático e não jurídico”. Para este autor, para a atribuição da qualidade jurídica aos efeitos produzidos pela tutela antecipatória não importa o fato de que esta suponha a existência de um direito que pode ser negado na sentença de cognição exauriente. Sustenta que não é só a qualidade de coisa julgada material que dá conteúdo jurídico a um provimento. A tutela satisfativa de cognição sumária, também, dá satisfação ao direito material afirmado, incidindo, ainda que provisoriamente, sobre o plano das relações substanciais²²⁹.

A despeito dessa divergência, o importante nesta questão é compreender que “antecipar significa satisfazer, total ou parcialmente, o direito afirmado pelo autor e, sendo assim, não se pode confundir medida antecipatória com antecipação da sentença”²³⁰. O que se antecipa não é a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação porventura buscadas como tutela definitiva. Antecipam-se, isto sim, os efeitos executivos daquela tutela, ou seja, antecipa-se a eficácia que a futura sentença pode produzir no campo da realidade dos fatos²³¹.

Processo Civil Comentado. 9ª ed. SP: Editora RT, 2006, p. 453.

²²⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**, p. 87.

²²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 42.

²³⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**, p. 49.

²³¹ *Idem, ibidem*, p. 87.

6.12 Pressupostos da Tutela Antecipatória

Adotaremos aqui a divisão dos pressupostos da tutela antecipatória proposta pelo professor TEORI ALBINO ZAVASCKI, apontando duas espécies: pressupostos sempre concorrentes (prova inequívoca e verossimilhança da alegação) e pressupostos alternativos (*periculum in mora* ou atos protelatórios do réu)²³².

6.12.1 Pressupostos Concorrentes: Prova Inequívoca e Verossimilhança

Estabelece o *caput* do art. 273 duas condições básicas para a concessão da tutela antecipada: a existência da prova inequívoca dos fatos alegados pelo autor e o convencimento do juiz da verossimilhança de sua alegação.

O difícil nesta questão é compreender como pode uma prova inequívoca gerar apenas convicção de verossimilhança. Apesar de aparentemente inconciliáveis, tais expressões não querem senão significar que o *fumus boni iuris*, para que se possa adiantar os efeitos da sentença final, há de ser expressivo. A probabilidade de que o autor tenha realmente o direito que afirma ter há de ser bastante forte para se conceder a tutela antecipada. Todavia, trata-se de cognição sumária, de modo que se permanece no terreno da plausibilidade²³³.

Na doutrina de LUIZ GUILHERME MARINONI, o art. 273 dá ao magistrado o poder de conceder a tutela antecipatória com base em convicção de verossimilhança preponderante, isto é, que o material trazido ao processo indique que o direito do autor é mais verossímil que o do réu²³⁴. Significa “sacrificar o improvável em benefício do provável”²³⁵.

Mas se não há dúvida de que o juiz está autorizado a conceder tutela antecipatória a partir da verossimilhança que preponderar, que ligação há entre essa autorização e a prova inequívoca?²³⁶

Prova inequívoca é a prova formalmente perfeita, cujo tempo de produção é compatível com a imediatidade em que a tutela deve ser concedida para não frustrar

²³² *Idem, ibidem*, p. 79 a 82.

²³³ WAMBIER, L.R.; ALMEIDA, F.R.; TALAMINI, E. *Op. cit.*, p. 325.

²³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 179.

²³⁵ *Idem, ibidem*, p. 171.

²³⁶ *Idem, ibidem*, p. 172.

o direito do autor²³⁷. Isso porque a produção de provas é a fase processual que consome maior tempo na duração do processo. Assim, admite-se conceder a tutela antes que as provas requeridas pelas partes tenham sido produzidas, com a conseqüente postecipação do contraditório.

A prova inequívoca tem, pois, um grau mais intenso de probabilidade acerca da existência do direito, não bastando a versão verossímil dos fatos, que é bastante para a concessão da tutela cautelar²³⁸.

No entanto, ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA propõe que a referência à prova inequívoca da verossimilhança da alegação não quer se referir a um grau de convencimento maior do que ao imposto pela noção de *fumus boni iuris*. Para este doutrinador, “prova inequívoca” da verossimilhança da alegação não indica um grau de probabilidade maior de que o autor tenha realmente o direito que afirma ter, como se tratasse de um *fumus* qualificado²³⁹.

Independentemente dessas posições dissonantes, o importante é perceber que a prova inequívoca é aquela apta à formação de um juízo de verossimilhança, isto é, de uma razoável probabilidade das alegações que o autor faz²⁴⁰.

A antecipação da tutela consiste em hipótese em que o legislador processual permite que o juiz profira decisão com base em cognição não exauriente, situação absolutamente excepcional no âmbito do processo de conhecimento. Nestas hipóteses, o juiz tem uma razoável impressão de que o autor tem razão, mas não certeza absoluta, como ocorre na cognição exauriente²⁴¹.

6.12.2 Pressupostos Alternativos: *Periculum in Mora* ou Atos Protelatórios do Réu

Para a concessão da tutela antecipatória, aos pressupostos sempre concorrentes deve-se somar ao menos um dos pressupostos alternativos: *periculum in mora* ou a existência do abuso de direito de defesa²⁴².

²³⁷ *Idem, ibidem*, p. 172.

²³⁸ RUANOBA, Sebastian Waterberg. *Op. cit.*, p. 20.

²³⁹ CUNHA, Alcides Munhoz. **Antecipação e Antecipações** ..., p. 2.

²⁴⁰ WAMBIER, L.R.; ALMEIDA, F.R.; TALAMINI, E. *Op. cit.*, p. 322.

²⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 322.

²⁴² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. p. 80.

6.12.3 A Tutela Antecipada Fundada no *Periculum In Mora*

O primeiro pressuposto alternativo para a concessão de tutela antecipada está expresso no inc. I do artigo 273: é o *periculum in mora*, lá definido como receio de dano irreparável ou de difícil reparação²⁴³.

A causa do dano irreparável ou de difícil reparação, para se caracterizar o *periculum in mora*, há de ser a demora procedimental. Não basta apenas a probabilidade de que o autor venha a ser favorecido com sentença de procedência. A lei exige que a demora processual possa acarretar ao autor um dano, com características de irreparabilidade ou de difícil reparação²⁴⁴.

É irreparável o dano quando o autor sofrer uma lesão irreversível a seu direito, impedindo ao juiz provê-lo com a sentença de mérito porque, tardia, não mais terá utilidade ao beneficiário. Evita-se, assim, compensar a falta de entrega do bem da vida buscado *in natura* com sua conversão em perdas e danos²⁴⁵.

Ademais, esse dano deve se reportar a um prejuízo concreto e iminente, não podendo a antecipação estar baseada em um dano remoto e eventual, ainda que irreparável ou de difícil reparação. Assim, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação que enseja a antecipação é o risco concreto, iminente e grave, atentando-se para o fato de que tais aspectos devem estar presentes simultaneamente no evento danoso²⁴⁶.

Anote-se, no entanto, que o *periculum in mora* nesta espécie de tutela não a torna, por esta razão, um provimento cautelar, apesar de este perigo ser o mesmo exigido para concessão da tutela assecuratória presente na jurisdição cautelar²⁴⁷. No mesmo sentido é a lição de NELSON NERY JR, para quem tal perigo “não tem o

²⁴³ Há irreparabilidade quando os efeitos do dano são irreversíveis, como são os casos de direito não patrimonial (direito à imagem, por exemplo) e de direito patrimonial com função não patrimonial (soma em dinheiro necessário para aliviar um estado de necessidade causado por um ilícito, por exemplo). O dano é de difícil reparação se as condições econômicas do réu não autorizam supor que o dano será efetivamente reparado ou se dificilmente poderá ser individualizado ou quantificado com precisão. Assim, por exemplo, no caso de desvio de clientela. MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 157.

²⁴⁴ DESTEFENNI, Marcos. *Op. cit.*, p. 324.

²⁴⁵ CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Op. cit.*, p. 247.

²⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 247.

²⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 247.

condão de transmudar sua natureza satisfativa-executiva em cautelar”²⁴⁸.

Não obstante, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, requisito para a antecipação de tutela fundada no inc. I do art. 273, é chamada por parte da doutrina de cautelar, assecuratória ou inibitória²⁴⁹. Há ainda autores que entendem que esta tutela do inc. I do art. 273 é uma tutela antecipada mista, já que ela combina os requisitos do *fumus* e do *periculum in mora*²⁵⁰.

Posição similar possui ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA para quem o inc. I do art. 273 e o § 3º do art. 461 são modalidades de antecipação cautelar, em face do *periculum damnum irreparabile*, em tudo similar às antecipações cautelares previstas no Livro III. Diz o autor:

O pressuposto do perigo de dano irreparável corresponde ao fundamento que autoriza em todo ordenamento de um Estado de Direito, o exercício de uma tutela residual, de urgência, historicamente denominada cautelar, que se destina a garantir a inteireza ou idealidade de quaisquer interesses relevantes, quando não há tempo para a declaração de direitos em cognição exauriente (padrão de tutela), nem situação legitimante de direito estrito para a pronta presunção de direitos em cognição sumária (não cautelar), vindo daí que atua o interesse como *fumus boni iuris*.²⁵¹

Esta, no entanto, não é a posição adotada neste trabalho. Como já demonstrado, antecipação e cautelaridade são características que não se misturam, cada qual cumprindo sua função específica. Dessa forma, defendemos a posição que cada característica é exclusiva de apenas um tipo de tutela: a satisfatividade na tutela antecipatória e a cautelaridade na tutela cautelar.

6.12.4 A Tutela Antecipada Fundada no Abuso do Direito de Defesa

O segundo pressuposto alternativo à concessão de tutela antecipada - abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu - está expresso no inc. II do art. 273. Tal situação é bastante diferente da acima tratada, não se vinculando ao perigo concreto de dano.

Diante da idéia de se conferir efetividade e celeridade à tutela jurisdicional, entregando-a desde já àquele que detém maiores possibilidades de êxito no

²⁴⁸ JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 458.

²⁴⁹ DESTEFENNI, Marcos. *Op. cit.*, p. 324.

²⁵⁰ WAMBIER, L.R.; ALMEIDA, F.R.; TALAMINI, E. *Op. cit.*, p. 322.

²⁵¹ CUNHA, Alcides Munhoz. **Antecipação e Antecipações** ..., p. 23.

processo, sem que seja necessário demonstrar a existência de um dano iminente ao direito tutelado, foi introduzida no ordenamento jurídico a tutela prevista no art. 273, II, que autoriza o juiz, presentes os requisitos legais da verossimilhança das alegações do autor e da fragilidade da resposta do réu, a conceder antecipadamente a tutela final por este pretendida.

Portanto, é uma salutar inovação introduzida pelo legislador pátrio, pois uma das formas mais eficientes de se protelar a entrega da prestação jurisdicional é justamente através da interposição do recurso de apelação, já que a regra geral é o recebimento deste recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo. Assim, basta que a parte, para não cumprir a sentença, interponha a dita apelação que conseguirá protelar a satisfação da parte contrária por um bom tempo²⁵².

Ademais, como observa ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA:

O abuso de defesa é indicativo de que em dado momento, no curso do procedimento já delineado, possivelmente no curso da fase instrutória, o processo atingiu e superou a linha da garantia constitucional da ampla defesa sobre o objeto litigioso ou parte dele, o que evidencia que já houve contraditório mais do que suficiente para a declaração de direitos que se compraz com a ampla defesa, vindo daí que prolongar este contraditório seria incidir na situação odiosa de abuso de defesa.²⁵³

Cuida-se nesta disposição, portanto, de hipótese em que o réu se utiliza de defesa temerária. Neste caso, a concessão da tutela antecipatória apresenta caráter punitivo, buscando-se proteger, com isso, a lealdade processual²⁵⁴. Tal antecipação certamente trará ao réu um interesse em acelerar o julgamento definitivo da lide, pois a decisão contra ele proferida é passível de imediata efetivação²⁵⁵.

Anote-se, no entanto, que as expressões 'manifesto propósito protelatório do réu' e 'abuso do direito de defesa' comportam significados distintos. Para TEORI ALBINO ZAVASCKI, o manifesto propósito protelatório do réu é aquele "que resulta do comportamento do réu fora do processo, embora obviamente, com ele relacionado. Por exemplo: ocultação de prova, não atendimento de diligência e simulação de doença"²⁵⁶. Já o abuso do direito de defesa diz respeito a atos processuais, ou seja, ao andamento do próprio processo, como o requerimento de

²⁵² AMENDOEIRA JR, Sidnei. *Op. cit.*, p. 172.

²⁵³ CUNHA, Alcides Munhoz. **Antecipação e Antecipações** ..., p. 9.

²⁵⁴ RUANOBA, Sebastian Waternberg. *Op. cit.*, p. 23.

²⁵⁵ DESTEFENNI, Marcos. *Op. cit.*, p. 325.

²⁵⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 81.

perícias, defesas infundadas, entre outros²⁵⁷.

Desse modo, embora a conduta descrita no art. 273 se assemelhe com as descritas no art. 17 do CPC, ela não pode se confundir com a litigância de má-fé. Para a concessão da tutela antecipatória é até possível se extrair do art. 17 alguns elementos que possam caracterizar o abuso de direito de defesa, mas isto não pode significar que suas hipóteses sirvam de guia para a compreensão da antecipação da tutela fundada em abuso de direito de defesa²⁵⁸.

Para a antecipação não basta, por exemplo, que o réu oponha resistência injustificada ao andamento do processo ou provoque incidentes manifestamente infundados (incisos IV e VI do art. 17). Também não é a indevida retenção dos autos, por exemplo, que autoriza a antecipação. A indevida retenção dos autos configura um ilícito processual, mas não é causa para a antecipação. A antecipação deve, necessariamente, guardar relação com a evidência do direito do autor e com a fragilidade da resistência do réu²⁵⁹.

Saliente-se, ademais, que a concessão de tutela antecipada em casos de abuso do direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu, por óbvio, não vêm em prejuízo de quaisquer outras sanções processuais cabíveis em decorrência da má conduta apresentada pela parte ré²⁶⁰.

Destaque-se, ainda, que a antecipação da tutela, em qualquer das hipóteses, só se justificará se o comportamento do réu importar, efetivamente, no retardamento do processo. Desse modo, o ato, mesmo abusivo, mas que não impede ou retarda os atos processuais subseqüentes não legitima a medida antecipatória. Como ensina TEORI ALBINO ZAVASCKI, a invocação, pelo réu, na contestação, de razões infundadas, por si só não justifica a antecipação da tutela. Se justificasse, com mais razão se deveria antecipá-la sempre que ocorresse revelia. Para tais hipóteses, o sistema já oferece a solução do julgamento antecipado da lide²⁶¹.

Quanto ao momento de solicitação da antecipação do inc. II do art. 273, parte da doutrina afirma ser esta possível somente a partir da apresentação da defesa. SIDNEI AMENDOEIRA JR, todavia, defende ser “possível que o autor requeira ao juiz a antecipação da tutela antes mesmo da citação do réu, desde que se possa

²⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 81.

²⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 278.

²⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 278.

²⁶⁰ RUANOBA, Sebastian Waternberg. *Op. cit.*, p. 23.

²⁶¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 81.

provar de plano a inércia do réu, bem como demonstrar fortemente suas próprias razões”²⁶². Comprovado o expediente de ocultação do réu, por exemplo, o autor poderia requerer, desde logo, a concessão da tutela antecipada, já que restará caracterizado o propósito abusivo e protelatório do réu que resulta da ocultação²⁶³.

No mesmo sentido, NELSON NERY JR entende que, em tese, “é admissível o pedido liminar fundado no inc. II, pois não é despropositado o abuso do direito de defesa verificada fora do processo, quando há prova suficiente de que o réu fora, por exemplo, notificado várias vezes para cumprir a obrigação, tendo apresentado evasivas e respostas pedindo prazo para o adimplemento”²⁶⁴.

De outro modo, MARCOS DESTEFENNI defende que tal espécie de tutela antecipada só pode ser impetrada depois que o réu respondeu à ação ou depois que interpôs o recurso considerado, então, protelatório, antes dos quais não há que se falar em abuso do direito de defesa²⁶⁵.

No entanto, em nome da efetividade e da celeridade do processo, não podemos concordar com esta última posição, defendendo, também, que em certas situações, deve sim, o juiz conceder a antecipação de tutela *inaudita altera pars*.

Importante, também, destacar que a técnica de antecipação desta específica tutela, bem como a da parcela incontroversa da demanda (art. 273, § 6º) tem o fim de permitir a distribuição justa do tempo do processo, impedindo que esse corra em prejuízo do autor e em benefício do réu²⁶⁶. São técnicas, portanto, em íntima sintonia com os princípios da efetividade e da tempestividade do processo.

6.13 A Tutela Antecipatória da Parcela Incontroversa da Demanda

A Lei nº 10.414, de 2002, criou nova hipótese de antecipação de tutela, ao acrescentar o parágrafo 6º ao art. 273. Este prescreve que “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Por esta disposição, se uma demanda pleiteada em juízo tem por objeto um

²⁶² AMENDOEIRA JR, Sidnei. *Op. cit.*, p. 172.

²⁶³ *Idem, ibidem*, p. 172.

²⁶⁴ JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 458.

²⁶⁵ DESTEFENNI, Marcos. *Op. cit.*, p. 325.

²⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**, p.277.

pedido ou um conjunto de pedidos cuja satisfação pode ser juridicamente dividida e materialmente efetivada por partes, sendo uma das partes incontroversa, fica permitida a antecipação dos efeitos da tutela decorrente do pedido incontroverso ou da parte incontroversa de um pedido²⁶⁷.

Dispõe TEORI ALBINO ZAVASCKI que é clara a intenção do legislador em não retardar a prestação jurisdicional de um direito manifestamente evidente que, por circunstâncias meramente processuais, está atrelado a um direito controvertido, buscando privilegiar a celeridade da jurisdição²⁶⁸.

Esta nova possibilidade rompeu com um dogma até então existente na teoria processual civil. Originalmente o nosso *Codex* não permitia o fracionamento do julgamento do pedido ou de um dos pedidos cumulados, em sintonia com o princípio da unicidade de julgamento, que determina que o mérito não pode ser resolvido em partes²⁶⁹. Predominava a idéia de uma sentença para todo o mérito fundada nos princípios da oralidade, da concentração dos atos processuais e da identidade física do juiz. No entanto, os princípios da economia processual (cumulação de pedidos), o direito à tutela jurisdicional tempestiva e o fato de um pedido já estar maduro para julgamento antes do outro, levou à fragmentação do julgamento do processo²⁷⁰.

Assim, quando autor cumula dois pedidos - um de inibição do ato ilícito e outro de ressarcimento do dano pelo equivalente, por exemplo -, o primeiro pode estar maduro para julgamento diante de prova documental, enquanto o segundo pode exigir elucidação por meio de outras provas, demandando mais tempo da jurisdição. Neste caso, a impossibilidade de fragmentação do julgamento do mérito viola o direito fundamental à duração razoável do processo. Daí a possibilidade de, conforme disposto no art. 273, § 6º, o juiz conceder a tutela antecipada quando um ou mais dos pedidos cumulados, mostrar-se incontroverso²⁷¹.

Por esta norma, portanto, a antecipação de tutela pode ser concedida se o autor tiver formulado dois ou mais pedidos cumulados ou mesmo se houver apenas um pedido, desde que esse possa ser cindido, como por exemplo, na situação de parte de quantia pedida não ser controvertida.

Quanto à revelia, ou seja, a ausência de contestação não significará, por si

²⁶⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 108.

²⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 108.

²⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**, p. 109.

²⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 110.

²⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 111.

só, que o pedido é incontroverso, pois pode ocorrer, por exemplo, que o demandado não conteste determinado pedido, o qual, contudo, na avaliação do juiz, é totalmente descabido. Neste caso, já sabendo que a sentença final será de improcedência do pedido, é lógico concluir que, embora não haja controvérsia entre as partes, a sua antecipação é inadmissível²⁷². “Incontroverso, em suma, não é o indiscutido, mas sim o indiscutível”²⁷³.

Relevante, também, perceber que mesmo em relação à parcela da demanda contestada pode ser concedida a tutela antecipatória fundada na norma ora em análise, pois, como é óbvio, o juiz pode deixar de fixar a parcela da demanda como controvertida quando tiver convicção de verdade. Porém, se a convicção for de verossimilhança é porque os fatos devem ser melhor esclarecidos²⁷⁴.

Ademais, como tal tutela é fundada em convicção de verdade e não de verossimilhança, gera, por decorrência, coisa julgada material²⁷⁵. Sendo assim, o pedido que está sendo antecipado prescinde de qualquer outra fase de instrução²⁷⁶.

Sendo, pois, a cognição exauriente, não cabe a esta hipótese de antecipação, a disposição do § 4º do art. 273, ou seja, é vedado ao juiz revogar ou modificar a decisão que concedeu a antecipação. É que, diante da incontrovérsia, não há mais cognição a ser feita em torno dos fatos²⁷⁷. Pela mesma razão, não se impõe a esta antecipação o requisito da reversibilidade, estampado no § 2º do art. 273, porquanto tal condição justifica-se apenas para os provimentos emitidos sob juízo de cognição sumária, o que não ocorre neste caso²⁷⁸.

De outro modo, há aqueles que entendem que essa decisão é provisória, podendo, assim, ser revista motivadamente no curso do processo, ou seja, aplicando-se a regra do art. 273, § 4º²⁷⁹. Em conseqüência, tal tutela não faria coisa julgada material mesmo não havendo recurso. Isso porque, como o processo ainda prosseguirá em relação ao objeto que ainda depende de instrução probatória, é possível que o juiz depare-se, por exemplo, com uma questão de ordem pública que afete inclusive aquela parte do objeto do processo sobre a qual versou a tutela

²⁷² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 110.

²⁷³ *Idem, ibidem*, p. 111.

²⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 287.

²⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 286.

²⁷⁶ CASTAGNA, Ricardo Alessandro, *Op. cit.*, p. 261.

²⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 262.

²⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 262.

²⁷⁹ WAMBIER, L.R.; ALMEIDA, F.R.; TALAMINI, E. *Op. cit.*, p. 323.

antecipada - caso em que poderá vir a revogar ou cassar a decisão anterior²⁸⁰.

Apesar de razoável a ponderação acima, defendemos que a antecipação prevista no parágrafo 6º do art. 273 faz coisa julgada material, sendo esta uma importante diferença com as demais hipóteses de antecipação do referido artigo. No mais, à tutela antecipada em face de pedido incontroverso se aplica, regra geral, o regime geral das demais hipóteses de antecipação previstas no art. 273.

6.14 Momento Processual da Antecipação

A antecipação da tutela pode ocorrer em qualquer fase processual, tanto em primeiro, quanto em segundo grau de jurisdição. Afinal, o CPC não fixa um momento específico para que o juiz conceda a tutela antecipada prevista no art. 273. Por isso, é possível concluir que a antecipação é possível desde a petição inicial até as razões finais²⁸¹. Pode, inclusive, ser concedida *inaudita altera parte*.²⁸²

A antecipação *initio litis* decorre do fato de que a tutela antecipada está condicionada aos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, de forma a atenuar os riscos decorrentes da demora da prestação jurisdicional. Demonstrada uma situação de perigo, o que pode ocorrer em qualquer fase do curso do processo, pode ser pleiteada a antecipação da prestação jurisdicional²⁸³.

Contudo, a tutela antecipatória deverá ser prestada, exceto em situações excepcionais, apenas após a contestação. A antecipação antes de ouvir o réu só pode se dar quando a audiência puder causar lesão grave ao direito do autor, já que a necessidade de ouvi-lo pode comprometer a efetividade da tutela jurisdicional²⁸⁴.

Destaque-se, também, que a antecipação de tutela pode ocorrer até mesmo quando já iniciada a fase de execução. No caso de haver impugnação ou embargos, os atos executivos podem ficar suspensos, conforme disposto no art. 475-M e art. 739-A, § 1º, não se podendo descartar a possibilidade de se configurar, nesse momento, hipótese concreta de urgência na satisfação do direito em execução, a

²⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 323.

²⁸¹ DESTEFENNI, Marcos. *Op. cit.*, p. 329.

²⁸² WAMBIER, L.R.; ALMEIDA, F.R.; TALAMINI, E. *Op. cit.*, p. 326.

²⁸³ DESTEFENNI, Marcos. *Op. cit.*, p. 330 a 332.

²⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 159 e 160.

ponto de não se poder aguardar o julgamento dos embargos²⁸⁵.

Em suma, “a antecipação de tutela pode ser concedida *in limine litis* ou em qualquer fase do processo, *inaudita altera parte* ou depois da citação do réu. Pode ser concedida na sentença ou depois dela”²⁸⁶.

Por fim, importante observar que para definir o momento de antecipar a tutela deverá o juiz ter presente o princípio da menor restrição possível, de modo que o momento não pode ser antecipado mais que o necessário. Assim, se o perigo, ainda que previsível, não for apto para se concretizar antes da citação ou da audiência, a antecipação da tutela não será legítima senão após a realização desses atos²⁸⁷.

6.15 A Antecipação da Tutela em Sede Recursal

Poderá o Tribunal ser provocado, por via de recurso, revisar decisões que, em primeira instância, concederam ou indeferiram antecipação de tutela. Nestes casos, são conferidos ao relator poderes para, em situações nas quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação e sendo relevante a fundamentação, antecipar os efeitos da tutela recursal. É o que se interpreta do art. 558 combinado com o art. 527, III. Caberá ao relator, portanto, se for o caso, diante da decisão agravada, suspender a execução da medida deferida ou concedê-la se indeferida²⁸⁸.

Destaque-se, todavia, que a decisão do relator que, em agravo de instrumento, concede tutela antecipada é irrecorrível por agravo interno (CPC 557 § 1º), cabendo, apenas, pedido de reconsideração para o próprio relator (CPC 527 par. único, com redação dada pela Lei 11.187/05)²⁸⁹.

Tal antecipação poderá ter correspondência parcial ou total com a pretensão deduzida na demanda em que o recurso foi interposto, na medida em que pretende a reforma de uma decisão interlocutória emitida no curso do processo. A antecipação dos efeitos da tutela recursal importará, via de regra, na obtenção da tutela satisfativa, antecipando-se os efeitos da sentença de mérito a ser proferida

²⁸⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 85 e 86.

²⁸⁶ JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 457.

²⁸⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 84.

²⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 146.

²⁸⁹ *Idem, ibidem*, p. 146.

pelo magistrado a *quo*²⁹⁰.

De outro modo, se a situação de urgência surgir quando o processo já se encontrar sob a competência do Tribunal devido à interposição de apelação, a tutela antecipada deverá ser requerida diretamente a esta corte. Não haverá nessa hipótese, suprimento de um grau de jurisdição, uma vez que, prolatada a sentença, o juiz de primeira instância encerra seu ofício jurisdicional, só podendo alterá-la para correção de inexatidões materiais ou via embargos de declaração²⁹¹.

É plenamente possível, então, o requerimento da tutela antecipatória no Tribunal, pois, como é óbvio, o fundado receio de dano pode surgir em segundo grau de jurisdição, abrindo oportunidade para a tutela antecipatória nesta Corte²⁹².

Noutra situação, se o processo transcorreu normalmente em 1º grau, sendo proferida a sentença sem ter havido necessidade de conceder a tutela antecipada, e o réu, perdedor, apelou com propósito manifestamente protelatório, caberá ao autor, em suas contra-razões, requerer a antecipação da tutela para fins de cassação do efeito suspensivo do recurso do réu²⁹³.

Ressalte-se, por fim, que o pedido de antecipação da tutela em sede recursal pode ser efetuado tanto pelo autor, quanto pelo réu. Nada impede, por exemplo, que no caso descrito acima, sendo de improcedência a sentença, “o autor venha a interpor recurso manifestamente abusivo, de modo que ao apelado caberá a possibilidade de requerer a antecipação da tutela recursal ao Tribunal para poder aproveitar desde já os efeitos da declaração negativa”²⁹⁴.

6.16 A Necessidade de Motivação da Decisão Antecipatória

Conforme já visto, o instituto da antecipação da tutela é fundamental para a efetivação dos princípios da efetividade e da tempestividade do processo. Contudo, se mal utilizado pode ferir vários direitos processuais fundamentais como o direito ao contraditório e à ampla defesa. Ademais, por se tratar de tutela de natureza provisória, só deve ser prestada em caráter excepcional.

²⁹⁰ CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Op. cit.*, p. 255.

²⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 255.

²⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 161.

²⁹³ AMENDOEIRA JR, Sidnei. *Op. cit.*, p. 178.

²⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 178.

Por isso, como requer o §1º do art. 273, a postecipação do contraditório só será idônea se o juiz, na decisão que antecipar a tutela, indicar, exatamente as razões do seu convencimento. Aliás, tal recomendação legal é até desnecessária, pois a necessidade de fundamentação dos julgamentos já consta da própria Constituição como requisito de validade para as decisões judiciais (art. 93, inc. IX).

Em conseqüência, para a concessão da tutela antecipatória deve o juiz indicar as razões que o levaram a acreditar na prova, a ligação que realizou entre as provas e os fatos, bem como fundamentar as regras de experiência que guiaram o seu raciocínio. Não basta enunciar o resultado, tendo o juiz o dever de explicar o desenvolvimento do raciocínio que o conduziu à decisão ²⁹⁵.

Em suma, a lei exige que a decisão antecipadora da tutela seja fundamentada de modo preciso, requisito necessário, também, para a decisão que modifique ou revogue a antecipação anteriormente proferida (art. 273, §§ 1º e 4º) ²⁹⁶.

6.17 A Tutela Antecipada Deve ser Reversível

De acordo com o § 2º do art. 273, não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Por óbvio, tal dispositivo tem por fim evitar que a concessão da tutela antecipada crie situação fática definitiva, sem possibilidade de retorno ao *status quo ante*, buscando resguardar os direitos do réu cujo contraditório foi postecipado.

Como as medidas antecipatórias têm natureza satisfativa, isto é, permitem a fruição do bem de vida reclamado pelo autor da demanda, a utilização indevida do bem pleiteado antes do deslinde final do conflito pode gerar conseqüências irreversíveis no plano dos fatos. Será reversível quando permitir a recomposição integral da situação fática anterior ao seu deferimento e irreversível na situação inversa. Atente-se, no entanto, que a decisão jurídica é sempre reversível, ainda que sejam irreversíveis as conseqüências fáticas decorrentes de seu cumprimento. Portanto, o provimento é sempre reversível, não sendo feliz a expressão utilizada na citada norma ²⁹⁷.

²⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 172.

²⁹⁶ WAMBIER, L.R.; ALMEIDA, F.R.; TALAMINI, E. *Op. cit.*, p. 323.

²⁹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 102.

O impedimento da irreversibilidade, porém, não é absoluto, pois pode sucumbir em casos excepcionais. O requisito da reversibilidade pode ser mitigado após fundamentado exame da questão, antecipando os efeitos da tutela jurisdicional mesmo diante da evidente impossibilidade de reversão fática do provimento, após a execução da medida²⁹⁸.

O que justifica esse caráter relativo da irreversibilidade é a aplicação do princípio da proporcionalidade. Por exemplo, pense-se na situação em que para salvar a vida de paciente se postule, contra a sua vontade, autorização judicial para amputar-lhe uma perna. Não há dúvida que o provimento é irreversível. Mas ninguém negará também que para salvar uma vida não se deva, ante o disposto no § 2º do art. 273, amputar uma perna, pelo fato de que essa amputação possa, na sentença final, revelar-se precipitada²⁹⁹.

Como muito bem esclarece ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, a natureza da tutela de urgência não se compadece com proibições, nem mesmo quanto à irreversibilidade, pois há que se realizar sempre um juízo de proporcionalidade entre os interesses em jogo³⁰⁰.

Se, todavia, o provimento autorizado irreversível prejudicar o réu indevidamente, o lesado faz *jus* ao ressarcimento na forma de perdas e danos. Mas, frise-se, somente em casos excepcionais, que justifiquem o sacrifício de algum direito do réu no momento de concessão da tutela antecipada, é que se pode cogitar do ressarcimento de tal ofensa na forma de perdas e danos³⁰¹.

Via de regra, no entanto, o ressarcimento não é suficiente para elidir o requisito da reversibilidade, pois há danos que não são substituíveis por pecúnia. É o caso, por exemplo, da destruição de um imóvel urbano. A indenização pode se prestar a custear a reconstrução de outro equivalente, mas isto não seria possível, se se tratasse de imóvel histórico cuja construção datasse do ano de 1.900³⁰².

Destaque-se, também, que “a inaptidão econômico-financeira do requerente para responder pelos efeitos patrimoniais da tutela de urgência posteriormente cassada não constitui, por si só, fator impeditivo da concessão da tutela de

²⁹⁸ CASTAGNA, Ricardo Alessandro, *Op. cit.*, p. 249.

²⁹⁹ DESTEFENNI, Marcos. *Op. cit.*, p. 323.

³⁰⁰ CUNHA, Alcides Munhoz. **Antecipação e Antecipações** ..., p. 21.

³⁰¹ CASTAGNA, Ricardo Alessandro, *Op. cit.*, p. 249.

³⁰² WAMBIER, L.R.; ALMEIDA, F.R.; TALAMINI, E. *Op. cit.*, p. 330.

urgência”³⁰³. Como vimos, existem casos em que o requisito da reversibilidade deve sucumbir diante da colisão com outros direitos fundamentais do autor, o que justifica a concessão de um provimento que esteja revestido de irreversibilidade³⁰⁴.

6.18 A Efetivação da Tutela Antecipada

O § 3º do art. 273, com redação dada pela Lei nº 10.444/2002, determina que a efetivação³⁰⁵ da tutela antecipada observará, no que couber, as normas previstas nos arts. 475-O, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

A partir da Lei nº 11.232/2005, o Judiciário, em regra, concretiza suas decisões sem a necessidade de instauração de uma nova relação processual³⁰⁶, de modo que a decisão que concede a antecipação da tutela jurisdicional comporta realização imediata³⁰⁷. Isto é, a decisão interlocutória que antecipa a tutela jurisdicional pode dar ensejo a uma execução provisória.

Assim, tratando-se de antecipação de efeitos da tutela em ação que não possua natureza condenatória (constitutivas, mandamentais ou executivas *lato sensu*), o cumprimento da medida ocorre no bojo da própria demanda de conhecimento, materializado por provimento mandamental interinal³⁰⁸.

Na hipótese de antecipação dos efeitos da tutela condenatória, apesar de divergências doutrinárias, não é necessário um processo executivo autônomo, mas sim uma execução sem intervalo, nos mesmos autos e sem a possibilidade de embargos, já que devem ser eleitos os atos executivos que mais se mostrem adequados ao cumprimento da tutela antecipada³⁰⁹.

³⁰³ CASTAGNA, Ricardo Alessandro, *Op. cit.*, p. 249.

³⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 249.

³⁰⁵ Como observa MARINONI, o parágrafo em tela substituiu a expressão “execução” por “efetivação”, buscando, com isso, evidenciar que a tutela antecipada não se realiza segundo as regras que servem à sentença condenatória, mas, sim, se utiliza dos meios executivos que servem às ditas obrigações de não fazer, de fazer e de entrega de coisa. MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 211.

³⁰⁶ DESTEFENNI, Marcos, p. 333.

³⁰⁷ O direito à tutela jurisdicional efetiva deve ser compreendido como o direito à preordenação das técnicas processuais necessárias e idôneas à concreta realização da tutela do direito, englobando, entre outros, os provimentos e os meios de execução adequados. De modo que a real concessão da tutela antecipatória depende da sua execução. Portanto, uma decisão que concede a tutela antecipatória, mas que não pode ser executada, afronta o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 295 e 296.

³⁰⁸ CASTAGNA, Ricardo Alessandro, *Op. cit.*, p. 262.

³⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 262.

Tal situação também ocorre na hipótese do provimento antecipatório fundar-se no *periculum in mora* do inc. I do art. 273. A urgência da medida em face do dano iminente e irreparável exige um procedimento sem paralisações incompatíveis com a necessidade do autor. Não teria nenhum sentido deferir a antecipação de tutela para evitar dano iminente e, ao mesmo tempo, submeter o cumprimento da medida a outra ação autônoma, com novos prazos e sujeita a embargos suspensivos³¹⁰.

Da mesma forma, na antecipação da parte incontroversa da demanda, apesar da ausência do *periculum in mora*, deve a medida ser executada nos próprios autos. Dada sua definitividade, não faz sentido exigir do autor a espera de tempo comparável àquele que advirá para a solução da parte controversa, sob pena de ineficácia da medida³¹¹.

Na antecipação da tutela fundada no abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu - inc. II do art. 273 -, não há perigo de dano iminente e irreparável ao autor a justificar a celeridade extraordinária do procedimento. Nesse caso, a tutela antecipada será efetivada por processo autônomo de execução provisória. Dessa forma, os eventuais embargos do devedor poderão ter efeito suspensivo, já que inexistente urgência na efetivação da tutela³¹².

LUIZ GUILHERME MARINONI sustenta que a técnica antecipatória nos casos de abuso de direito de defesa e da parcela incontroversa da demanda, deve ser vista como necessidade derivada do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Por isso, se a tutela antecipada é concedida com base nessas hipóteses, sua execução deve ocorrer, também, no curso do processo³¹³, posição com a qual concordamos plenamente.

Portanto, em suma, o cumprimento da medida ocorrerá, em regra, no âmbito da própria relação jurídica processual em que for deferida, mediante ordens ou mandados expedidos pelo juiz³¹⁴.

6.19 Dano pela Execução da Medida

³¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 262.

³¹¹ *Idem, ibidem*, p. 262.

³¹² CASTAGNA, Ricardo Alessandro, *Op. cit.*, p. 262.

³¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 295 e 296.

³¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 95.

Como a tutela antecipatória tem natureza provisória, há a necessidade de se disciplinar as conseqüências jurídicas decorrentes da revogação da medida ou da perda de sua eficácia. Isso porque caso o requerente que se beneficiou com a concessão e efetivação da tutela antecipada perca a demanda e a execução da decisão antecipatória tenha causado prejuízo à parte contrária, esta tem direito de haver indenização do requerente³¹⁵.

O art. 273, em seu § 3º determina a aplicação, como já visto, do art. 475-O, cujo inc. I determina que a execução provisória corre por responsabilidade e iniciativa do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido³¹⁶.

Aplica-se na solução da questão o art. 811 do CPC, no sentido de que o requerente do procedimento cautelar (e também da medida antecipatória) responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida³¹⁷.

Explica MARCOS DESTEFENNI que o entendimento dominante no direito brasileiro é de que a responsabilidade civil prevista no citado artigo é objetiva, isto é, independe de culpa. A responsabilização do requerente da medida, porém, depende da efetiva demonstração de dano sofrido pelo requerido, bem como, da demonstração do nexo de causalidade entre o dano e a efetivação da medida³¹⁸.

Esta não é a posição de TEORI ALBINO ZAVASCKI, para quem, na antecipação assecuratória (disciplinada no inc. I do art. 273), porque originada de fatos que não têm necessariamente a participação ilícita do demandado, a responsabilidade do demandante pelos riscos da execução provisória da medida é objetiva. Já na hipótese de antecipação punitiva, em que a antecipação da tutela é motivada por ato ilícito do demandado, pode-se sustentar que a responsabilidade do demandante por danos decorrentes da execução antecipada tem natureza subjetiva. De todo modo, qualquer outro dano que a execução possa ter acarretado somente será ressarcido se configurada participação culposa ou dolosa do demandante³¹⁹.

6.20 A Revogabilidade da Tutela Antecipada

³¹⁵ JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 459.

³¹⁶ DESTEFENNI, Marcos. *Op. cit.*, p. 339 e 340.

³¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 340.

³¹⁸ DESTEFENNI, Marcos. *Op. cit.*, p. 339 e 340.

³¹⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 95.

A exemplo do que ocorre com as medidas cautelares (art. 807), também as medidas antecipatórias podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo (art. 273, §4º). A precariedade, com efeito, é elemento característico das tutelas fundadas em cognição sumária³²⁰.

À luz do § 4º do art. 273, pode a tutela antecipada ser modificada ou revogada a qualquer tempo. Importante, então, é definir se a modificação ou a revogação da medida liminar pode ocorrer sem alteração da situação fática que ensejou a antecipação, ou, simplesmente, possa se dar em virtude de reexame da questão pelo julgador³²¹.

Como é obvio, é possível a revogação da medida antecipatória por ocasião do julgamento do mérito, já que a tutela antecipatória não se reveste de imutabilidade, própria da coisa julgada material e, assim, só se estabiliza com o não acolhimento da defesa de mérito indireta³²². Mas não é dessa questão que aqui se trata.

O importante é analisar se o juiz pode, no curso do processo, revogar ou modificar a medida antecipatória concedida antes do julgamento do mérito da causa. Como aduz LUIZ GUILHERME MARINONI, o § 4º do art. 273 permite a alteração da tutela em razão de “novas circunstâncias”, no sentido de razões que não foram apresentadas na inicial. Tais novas razões podem ser alterações na situação de fato, como também, o surgimento de outra evidência sobre a situação fática³²³.

Em nome da segurança jurídica, não pode o juiz simplesmente arrepende-se da antecipação para revogar ou modificar o provimento jurisdicional, senão diante de prova de fato novo ou prova que não poderia ter sido produzida no tempo oportuno. Desta forma, não está o juiz autorizado a revogar a tutela interinal porque, simplesmente, mudou de opinião sobre o tema debatido³²⁴.

Com o mesmo posicionamento, TEORI ALBINO ZAVASCKI afirma que a modificação ou a revogação das medidas provisórias em geral só pode ocorrer com a mudança do estado de fato ou com o aprofundamento da cognição sobre o direito afirmado. No caso de mudança na situação fática poderá se evidenciar a mitigação da situação de urgência anteriormente existente, ou, então, o surgimento de

³²⁰ *Idem, ibidem*, p. 136.

³²¹ CASTAGNA, Ricardo Alessandro, *Op. cit.*, p. 257.

³²² MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 284.

³²³ *Idem, ibidem*, p. 255.

³²⁴ CASTAGNA, Ricardo Alessandro, *Op. cit.*, p. 257.

situação de perigo que antes não existia. E com o aprofundamento da cognição é possível que fique demonstrada a inverossimilhança do direito que se aparentava verossímil ou a verossimilhança do direito que antes não parecia evidenciada ³²⁵.

Deste modo, a “liminar por meio da qual o juiz concede a antecipação da tutela está entre aquelas decisões que geram preclusão para o juiz, não podendo, por isso, ser por ele alteradas de ofício” ³²⁶.

No entanto, o dispositivo em tela ao mencionar que “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo”, não foi completo, pois faz supor que a revogação ou modificação tem lugar apenas nos casos em que a medida foi deferida pelo juiz. Mas, também na hipótese de indeferimento da tutela antecipatória ou deferimento parcial, nada obsta que, no futuro, possa haver decisão em outro sentido, acolhendo o pedido ou a parte dele que antes fora denegada. Basta que se faça presente o surgimento de situação de perigo que antes não se configurava, ou a verossimilhança do direito que antes não estava evidenciada, ou sobrevenha situação que configure a incontrovérsia de pedido antes não existente ³²⁷.

Revogada a medida, a restituição das coisas ao estado anterior se processará nos próprios autos, como ocorre com qualquer execução provisória que deva ser desfeita, sendo que os danos, se for o caso, serão ali apurados e executados, conforme dispõe o art. 475-O, inc. II do CPC ³²⁸.

Outra questão interessante, é analisar se a tutela concedida com base no §6º do art. 273 pode, também, ser revogada ou modificada, uma vez que esta decisão não se funda em verossimilhança como as demais espécies de tutela antecipatória do citado artigo.

Tendo em vista o direito fundamental à duração razoável do processo e o dever do legislador de instituir técnicas processuais adequadas a garantir a celeridade do processo, nos posicionamos no sentido de que a tutela da parte incontroversa da demanda não pode ser revogada ou modificada ³²⁹. Aliás, se faz coisa julgada material, a medida antecipadora fundada na parcela incontroversa não pode mesmo ser revogada ou modificada.

Por fim, a sentença de improcedência da demanda gera, por si só, a despeito

³²⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 136.

³²⁶ WAMBIER, L.R.; ALMEIDA, F.R.; TALAMINI, E. *Op. cit.*, p. 331.

³²⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 141.

³²⁸ *Idem, ibidem*, p. 104.

³²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 294 e 295.

de menção expressa a respeito, a revogação da medida antecipatória, tendo eficácia imediata e *ex tunc*, como ocorre em situação análoga, de sentença denegatória do mandado de segurança³³⁰.

6.21 A Fungibilidade Entre as Tutelas Cautelar e Antecipatória

Há imensa dificuldade na doutrina e na jurisprudência em se distinguir, em algumas situações, quando é caso de conservação ou de antecipação dos efeitos da decisão de procedência. Isso ocorre pelo fato de que identificação do *fumus boni iuris* da cautelar e da verossimilhança da alegação da antecipação do art. 273 faz com que tais medidas se diferenciem, em vários casos, por detalhes nem sempre bem perceptíveis³³¹.

É o caso clássico, por exemplo, da medida de sustação de protesto³³² e sua relação com a ação declaratória de inexistência de relação jurídica. Inúmeros doutrinadores e julgados entendem ser caso de medida cautelar, enquanto outros tantos entendem ser caso de antecipação³³³.

Nessa esteira, não pode o necessitado de uma tutela emergencial permanecer desprotegido no meio de divergências doutrinárias, “que deve se prestar para acalorar discussões acadêmicas e aprimorar a ciência processual, em vez de constituir óbice para a efetividade do processo”³³⁴.

Justamente para evitar essas situações, que apenas contribuem para o desprestígio do Poder Judiciário, que muito bem andou o legislador ao introduzir o

³³⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 137.

³³¹ CASTAGNA, Ricardo Alessandro, *Op. cit.*, p. 280.

³³² O protesto cambiário consiste na apresentação do título ao devedor para comprovar a falta de pagamento ou aceite, e, assim, assegurar o exercício dos direitos cambiários regressivos contra coobrigados, ou o direito de ajuizar o pedido de falência do devedor comerciante (protesto necessário), ou, ainda, apenas para obter prova de sua ocorrência (protesto facultativo). O protesto, então, é um procedimento extrajudicial destinado a comprovar o inadimplemento do devedor. A sustação do protesto, por sua vez, é a suspensão do protesto, ou seja, faz com que o protesto deixe de produzir efeitos jurídicos. Destina-se a impedir os efeitos nefastos que um protesto injusto causaria no nome da pessoa protestada, como, por exemplo, a restrição ao crédito. Assim, a sustação do protesto satisfaz, desde logo, a pretensão do devedor. Desse modo, a tutela em questão é antecipatória e não cautelar. Do mesmo modo, ZAVASCKI, afirma que “A cautelar inominada de sustação do protesto não tem natureza cautelar típica, mas é, isto sim, antecipação satisfativa da eficácia negativa do preceito contido na sentença”. Ensina o autor que na ação que visa a anular título de crédito, a sentença de procedência tem a eficácia positiva de desconstituir a obrigação e declarar a nulidade do título, e, como eficácia negativa a de proibir o réu de ter comportamento incompatível com o conteúdo dessa declaração, como seria o de levá-lo a protesto. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**, p. 90.

³³³ CASTAGNA, Ricardo Alessandro, *Op. cit.*, p. 281.

³³⁴ *Idem, ibidem*, p. 282.

§7º ao art. 273, pela Lei 10.444/2002, com a seguinte redação: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Importa observar, no entanto, que esta norma não torna as tutelas iguais, não podendo uma ser pedida pela outra como se fossem uma só. Observa LUIZ GUILHERME MARINONI que “Este parágrafo, ao aceitar a possibilidade de confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, frisa, na verdade, a diferença entre ambas. Isto por uma razão de lógica básica: somente coisas distintas podem ser confundidas”³³⁵. O que se buscou com tal norma foi tão-só possibilitar ao juiz conceder a tutela urgente no processo de conhecimento nos casos em que houver dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza (cautelar ou antecipatória)³³⁶.

Desse modo, o novo § 7º do art. 273 do CPC trata somente da fungibilidade entre as tutelas antecipatória e cautelar e não da possibilidade de se requerer qualquer tipo de tutela cautelar no processo de conhecimento. A idéia de fungibilidade “como é lógico, requer duas espécies de providências que, em razão de sua natureza, possam ser confundidas”³³⁷.

Tal disposição possibilita ao magistrado, portanto, conceder tutela cautelar em face de pedido erroneamente formulado como antecipação da tutela provisória, desde que presentes os pressupostos da medida assecuratória.

Ressalte-se, ainda, que o magistrado deverá aplicar a fungibilidade, não obstante a norma aparentemente possa indicar faculdade, uma vez presente os requisitos da antecipação³³⁸.

Outra questão de grande importância e igual controvérsia na doutrina é definir se a fungibilidade prescrita no § 7º do art. 273 constitui via de mão dupla, ou seja, se admite a concessão de provimento satisfativo provisório à vista de pedido cautelar, ou se somente prescreve a via contrária.

Defende CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO que:

O novo texto não deve ser lido somente como portador da autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida a antecipação da tutela. Também o contrário está autorizado, isto é, quando feito um pedido a título

³³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 131.

³³⁶ *Idem, ibidem*, p. 131.

³³⁷ *Idem, ibidem*, p. 129.

³³⁸ JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 460.

de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que tanto se pode substituir um por outro, como outro por um.³³⁹

Nesse contexto, se a parte pedir uma medida cautelar, mas desejar uma tutela antecipada, deve o juiz conceder esta, dado que, nesta hipótese, o erro terá sido só de nomenclatura. Todavia, se a parte requer medida cautelar propriamente dita e, portanto, de amplitude menor do que aquilo que poderia ter sido pedido no bojo de uma tutela antecipada, o juiz não poderá hipertrofiar o pedido da parte, acentuar os pressupostos do pedido e conceder aquilo que a parte não desejou³⁴⁰.

LUIZ GUILHERME MARINONI, na mesma linha, aduz que a concessão de tutela antecipatória no caso em que houver sido pedida cautelar somente é possível em hipóteses excepcionais, ou seja, quando for razoável e fundada a dúvida em relação à correta identificação da tutela urgente³⁴¹.

Sobre essa questão, NELSON NERY JR defende a idéia de que se o autor ajuizar ação cautelar, mas o juiz verificar ser caso de tutela antecipada, deverá transformar o pedido cautelar em pedido de tutela antecipada. Para tanto, ao receber o pedido cautelar como antecipação, o juiz deve dar oportunidade ao requerente de adaptar o requerimento, inclusive para que ele possa comprovar a existência dos requisitos para a obtenção da tutela antecipada. A cautelar só deverá ser indeferida se não puder ser adaptada ao pedido de tutela antecipada ou se o autor se negar a proceder à adaptação³⁴².

De outro lado, quando o autor fizer pedido de antecipação de tutela, mas a providência requerida tiver natureza cautelar, não se pode indeferir o pedido de tutela antecipada por ser inadequado. Nesse caso, o juiz poderá adaptar o requerimento e transformá-lo em pedido de cautelar incidental³⁴³.

De forma divergente da doutrina dominante, TEORI ALBINO ZAVASCKI não se coaduna com a idéia de que a fungibilidade tem via de mão dupla. Preconiza que:

Com efeito, a fungibilidade (...) tem mão única: diz respeito à medida cautelar que pode ser deferida em caráter incidental. Não autoriza, todavia, (...) que a medida antecipatória possa ser requerida, como a cautelar, por

³³⁹ CASTAGNA, Ricardo Alessandro, *Op. cit.*, p. 285.

³⁴⁰ CASTAGNA, Ricardo Alessandro, *Op. cit.*, p. 285.

³⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 132.

³⁴² JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 460.

³⁴³ *Idem, ibidem*, p. 460.

ação autônoma. Se assim fosse entendido, estar-se-ia atentando contra a lógica do sistema atual, um dos principais avanços trazidos pelo movimento reformador do sistema, que é a de concentrar em uma única relação processual, tanto quanto possível, toda a atividade jurisdicional.³⁴⁴

Apesar desta opinião divergente, nos posicionamos pela via mão de dupla do instituto da fungibilidade em nome dos princípios da efetividade e da tempestividade do processo. Claro que para tanto, dois são os pressupostos exigidos: o preenchimento dos requisitos da tutela cuja fungibilidade se pretende e a ocorrência de erro escusável. Ao aplicar o princípio da fungibilidade, deve o juiz observar se estão presentes os requisitos autorizadores da medida entendida como correta, pois a fungibilidade não elide a necessidade de somente se deferir a medida adequada mediante o preenchimento de seus requisitos³⁴⁵.

6.22 A Tutela Antecipada e o Julgamento Antecipado da Lide

Em função do princípio da unicidade da decisão, o nosso sistema processual não admite que haja duas sentenças para a mesma ação. A circunstância de o processo estar maduro com relação a uma parte do pedido ou a um dos pedidos “não sensibilizou o legislador a ponto de este permitir que haja julgamento definitivo quanto àquela parte do objeto posto sob sua apreciação”³⁴⁶.

Esta, aliás, foi a razão da inserção do § 6º ao art. 273: “minimizar o rigor da regra da incindibilidade da sentença, ao permitir que o juiz antecipe a tutela incontroversa por meio de decisão interlocutória, enquanto aguarda o julgamento do mérito”³⁴⁷.

Ensina NÉLSON NERY JR que a antecipação de tutela não se confunde com o julgamento antecipado da lide, disposto no art. 330 do CPC. Neste o juiz julga o mérito da causa de forma definitiva, proferindo sentença de extinção do processo com apreciação da lide. Já na antecipação da tutela, o juiz apenas antecipa os efeitos da sentença de mérito, em decisão provisória, prosseguindo-se no processo. “No julgamento antecipado da lide há sentença de mérito, impugnável por apelação e sujeita à coisa julgada material; na tutela concedida antecipadamente há decisão

³⁴⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 47.

³⁴⁵ RUANOBA, Sebastian Waternberg. *Op. cit.*, p. 27.

³⁴⁶ CASTAGNA, Ricardo Alessandro, *Op. cit.*, p. 261.

³⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 261.

interlocutória, impugnável por agravo e não está sujeita à coisa julgada material”³⁴⁸.

Desse modo, no caso de ser flagrante a procedência da ação, não só por absoluta verossimilhança do direito do autor, mas também pelo mau uso do contraditório pelo réu, não há razão para o juiz conceder a tutela antecipada se já lhe é possível julgar antecipadamente a lide³⁴⁹. Diante das razões do autor e da conduta do réu, não é necessária a dilação probatória, podendo o juiz, desde já, julgar a lide. O único inconveniente é que julgada antecipadamente a lide, a apelação contra a sentença prolatada, regra geral, é recebida no efeito suspensivo, não produzindo qualquer efeito. Assim, para evitar a ineficácia da decisão prolatada, a antecipação de tutela pode ser concedida em conjunto com o julgamento antecipado, possibilitando ao autor iniciar, de plano, a execução provisória³⁵⁰.

Em suma, o que difere ambos os institutos é o convencimento que o magistrado tem sobre o caso. Se o juízo é de mera probabilidade, enseja somente uma antecipação de tutela para que o contraditório prossiga e, assim, possa o juiz melhor formar sua convicção. No caso do julgamento antecipado da lide, a decisão é proferida com o fundamento em juízo absolutamente exauriente, pois se considera que as provas trazidas aos autos constituem, por si só, evidência insofismável do direito do autor, de forma a dispensar a realização de audiência instrutória.

6.23 As Tutelas Antecipatória e Cautelar

6.23.1 A Tutela Cautelar

Como já demonstramos, o tempo exerce forte influência na alteração das relações jurídicas e nos bem tutelados, seja reduzindo seu valor, seja fazendo desaparecer os próprios bens ou seus meios probatórios. Muitas vezes, ainda que o trâmite do processo seja célere, o estado de fato das coisas pode modificar-se de tal maneira que a decisão final seja ilusória, inútil e ineficaz³⁵¹.

Justamente para enfrentar essa questão é que o processo cautelar se faz de suma importância. O fator tempo é, pois, a razão principal da existência da tutela

³⁴⁸ JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 453.

³⁴⁹ AMENDOEIRA JR, Sidnei. *Op. cit.*, p. 175.

³⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 175.

³⁵¹ SHIMURA, Sérgio. *Op. cit.*, p. 37 e 38.

cautelar. A velha máxima que afirma que “a justiça tarda, mas não falha” não passa de uma grande e perigosa mentira, pois “Justiça tardia, sequer é justiça”³⁵².

Daí o aspecto *sui generis* do objeto do processo cautelar. Enquanto nos processos de conhecimento e de execução, a tutela jurisdicional consiste na satisfação do direito material em litígio, o processo cautelar tem por escopo afastar uma situação de perigo, sem definir a respeito do alegado direito ameaçado pela situação de risco. “Os provimentos cautelares, em si mesmo, não afastam incertezas e nem deixam situações fáticas consolidadas, operando apenas para evitar as deteriorações que o decurso do tempo possa trazer à situação sobre a qual algum outro processo agirá”³⁵³.

Justificando a tutela cautelar, TEORI ALBINO ZAVASCKI assim leciona:

No tempo em que flui (...) pode acontecer que os meios necessários ao processo (isto é, as provas e os bens) fiquem expostos a perigo de desaparecer ou de, por alguma forma, serem subtraídos à disponibilidade da Justiça; ou, mais genericamente, pode acontecer que o direito cujo reconhecimento se pede esteja ameaçado de um prejuízo iminente e irreparável. Nesses casos, à parte interessada é permitido pedir aos órgãos jurisdicionais que conservem e ponham a salvo as provas e os bens, ou eliminem por outra forma aquela ameaça, de modo a assegurar que o processo possa conduzir a um resultado útil.³⁵⁴

Sendo assim, entendemos que a função da tutela cautelar é essencialmente a de proteger o direito da parte. Caminhamos na mesma linha de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, para quem a tutela cautelar é uma forma de proteção jurisdicional que, em virtude da situação de urgência, tutela uma mera aparência do direito em situação de dano iminente, protegendo, pois, o direito, e não o processo³⁵⁵.

Também LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART defendem a idéia de que a função da tutela cautelar é defender o direito da parte, relacionada com o próprio direito à tutela do direito. A concepção de que a tutela cautelar é um direito do Estado, seria fundada na idéia de que a parte tem direito de obter tutela jurisdicional ao final do processo, idéia que não pode subsistir³⁵⁶.

Posicionando-se de outro modo, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO afirma

³⁵² *Idem, ibidem*, p. 38.

³⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, p. 247.

³⁵⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. p. 9 *apud* LIEBMAN, Enrico Túlio, Manual de Direito Processual Civil, trad. Cândido Rangel Dinamarco, 2ª ed. RJ, Forense, 1985, v. I, p. 216.

³⁵⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de Processo Civil. . **Curso de Processo Civil. Processo Cautelar (tutela de urgência)**. Vol. 3, p. 48.

³⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar. Curso de Processo Civil**, Vol. 4, p. 22.

que a tutela cautelar é um instrumento do instrumento, na medida em que serve de modo exclusivo ao processo principal, do qual é dependente, visando afastar qualquer perigo de dano que possa ocorrer às partes enquanto estas aguardam o julgamento da ação principal ³⁵⁷.

A despeito dessa divergência doutrinária, o importante é entender que “A tutela cautelar é uma tutela assecuratória da tutela prometida pelo direito material e da situação a que o direito material confere à tutela jurídica”³⁵⁸. Supõe, portanto, que a situação tutelável esteja exposta a perigo. É o que ocorre, por exemplo, na ação de reivindicação de posse. Se o réu estiver praticando atos de destruição do imóvel cuja posse é reivindicada, pode o autor, temendo encontrar a coisa destruída, requerer tutela cautelar de seqüestro, para que a tutela reivindicatória tenha efetividade quando a sentença vier a ser prolatada ³⁵⁹.

A tutela cautelar tem o fim, pois, de reduzir os inconvenientes do tempo exigido para a prestação jurisdicional. Requer, para tanto, a presença do *periculum in mora*. “Se houver riscos de danos, perecimento, destruição, desvio, mutação das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo principal, ter-se-á atendido ao requisito do *periculum in mora*” ³⁶⁰.

Frise-se, no entanto, que “perigo de dano” e “perigo da demora” não são expressões sinônimas. Há entre elas uma relação de causa e efeito, de modo que o primeiro é que faz surgir o segundo. “Por isto mesmo, para se evidenciar a necessidade da tutela cautelar, não basta alegar *periculum in mora*, sendo preciso demonstrar a existência da sua causa, ou seja, o perigo de dano” ³⁶¹.

O perigo de dano não é, portanto, suficiente, por si só, para justificar a concessão da tutela quando o direito material não é provável. Para obter a tutela cautelar, o autor deve convencer o juiz de que a tutela do direito provavelmente lhe será concedida. Trata-se da probabilidade fundada no *fumus boni iuris*, sendo a tutela cautelar, desta forma, incompatível com a cognição exauriente, já que solicitada em consequência de situação de urgência ³⁶².

³⁵⁷ CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Op. cit.*, p. 168.

³⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar. Curso de Processo Civil, Vol. 4**, p. 23.

³⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 28.

³⁶⁰ SHIMURA, Sérgio. *Op. cit.*, p. 74.

³⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar. Curso de Processo Civil, Vol. 4**, p. 28.

³⁶² *Idem, ibidem*, p. 28.

Dessa forma, não é de se olvidar que há grandes semelhanças entre as tutelas antecipatória e cautelar, se fazendo necessário, então, analisarmos as principais características da tutela cautelar para podermos delimitar a esfera de atuação de cada uma destas prestações jurisdicionais.

6.23.2 Temporariedade

Na doutrina de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, “Sem que se faça a indispensável distinção entre provisoriedade e temporariedade, toda tentativa de conceber uma tutela jurídica apenas assegurativa não passará de esforço inútil”³⁶³.

Na lição do referido doutrinador, a tutela cautelar não deverá ter sua duração determinada pela emanção de uma providência definitiva que a substitua, durando enquanto permanecer o estado perigoso. A duração do arresto, por exemplo, não fica condicionada à emanção da sentença que venha a julgar procedente a ação condenatória. Ao contrário, se a sentença acolher a pretensão do autor que obtivera o arresto, esta medida será, a partir da sentença, mais justificada do que fora antes do julgamento, pois entre o trânsito em julgado da sentença e a penhora que substituirá o arresto pode intercorrer um lapso de tempo considerável. Portanto, o arresto não antecipa nada que a sentença condenatória pode conter, nem se tornará dispensável uma vez proferida a sentença definitiva, pois não havendo antecipado nenhum efeito que lhe seja inerente, não será substituído por essa sentença³⁶⁴.

Sendo assim, enquanto as tutelas antecipatórias são provisórias, porque destinadas a durar até que sobrevenha a tutela definitiva, que as sucederá com eficácia semelhante, as cautelares são temporárias, porque não serão sucedidas por outra medida de igual natureza³⁶⁵.

A tutela cautelar não encontra, portanto, limite no trânsito em julgado da sentença de procedência, mas sim no trânsito em julgado da sentença de improcedência (mesmo aqui, em situações excepcionais deve ser mantida³⁶⁶), pois

³⁶³ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil. Processo Cautelar (tutela de urgência). Vol. 3.** 3ª ed. SP: RT, 2000, p. 40.

³⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 73.

³⁶⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**, p. 35.

³⁶⁶ Como ensina MARINONI, a sentença de primeiro grau não elimina o perigo de dano, já que o que vale, em caso de recurso, é o julgamento do tribunal. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar. Curso de Processo Civil, Vol. 4**, p. 30.

sendo procedente o pedido, a tutela do direito ainda depende da execução, de modo que a cautelar deve se manter efetiva até a utilização dos meios executivos³⁶⁷.

Contudo, quando desaparecer a situação de perigo que motivou sua concessão, a tutela cautelar deve ser revogada. Desta forma, a tutela cautelar pode ter vida mais longa ou mais curta do que o processo de conhecimento, relacionando-se diretamente com o perigo de dano³⁶⁸. A eficácia da “tutela cautelar se liga ao perigo de dano, tendo com ele uma relação de temporariedade e não com a sentença de mérito, com a qual teria uma relação de provisoriedade”³⁶⁹.

6.23.3 Referibilidade

Para que exista cautelaridade é necessária a referência a um direito acautelado. A falta da referibilidade, é evidência da inexistência de cautelaridade. Sendo satisfativa a tutela antecipatória, não existe referibilidade a um direito acautelado³⁷⁰.

Este é o caso da ação de alimentos provisionais³⁷¹, na qual não há referibilidade porque nada é assegurado, mas há satisfação da pretensão³⁷². “Quando não há referibilidade é porque há tutela antecipatória, já que esta não tem por fim assegurar o resultado útil do processo, já que o único resultado útil que se espera do processo ocorre no momento em que a tutela antecipatória é prestada”.³⁷³

A referibilidade, em suma, é indicativa da cautelaridade, enquanto a não referibilidade aponta para a tutela sumária satisfativa³⁷⁴.

Contudo, a referibilidade da tutela cautelar não é característica unânime na

³⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar. Curso de Processo Civil, Vol. 4**, p. 30.

³⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 31.

³⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 31.

³⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**, p.28.

³⁷¹ O objetivo da ação de alimentos provisionais é garantir o sustento do alimentado até que este esteja em condições de apresentar a demanda principal que lhe interesse. Portanto, o magistrado ao conceder a prestação alimentícia, na verdade, estará satisfazendo o direito do autor, ainda que provisoriamente. Mas, em verdade, não se está aqui diante de uma medida cautelar genuína, mas sim de uma tutela satisfativa, que toma emprestado o rito previsto para o procedimento cautelar. Em suma, os alimentos provisionais constituem, na realidade, forma especial de antecipação de tutela, veiculada por procedimento autônomo e, portanto, com dois momentos para a outorga da providência (liminar e sentença). MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar. Curso de Processo Civil, Vol. 4**, p. 274-280.

³⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 111.

³⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**, p. 59.

³⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. p. 112.

doutrina. Para o professor ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, a idéia de que o processo cautelar se destina a assegurar a idealidade de um provimento que define ou executa direitos, não convence. Diz o autor:

Essa concepção, que traz de modo ínsito a idéia de referibilidade, acessoriedade ou dependência da função e do provimento cautelar (ou de urgência) às funções cognitiva (...) e executiva (...), somente se justifica enquanto os dogmáticos não logravam vislumbrar na atuação emergencial do *fumus* uma espécie de tutela de direito – nem mesmo por presunção.³⁷⁵

Todavia, defendemos a posição de que referibilidade e satisfatividade são elementos diferenciadores entre essas duas tutelas. Enquanto o elemento característico da tutela antecipatória reside na satisfatividade, o da cautelar deriva da referibilidade, isto é, na vinculação que liga o direito acautelado ao direito de acautelá-lo. Para tanto, nos utilizamos da lição de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, para quem o pressuposto da existência, no caso concreto, de uma “situação cautelanda acaba sendo o divisor de águas entre a doutrina que tem as medidas cautelares como destinadas a servir ao processo e aquela que atribui a essas medidas a finalidade de defender não o processo, mas o direito da parte que as pede”³⁷⁶.

6.23.4 Não Satisfatividade

A tutela cautelar não pode satisfazer a pretensão, mas tão-só assegurar a viabilidade da futura satisfação da pretensão. “Existindo satisfatividade, não há cautelaridade, embora exista provisoriedade e *periculum in mora*”³⁷⁷.

A tutela cautelar destina-se, assim, a conservar uma situação até o provimento final, providência que não coincide com a que será outorgada pelo provimento final³⁷⁸.

Para LUIZ GUILHERME MARINONI³⁷⁹:

A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um

³⁷⁵ CUNHA, Alcides Munhoz. **Antecipação e Antecipações ...**, p. 16.

³⁷⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de Processo Civil. **Processo Cautelar ...**, p. 52.

³⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**, p.28.

³⁷⁸ WAMBIER, L.R.; ALMEIDA, F.R.; TALAMINI, E. *Op. cit.*, p. 325.

³⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**, p. 45-46.

direito não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de probabilidade, é satisfativa sumária. Se satisfaz, está além da função de assegurar, realizando missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido cautelarmente. Se inexistente referência a um direito não há direito protegido. Ocorre, neste caso, satisfatividade e não cautelaridade.³⁸⁰

Para OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, por exemplo, os alimentos provisionais, embora estejam previstos no livro III do CPC, ao anteciparem a eficácia do provimento final de acolhimento da demanda, em verdade realizam plenamente o direito posto em causa, ainda que provisoriamente. Noutra passo, as medidas propriamente cautelares limitam-se a assegurar a possibilidade de realização, para o caso de vir a sentença final reconhecer a procedência da pretensão assegurada. Portanto, para o autor, não há nestas provisionais cautelaridade, mas sim uma ação cautelar autônoma satisfativa³⁸¹.

Também quanto a este aspecto, ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA tem posição divergente da acima apresentada. Para o autor:

O que se tem visto é a tentativa de reduzir o conceito da função e da medida cautelar, para confiná-lo às providências meramente conservativas, como se todo e qualquer efeito inovativo ou antecipatório fosse incompatível com a função e a medida cautelar. Não obstante isto, historicamente, sob a denominação cautelar, sempre foram compreendidas tanto as medidas que conservavam como as medidas que antecipavam utilidades em face de interesses reputados relevantes (*fumus*), em situação emergencial (perigo de dano irreparável).³⁸²

Apesar de opiniões abalizadas em contrário, como a anteriormente exposta, entendemos que a tutela antecipada implica no adiantamento dos efeitos da decisão final de mérito, enquanto a medida cautelar se limita a garantir o direito requerido pela parte, sendo desprovida de satisfatividade³⁸³.

Para ilustrar bem a situação, vejamos o exemplo trazido por OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA: uma liminar de reintegração de posse na ação de esbulho possessório é satisfativa, pois é realizadora da pretensão, ainda que provisória, do possuidor esbulhado. De outro modo, imaginemos que o magistrado tenha indeferido o pedido de reintegração liminar de posse, de modo que o objeto litigioso seja conservado na posse do réu. Ultrapassada a fase interdital da ação, constata o

³⁸⁰ AMENDOEIRA JR, Sidnei. *Op. cit.*, p. 165.

³⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 111 e 112.

³⁸² CUNHA, Alcides Munhoz. **Antecipação e Antecipações ...**, p. 16.

³⁸³ SHIMURA, Sérgio. *Op. cit.*, p. 46.

jugador que o réu está a destruir o objeto a respeito do qual as partes controvertem. Em tal caso, mesmo que as alegações feitas pelo autor não o tenham convencido do esbulho, se este o requer, o juiz poderá decretar o seqüestro da coisa litigiosa. Esta medida importa na retirada da coisa da posse do litigante e sua entrega em depósito judicial a um terceiro, nomeado pelo juiz. Neste caso, portanto, o caráter apenas assegurativo do seqüestro é evidente. Conforme preconiza o autor, a nenhuma das partes o seqüestro satisfaz: o réu, que pretendia mostrar ao juiz que o esbulho não ocorrera, de modo a conservar a posse da coisa litigiosa, perde-a com o seqüestro; por sua vez, o autor, que promove a ação possessória para recuperar a posse de que ele alega ter sido privado pelo réu, igualmente não terá, com o seqüestro, a menor satisfação para esta pretensão. O seqüestro, como todas as verdadeiras medidas e ações cautelares, apenas assegura a futura satisfação do direito assegurado; nunca o satisfaz, ainda que provisoriamente³⁸⁴.

Neste exemplo, tendo o objeto litigioso sido preservado do risco de destruição, com sua entrega ao depositário, poderá ser entregue ao vencedor, incólume. Assim, o direito reconhecido pela sentença poderá se realizar inteiramente, de modo que poderá o vencedor exercê-lo em sua plenitude. Caso contrário, o autor vencedor teria que se contentar com a reparação monetária, dado que sua pretensão de recuperar a posse do objeto esbulhado teria se tornado impossível. “Essa é, sem dúvida, uma importante distinção entre asseguaração e satisfação de direitos”³⁸⁵.

6.23.5 Instrumentalidade

A tutela cautelar é instrumental porque destinada a assegurar uma pretensão cujo objeto é discutido em uma ação principal. Assim é o caso do seqüestro cautelar, previsto no art. 822, que é “medida que consiste na apreensão judicial de coisa determinada e sua entrega a depositário, de modo a impedir que a mesma seja subtraída, alienada fraudulentamente, destruída ou danificada por quem a detenha, em prejuízo do direito de propriedade ou posse do requerente”³⁸⁶.

³⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 111 e 112.

³⁸⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil. Processo Cautelar ...**, p. 41 e 42.

³⁸⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil. Volume 1**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris

Ressalta SÉRGIO SHIMURA que “o fim imediato do processo cautelar é preservar determinada situação, garantindo o bom resultado de um processo principal, neste sim, em que se discutirá o direito substancial das partes”³⁸⁷.

Tal característica não ocorre com a tutela que satisfaz por antecipação, já que uma vez satisfeita a pretensão, nada mais resta para ser assegurado³⁸⁸. A instrumentalidade não aparece na ação sumária satisfativa, pois inexistente qualquer ligação instrumental entre a tutela sumária satisfativa e a tutela definitiva³⁸⁹.

No entanto, em sentido contrário, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA destaca que só poderíamos caracterizar a tutela cautelar como instrumental se supormos que o litigante, que dela se serve, viesse a sagrar-se vencedor no processo satisfativo. Caso contrário a tutela cautelar teria desservido ao direito e complicado inutilmente o processo. Neste caso, não haveria na tutela cautelar nenhuma instrumentalidade³⁹⁰.

A despeito dessa posição, entendemos que a medida cautelar não tem um fim em si mesma, servindo tão-só para conservar o direito da parte discutida no processo principal. Por isso, entendemos que a instrumentalidade é, sim, característica da tutela cautelar.

6.23.6 Revogabilidade

Conforme prescrição do art. 807 do CPC, as medidas cautelares, apesar de conservarem sua eficácia na pendência do processo principal, podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo, ocorrendo o desaparecimento da situação de perigo ou alterando-se o estado de fato das coisas que a ensejaram³⁹¹.

Assim, do mesmo modo que na antecipação da tutela, o juiz pode revogar a medida em virtude de novo fatos, como o desaparecimento da situação perigosa que ameaçava o direito da parte ou quando novas provas forem trazidas aos autos, permitindo uma nova valoração da probabilidade da existência do direito afirmado³⁹².

Editor, 1993. p. 174.

³⁸⁷ SHIMURA, Sérgio. *Op. cit.*, p. 56.

³⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**, p.28.

³⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**, p. 98.

³⁹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de Processo Civil. **Processo Cautelar ...**, p. 50.

³⁹¹ CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Op. cit.*, p. 172 e 173.

³⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**, p. 28.

6.23.7 Sumariedade

A sumariedade é característica tanto da cautelar quanto da antecipatória. Aliás, tanto a sumariedade formal quanto a material e, por conseguinte, a inexistência de coisa julgada material caracteriza ambas as tutelas. Estamos no terreno da plausibilidade, sendo este um importante ponto em comum entre a medida cautelar e a antecipação de tutela³⁹³.

Para ilustrar bem a situação, vejamos o caso de uma ação que visa a uma demolição urgente. Esta não permite determinado tipo de provas, por incompatíveis com a urgência que legitima a providência solicitada. O juiz, então, julgará com base em cognição sumária, podendo satisfazer a pretensão da parte. Estamos, nesse caso, diante de uma tutela antecipada³⁹⁴.

De outro modo, credor que demonstra a existência da dívida objeto da demanda e a tentativa do devedor de desfazer-se de seu patrimônio, pode entrar com ação de arresto, com pedido liminar, a fim de garantir futura execução. Solicita, portanto, a apreensão judicial de bens do devedor para assegurar a viabilidade da futura penhora. Do mesmo modo que o anterior, o magistrado julga a cautelar pretendida com base em mera probabilidade do direito do autor.

6.23.8 Autonomia

O processo cautelar é autônomo tanto em relação ao procedimento, quanto em relação à finalidade³⁹⁵. A autonomia procedimental é determinada pelo próprio CPC, prescrevendo este que o processo cautelar possui um procedimento específico em relação ao processo da lide principal³⁹⁶.

Já a autonomia que se manifesta em relação à sua finalidade, ocorre porque tal medida tem fim totalmente diverso do que tem o processo principal, seja porque a tutela cautelar não satisfaz o direito da parte, seja porque o êxito na demanda

³⁹³ WAMBIER, L.R.; ALMEIDA, F.R.; TALAMINI, E. *Op. cit.*, p. 325.

³⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**, p.29.

³⁹⁵ CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Op. cit.*, p. 173.

³⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 173.

cautelar não importa, necessariamente, o da ação principal. É possível, pois, o autor ser titular de direito à proteção, mas sucumbir à pretensão do direito material³⁹⁷.

Aliás, “A autonomia mais se destaca quando se verifica que o resultado de um não reflete a substância do outro, podendo, muito bem, a parte que logrou êxito na ação cautelar sair vencida na ação principal, ou vice-versa”³⁹⁸.

6.23.9 Urgência

O grande móvel a justificar a tutela cautelar é sem dúvida a urgência ante a qual as formas convencionais de tutela jurisdicional não são suficientes³⁹⁹. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA ressalta que:

A emergência de uma situação não prevista e para cuja proteção sejam insuficientes os instrumentos processuais criados pela lei põe o Estado diante da seguinte alternativa: despreza a exigência de uma proteção imediata, capaz de responder adequadamente à situação de urgência, preferindo seguir os procedimentos legalmente estabelecidos; ao contrário, dá prioridade ao interesse de proteger desde logo o provável direito exposto a um dano iminente, adotando alguma medida que lhe dê segurança, sem que o direito por tal modo tutelado seja reconhecido como realmente existente pelo julgador, resultado este somente alcançável em demanda satisfativa que venha a ser ajuizada simultaneamente ou em momento subsequente.⁴⁰⁰

Ao instituir a tutela cautelar, nosso ordenamento jurídico, claramente, fez opção pela segunda alternativa, preferindo oferecer proteção imediata capaz de preservar a incolumidade do direito ameaçado de dano iminente, cuja existência não fora ainda constatada, oferecendo proteção ao direito alegado pela parte, fundado apenas numa simples probabilidade de existência do direito protegido⁴⁰¹.

A urgência é, assim, o elemento a legitimar a jurisdição cautelar, impondo ao julgador prover uma solução baseada em cognição sumária e superficial, que a doutrina indica como *fumus boni iuris*, carente da segurança de um julgamento fundado em prova plena, capaz de conduzir a um juízo de certeza⁴⁰².

Ademais, a demanda cautelar é sumária não só sob o ponto de vista material.

³⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 174.

³⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 174.

³⁹⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil. Processo Cautelar ...**, p. 17.

⁴⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 17.

⁴⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 18.

⁴⁰² *Idem, ibidem*, p. 75 e 76.

Além disso exige também uma forma sumária de procedimento, por via do qual ela se haverá de realizar ⁴⁰³.

Importante observar, ademais, que nem toda tutela urgente é tutela cautelar. “A tutela prestada no curso do processo, sob o signo da urgência, mas cuja substância é a mesma da tutela que se espera obter ao final do processo, constitui uma tutela antecipada, e não uma tutela dirigida a garantir a frutuosidade da tutela final, ou apenas assegurar a situação jurídica tutelável” ⁴⁰⁴.

6.23.10 As Diferenças entre as Tutela Cautelar e Antecipatória

A finalidade das tutelas é o traço distintivo mais marcante entre elas: enquanto a medida cautelar tem, precipuamente, o fim de evitar ou minimizar o risco de eficácia do provimento final, conservando determinado direito; a tutela antecipada busca satisfazer a pretensão do autor, confundindo-se com o próprio resultado final buscado pelo autor ⁴⁰⁵.

Na análise para a concessão da tutela cautelar, devem ser verificados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, enquanto que na análise da concessão da tutela antecipada as exigências vão além, exigindo-se a prova inequívoca para convencimento da verossimilhança das alegações ⁴⁰⁶.

Destaca SÉRGIO SHIMURA que a reforma do CPC iniciada em 1994:

(...) resgata e atenua a promiscuidade com que foi tratado o processo cautelar, incluindo no mesmo título medidas cautelares típicas (arresto, seqüestro), medidas antecipatórias (separação de corpos, regularização de visitas) e medidas satisfativas, que dispensam outro processo principal (protesto, notificação, justificação).⁴⁰⁷

Na mesma linha, assevera NELSON NERY JÚNIOR que:

Com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito no direito brasileiro, não há mais razão para que seja utilizado o expediente das impropriamente denominadas ‘cautelares satisfativas’, que constitui em si uma *contradictio in terminis*, pois as cautelares não satisfazem: se a

⁴⁰³ *Idem, ibidem*, p. 76.

⁴⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar. Curso de Processo Civil**, p. 27.

⁴⁰⁵ WAMBIER, L.R.; ALMEIDA, F.R.; TALAMINI, E. *Op. cit.*, p. 325.

⁴⁰⁶ RUANOBA, Sebastian Waternberg. *Op. cit.*, p. 17.

⁴⁰⁷ SHIMURA, Sérgio. *Op. cit.*, p. 49.

medida é satisfativa, é porque, *ipso facto*, não é cautelar.⁴⁰⁸

Para o citado autor, nem mesmo na previsão do inc. I do art. 273 há cautelaridade, pois sua finalidade principal é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de modo a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar que é o de assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor⁴⁰⁹.

Em bela síntese, afirma SÉRGIO SHIMURA que:

Com a introdução da tutela antecipada, o processo cautelar voltou à sua sede original verdadeira, como que um repatriamento ao seu leito natural, como previsto em sua concepção original. É que antes da expressa previsão da tutela antecipada, era comum o uso da chamada medida cautelar satisfativa, (...) em atendimento às suas situações reais conflitivas que se punham perante o Judiciário.⁴¹⁰

Entendemos também não ser mais admissível, após a introdução da tutela antecipada do art. 273, a propositura de ação de cognição sumária satisfativa com base no poder geral de cautela. Isso porque apesar de possuírem o traço comum de abreviação do tempo, a tutela antecipada realiza antecipadamente um direito que, a rigor, somente seria alcançado com a certeza contida na sentença, após o transcurso de todo o *iter* processual marcado por uma cognição plena e exauriente.

Outra importante diferença, diz respeito ao fato de que a tutela antecipatória quando substituída pela sentença final de mérito, está apta a formar coisa julgada material, ao passo que a cautelar não possui tal condão, uma vez que não adentra no exame do mérito da ação principal⁴¹¹.

Assim, a tutela cautelar se destina a assegurar a efetividade da tutela satisfativa do direito material, sendo caracterizada pela instrumentalidade e pela referibilidade. É, pois, instrumento da tutela satisfativa, já que objetiva garantir a sua frutuosidade. Além disto, sempre se refere a uma tutela satisfativa do direito, que desde logo pode ser exigida⁴¹².

A tutela antecipatória, por outro lado, é satisfativa do direito material, permitindo a sua realização mediante cognição sumária. Tem a mesma substância

⁴⁰⁸ JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 453.

⁴⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 453.

⁴¹⁰ SHIMURA, Sérgio. *Op. cit.*, p. 42.

⁴¹¹ CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Op. cit.*, p. 226.

⁴¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar. Curso de Processo Civil, Vol. 4**, p. 61.

da tutela final com a única diferença de ser baseada em verossimilhança. Além do mais, “O autor não quer outra tutela além daquela obtida antecipadamente, diversamente do que sucede quando pede tutela cautelar, sempre predestinada a dar efetividade a uma tutela jurisdicional do direito”⁴¹³.

Por outro lado, embora as tutelas apresentem sensíveis diferenças, não é de se olvidar que possuem, também, importantes semelhanças. Entre estas, podemos destacar as seguintes: ambas podem ser concedidas mediante liminar; são não definitivas; possuem função constitucional semelhante⁴¹⁴; têm pressupostos idênticos em algumas situações (*fumus boni iuris e periculum in mora*); são fundadas em cognição sumária e, portanto, não fazem coisa julgada material⁴¹⁵.

Ambas as tutelas são, assim, instrumentos voltados a dar condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição, legitimando-se, desse modo, constitucionalmente⁴¹⁶.

Em linhas gerais, TEORI ALBINO ZAVASCKI assim define a questão:

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 em ação cautelar, (...) devendo ser reclamadas na própria ação de conhecimento, exceto nos casos, raros 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 CPC, que, para satisfazer antecipadamente, supõe cognição em nível mais aprofundado, pois exige verossimilhança construída sobre prova inequívoca.⁴¹⁷

Defendemos, em suma, que as tutelas cautelar e antecipatória são institutos distintos, ainda que possuam importantes semelhanças. Embora caiba a ambas a difícil missão de tornar o processo um instrumento efetivo de persecução dos direitos, é importante destacar que têm finalidades bem diferentes: enquanto a primeira visa garantir o direito sob o risco iminente de perecer; a segunda objetiva a fruição do direito em litígio. Desse modo, ainda que importem medidas capazes de dar celeridade e proteção ao direito postulado, tais tutelas diferem substancialmente entre si.

⁴¹³ *Idem, ibidem*, p. 61.

⁴¹⁴ RUANOBA, Sebastian Waternberg. *Op. cit.*, p. 17.

⁴¹⁵ Ressalvando que na tutela antecipatória da parcela incontroversa da demanda, como já demonstramos, há formação da coisa julgada material.

⁴¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**, p. 69.

⁴¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 47.

7 CONCLUSÃO

Nessa nova perspectiva instrumentalista que ora inspira a ciência processual, não há dúvida que é preciso adequar o processo ao cumprimento de sua complexa missão de pacificação social com justiça, para que ele não seja fonte de decepções e de desgaste da legitimidade do sistema. O processo deve se voltar à consecução de resultados céleres, efetivos e justos aos que necessitam do amparo jurisdicional do Estado.

Uma prestação jurisdicional só será efetiva se for capaz de produzir precisamente a providência solicitada. Uma prestação jurisdicional apenas conseguirá ser tempestiva se produzir o resultado dentro de um lapso de tempo no qual ela não perca sua utilidade. E só será justa se observar todas as garantias processuais constitucionais. O termo justiça, portanto, está aqui empregado não em sentido ideológico, mas no sentido objetivo da observância plena e não meramente formal das garantias constitucionais.

Mas para a consecução de objetivo hoje tão distante, “É preciso implantar um novo ‘método de pensamento’, rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo”⁴¹⁸. Afinal, “Hoje são muitos os estados de insatisfação que se perpetuam e convertem em decepções permanentes, porque as pessoas não se animam a litigar em juízo”⁴¹⁹.

Nesse diapasão, a tutela antecipatória do art. 273 constitui um instrumento dos mais importantes para a busca de tais objetivos, não só porque possibilita a realização urgente dos direitos no caso de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, mas também porque permite a antecipação da realização dos direitos nos casos de abuso do direito de defesa e da parcela incontroversa da demanda. Desta forma, “concretiza-se o princípio de que a demora do processo não pode prejudicar o autor que tem razão”⁴²⁰, instaurando-se a idéia de que o tempo do processo deve ser suportado por quem precisa de sua instrução probatória.

O instituto da tutela antecipada, portanto, vem a contribuir e muito com a efetividade e a tempestividade do processo, haja vista que possibilita à parte obter

⁴¹⁸ DINARMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, p. 320.

⁴¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 192.

⁴²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 27.

um provimento que só seria possível após um longo e penoso procedimento ordinário, satisfazendo, desde já, o provimento jurisdicional pretendido.

Por conta disso, podemos caracterizar o referido instituto como um dos grandes marcos da ciência processual moderna por conseguir oferecer à parte, cuja razão parece assistir, a possibilidade de ter o bem da vida de forma rápida e efetiva.

No entanto, sendo uma tutela fundada em cognição sumária, ela incorpora novos riscos à atividade da magistratura. Nesse novo contexto, “é preciso que os operadores do Direito compreendam a importância do novo instituto e o usem de forma adequada. Não há razão para timidez no uso da técnica antecipatória, pois o remédio surgiu para eliminar um mal que já está instalado”⁴²¹.

A efetividade só será possível se o juiz estiver disposto a correr riscos. Afinal, “não é só a ação (o agir, a antecipação) que pode causar prejuízo, mas também a omissão”⁴²². Em busca da efetividade e da tempestividade do processo, deve o juiz “deixar de lado o comodismo do velho procedimento ordinário para assumir novas responsabilidades, atento que deve estar à nova realidade social e às novas situações carentes de tutela que não podem, em casos não raros, suportar o mesmo tempo que era gasto para a realização dos direitos de outrora”⁴²³.

Por derradeiro, esperamos ter contribuído para o esclarecimento dos aspectos jurídicos mais importantes do instituto da tutela antecipatória previsto no artigo 273 do CPC, objetivando com isso demonstrar que o magistrado brasileiro tem, hoje, à sua disposição um instrumento realmente hábil a prestar uma tutela jurisdicional mais efetiva, tempestiva e justa.

⁴²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 21.

⁴²² *Idem, ibidem*, p. 21.

⁴²³ *Idem, ibidem*, p. 21.

REFERÊNCIAS

- ABDO, Helena Najjar. **O Abuso do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 – (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 60 / Arruda Alvim, orientação).
- AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. **Poderes do Juiz e Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Editora Atlas, 2006.
- CASTAGNA, Ricardo Alessandro. **Tutela de Urgência: Análise Teórica e Dogmática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- COSTA, Fábio Silva. **Tutela Antecipada**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.
- CUNHA, Alcides Alberto Munhoz. **Antecipação e Antecipações – Dez Anos de Tutela Antecipada ou de Antecipações de Tutela**. In: Luiz Guilherme Marinoni (Org.). Estudos de Direito Processual Civil. SP: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v. 01, p. 233-246.
- CUNHA, Alcides Alberto Munhoz. **Comentários ao Código de Processo Civil Volume 11. Do Processo Cautelar arts. 796 a 812**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- D'ANGELO, Suzi, D'ANGELO, Élcio. **Tutela Antecipada na Ação Civil Pública**. Campinas: Editora LZN, 2004.
- MARCOS DESTEFENNI, Marcos. **Curso de Processo Civil. Processo de conhecimento e cumprimento da sentença**. Volume 1. Campinas: Editora Millennium, 2005.
- DINARMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 13^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil, Vol. 1**. 3^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- DINARMARCO, Cândido Rangel. **O Regime Jurídico das Medidas Urgentes**. Conferência proferida na Faculdade de Direito Mineira da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como evento integrante do Seminário em homenagem a Lopes da Costa, aos 15 de junho de 2000.
- HERKENHOFF, João Baptista. **O Direito Processual e o Resgate do Humanismo**.

Rio de Janeiro: Thex Editora, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 10ª edição. São Paulo: Editora RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil, Volume 1: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar**. São Paulo: Editora RT, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 9ª ed. São Paulo: Editora RT, 2006.

RUANOBA, Sebastian Waterberg. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência (Antecipatória e Cautelar) no Processo Civil Brasileiro**. Extraído do site: <http://www.abdpc.com.br> em 15/03/2009.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval, LIMA, José Luiz Carlos. **Medidas Liminares no Processo Civil: Um Novo Enfoque**. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

SHIMURA, Sérgio. **Arresto Cautelar**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 26ª edição, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil. Processo Cautelar (tutela de urgência). Volume 3**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil. Processo Cautelar (tutela de urgência)**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As Liminares e a Tutela de Urgência**. In: ALVIM, Arruda e ALVIM, Eduardo Arruda (Coord). **Inovações Sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. **Curso**

Avançado de Processo Civil, Volume 1. 9^a ed. SP: Editora RT, 2007.

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

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela.** 6^a edição. SP: Saraiva, 2008.