

JOÃO IVAN BORGES DE LIMA

**ASPECTOS PROCESSUAIS DA TUTELA CAUTELAR E
DA TUTELA ANTECIPADA**

TOLEDO/PR

MAIO/ 2002

JOÃO IVAN BORGES DE LIMA

**ASPECTOS PROCESSUAIS DA TUTELA CAUTELAR E
DA TUTELA ANTECIPADA**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Processual Civil, como requisito final, para Universidade Federal do Paraná, convênio com a Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, Instituto dos Advogados do Paraná e Subseção da OAB/PR de Toledo.

Orientador: Alcides Munhoz da Cunha

TOLEDO/PR

MAIO/ 2002

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	2
JUSTIFICATIVA DO TEMA	4
TUTELA CAUTELAR	6
DISPOSITIVOS LEGAIS	6
DA AUTONOMIA	8
CONCEITO.....	9
MOMENTO E COMPETÊNCIA.....	10
REQUISITOS	11
TUTELA ANTECIPADA	13
DISPOSITIVOS LEGAIS	13
CONCEITO.....	15
REQUISITOS	17
DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, PELA LEI N. 10.444 DE 07 DE MAIO DE 2.002	21
DAS SEMELHANÇAS ENTRE TUTELA CAUTELAR E ANTECIPADA	24
Provisoriedade.....	27
A autonomia e revogabilidade.....	28
Eficácia mandamental	29
DAS DIFERENÇAS ENTRE TUTELA CAUTELAR E ANTECIPADA	31
Como elemento indiferente à diferenciação	33
Como elemento relevante para a diferenciação	34
CONCLUSÕES	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	40

INTRODUÇÃO

As tutelas de urgência vêm sendo, ao longo de sua aplicação, uma forma de garantir às pessoas que buscam o Poder judiciário, maior efetividade na aplicação da lei.

A estrutura organizacional do Judiciário, muitas vezes, traz aos envolvidos em uma demanda, prejuízos pela demora e burocracia institucionais.

As questões expostas à prestação jurisdicional do Estado, pelas suas características próprias e concretas, urgem de definições que, posteriormente, garantam a execução das decisões judiciais, que podem, infelizmente, demorar anos e anos.

Este trabalho pretende realizar um comparativo acadêmico destas tutelas de urgência, com o intuito de ressaltar as vantagens obtidas com a aplicabilidade das mesmas, bem como com a sua diferenciação.

Mister o entendimento destas diferenças.

Ao longo de sua utilização, muitos profissionais envolvidos no sistema judicial brasileiro, como advogados e até mesmo os magistrados, no desconhecimento desta diferença, ousam determinar e requerer, conforme o caso, umas ao invés de outras.

As tutelas, cautelar e antecipada, pretendem possibilitar maior justiça àquele que suporta a demora no caminhar do processo.

Nas páginas que se seguem se argüirá a evolução da efetividade processual através da utilização a aplicação destas figuras.

O espírito do legislador ao criar tais institutos e a situação fática, concreta do momento da criação, são parte integrante deste trabalho.

A definição de cada uma destas tutelas, cautelar e antecipada, os dispositivos que as prevêm, suas características, requisitos, fundamentos e posicionamento dentro do Processo Civil Brasileiro, também serão temas abordados nesta tentativa de abordagem sistemática da questão.

O estudo comparativo destas tutelas, apresentando suas semelhança e diferenças, suas aplicabilidades, com a menção de doutrinadores de renome, de seus estudos e posturas estão também consignados no trabalho que se pretendeu desenvolver.

As divergências existentes nas posições doutrinárias e jurisprudenciais foram buscadas a fim de se demonstrar que o tema ainda apresenta um fértil terreno de discussão.

A confusão enfim, que se apodera de grande parte dos profissionais ligados ao direito, mereceu ser exposta e evidenciada neste trabalho, que tem por principal objetivo esclarecer sem, contudo, a pretensão de findar discussões doutrinárias acerca do tema.

JUSTIFICATIVA DO TEMA

O rápido crescimento populacional no país e, a conseqüente ampliação das relações jurídicas e, por óbvio, dos conflitos entre seus agentes, colocaram o Poder Judiciário em uma dinâmica nunca antes experimentada.

A mídia, em todas as suas formas, vem mostrando aos cidadãos a necessidade de se buscar a solução de conflitos e, via de conseqüência, a reparação de situações fáticas prejudiciais através da Tutela Jurisdicional do Estado.

Este dinamismo levou o Judiciário a tal posição que, o fez verificar que seu efetivo de pessoal é pequeno diante da solicitação dos cidadãos que tem por objetivo servir.

Desta feita, como não foi e, ainda não é possível aumentar o número de juízes, cartórios e demais agentes da justiça, mudanças e progressos legais foram necessários a fim de amenizar a deficiência na prestação jurisdicional.

Nestas alterações, foram criados mecanismos de aceleração processual nos quais estão inseridas as tutelas cautelares e antecipadas.

O atraso na prestação jurisdicional, muitas vezes vinha a prejudicar a eficácia da aplicação da lei.

A demora, se intrínseca, não é problema isolado.

As conseqüências da demora é que poderiam, a título de argumentação, embasar pretensões indenizatórias contra o próprio Judiciário, já que causam, sem sombra de qualquer dúvida, prejuízos diretos aos cidadãos.

A efetividade do processo passou a ser elemento de maior importância para a concretização do ideal de justiça.

A celeridade processual é imperativa para a solução de problemas com repercussão social.

A tutela cautelar, processualmente criada a fim de evitar prejuízos decorrentes da demora processual e, embasada no esboço do direito que pudesse ser reconhecido pelo magistrado em cognição sumária, vinha deixando uma lacuna que pôde ser preenchida com a criação da tutela antecipada.

As duas figuras, que têm caráter emergencial, passaram a ser consideradas remédios jurídicos para a demora advinda da prestação jurisdicional por órgão deficitário em pessoal.

Mesmo, eventualmente mal aplicadas e/ou requeridas, tais medidas vêm cumprindo seu papel na sociedade brasileira.

Mister, diante da ampla utilização, demonstrar e esclarecer as semelhanças e diferenças entre os dois institutos que, se têm o mesmo objetivo social, não têm a mesma natureza jurídica.

TUTELA CAUTELAR

DISPOSITIVOS LEGAIS

Dos Códigos modernos, o único que conferiu à função cautelar tão grande dignidade foi o Código brasileiro¹, apresentando um método didático, quase um programa de ensino do processo civil, conferindo a efetiva importância do processo cautelar.

Tanto é que, quando da estruturação do Código de Processo Civil de 1.973, reservou-se livro próprio para o tema, onde se elencaram algumas situações em que as partes podem buscar tutela cautelar específica, como no arresto, seqüestro, caução, busca e apreensão, exibição de documentos, produção antecipada de provas e outros tantos, onde foi atribuído ao magistrado, o **poder geral de cautela**.

O poder geral de cautela consiste na possibilidade que tem o juiz condutor da causa de **“determinar 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”**.²

Trata-se de poder discricionário, de grande responsabilidade, onde a lei confia ao juiz o poder de decidir o que seja mais adequado, vez que o legislador não poderia prever todas as situações fáticas possíveis de ocorrer nas relações interpessoais da sociedade.

¹ Conferência – Direito Processual Civil, *Processo Cautelar* – Galeno Lacerda

² Código de Processo Civil Brasileira – “Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

Na opinião de Galeno Lacerda³, “no exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar as medidas provisórias que julgar adequadas para evitar o dano à parte, provocado ou ameaçado pelo adversário, a discricção do juiz assume proporções quase absolutas”.

Isso não significa conferir poder ao juiz de aplicação arbitrária.

Há requisitos obrigatórios, pressupostos de concessão que precisam estar presentes nas situações concretas a fim de permear o convencimento do magistrado.

José Frederico Marques⁴ ilustremente justifica que o processo cautelar repousa em pressupostos certos e, diz com sabedoria que “no caso de ter que garantir o processo cautelar ao resultado do processo de conhecimento, não basta uma pretensão possível e razoável: faz-se necessário o *fumus boni iuris*, a tornar o acolhimento da pretensão”.

Há, ainda, a necessidade de que essa relação jurídica substantiva colocada *sub judice* esteja em perigo de prejuízo decorrente da demora da prestação jurisdicional, o chamado *periculum in mora*.

Como requisitos obrigatórios para a concessão de qualquer medida cautelar, temos que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* operam a limitação do discricionário poder geral de cautela.

Muito embora haja no diploma legal mencionado, especificação em relação a alguns casos, todos se adequam na definição do **poder geral de cautela**.

Importante ressaltar que, como assevera Reis Friede⁵, “a eficácia de tal provimento jurisdicional não assume forma satisfativa: ela apenas circunstancia a inalterabilidade de fatos ou direitos, até a outorga da prestação jurisdicional final, esta sim efetivamente *satisfativa* do direito da parte vitoriosa”.

³ Galeno Lacerda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, vol.8, tomo I, página 135.

⁴ José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo, Ed. Saraiva, vol. 4, página 334.

DA AUTONOMIA

Afirmam alguns autores que o processo cautelar se reveste de autonomia em razão da sua posição no Código de Processo Civil e, da existência de um processo, iniciado por demanda da parte, através de petição inicial, culminando com sentença necessária para extinguir o feito⁶.

Segundo Humberto Theodoro Júnior⁷, “o processo cautelar goza de autonomia técnica, que decorre dos fins próprios perseguidos, que são realizados independentemente da procedência ou não do processo principal”. Diz ainda que, “o pressuposto da sua autonomia encontra-se na diversidade de sua função diante das demais atividades jurisdicionais (cognição e execução)”.

No entanto, esta autonomia, que certamente existe, não pode ser levada ao extremo, pois o Processo Cautelar não dispensa a sua vinculação à ação a que presta segurança.

Prova disto, é a preclusão do artigo 806 combinado com o artigo 808 do Código de Processo Civil, onde se determina que quando proposta a ação cautelar, terá o requerente um prazo de trinta dias para propor a ação principal.

Embora muitos autores se restrinjam a repetir a necessidade da vinculação a uma ação principal, por determinação legal, outros, como Galeno de Lacerda⁸, que defende a autonomia deste processo.

⁵ Reis Friede, *Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 3ª ed., página 125..

⁶ José Carlos Vieira, *Autonomia da Sentença Cautelar*, páginas 229/232.

⁷ Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1999.

⁸ Galeno de Lacerda, *Processo Cautelar*. Palestra proferida em curso de especialização da PUC/SP, no primeiro semestre de 1986, coordenado pelos Professores Teresa Celina Arruda Alvim Pinto e Nelson Luiz Pinto.

Embasa seu entendimento na alegação de que não se pode aplicar esta disposição vinculante a todas as situações práticas, como por exemplo, as cautelas voluntárias, meramente administrativas, como pedido de vistoria e, às decretadas de ofício.

Afirma que, “por exemplo, determina-se uma separação de corpos por medida cautelar e, se não proposta a ação principal no prazo legal, deve o juiz ordenar que o casal volte a viver junto?”.

Assim, considera que a vinculação deverá ocorrer quando tratar de direitos obrigacionais e disponíveis e, quando tratar de direito indisponível, deverá ser considerado processo autônomo.

CONCEITO

A tutela cautelar é a que tem por objeto garantir a eficácia da tutela de conhecimento ou de execução, garantindo às suas decisões finais, plena eficácia.

Desta feita, é remédio jurídico que existe para afastar conseqüências prejudiciais à parte, decorrentes do tempo da demanda, do perecimento de provas e bens, etc., em resumo, tem por objetivo garantir a segurança processual das partes.

Sua função precípua é a tutela do processo, no que tange à viabilidade da realização ou reconhecimento de um direito.

Assegura a viabilidade de ser concretizada a decisão final já transita em julgado – é garante de processo.

Não tem, desta feita, caráter satisfativo – não se busca a satisfação do direito pleiteado pela parte e, sim, a garantia que, caso seja decretado o direito da parte por decisão transitada em julgada, haverá forma concreta de executar o *decisum*, aí sim, satisfazendo o direito argüido e já reconhecido pelo Judiciário.

Vem daí uma diferença primordial, que será objeto de argumentação na seqüência deste trabalho, da tutela cautelar e da tutela antecipada.

A tutela cautelar não pode, nem deve, nem é sua função, antecipar a decisão e mérito acerca do direito da parte – deve, outrossim, assegurar a aplicabilidade da decisão futura.

Donaldo Armelin⁹ afirma que, não é da natureza jurídica da tutela cautelar autorizar uma espécie de execução provisória.

Reafirma-se neste momento, a doutrina não é unânime acerca do caráter não satisfativo da tutela cautelar, esclarecendo certos autores que, muitas das vezes, na aplicação ao case concreto, se acaba por conceder tutela cautelar que implica na direta realização do direito pleiteado na principal.

MOMENTO E COMPETÊNCIA

Em decorrência do conceito, se conclui que a tutela cautelar só poderá ser prestada antes ou no curso do processo principal¹⁰ já que, deve garantir a eficácia do resultado.

Quando o procedimento cautelar é instaurado antes da propositura da ação principal, tem caráter preventivo, sendo chamada a medida de preparatória.

Desta feita, haverá prazo preclusivo de trinta dias para a propositura do processo principal que será distribuído por dependência e, autuado em apenso ao procedimento preparatório.

Quando, todavia, o procedimento cautelar for proposto durante o curso, ou seja, após a propositura da ação principal, tem caráter preventivo ou repressivo, sendo a medida chamada de incidental.

⁹ Donaldo Armelin, *A Tutela Jurisdicional Cautelar*, Revista da Procuradoria Geral do estado de São Paulo, 23/129.

¹⁰ Artigo 796 do Código de Processo Civil – “O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.”

A competência está determinada no artigo 800 do Código de Processo Civil¹¹, que determina que competente é o juiz da causa principal, tendo esta sido proposta ou não.

REQUISITOS

Conforme afirmação anterior, a concessão da medida cautelar, ou seja, o poder geral de cautela do magistrado, está limitado, adstrito a requisitos obrigatórios, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Algumas considerações acerca dos mesmos merecem ser exposta.

fumus boni iuris

A expressão latina *fumus boni iuris*, em tradução literal, significa fumaça do bom direito.

Como requisito obrigatório para a concessão de medida cautelar, significa que o juiz, a nível sumário de cognição, deverá em seu convencimento, reconhecer que a parte requerente possui, um mínimo de direito esboçado na situação concreta.

Há que existir um indício, mesmo que mínimo, de que o pedido guarda relação com direito previsto pela legislação vigente.

Já que o juiz deverá reconhecer a fumaça do bom direito em sede de cognição sumária, a medida cautelar, após a concessão da liminar, poderá ser cassada pelo mesmo juiz que, se aprofundando no mérito, perceba que se equivocou e, que, não há direito a ser assegurado.

¹¹ Artigo 800 do Código de Processo Civil : “As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal”.

Todavia, no primeiro momento, o magistrado deverá reconhecer, a fim de embasar e fundamentar a concessão, a plausibilidade do pedido com o direito material invocado.

periculum in mora

A expressão também latina *periculum in mora* significa, literalmente, perigo na demora.

Mesmo reconhecido o *fumus boni iuris*, este não é suficiente para a concessão da medida pretendida.

Há a parte requerente de demonstrar, também em nível de cognição sumária do julgador, que a demora na decisão pode acarretar prejuízo naquele indício de direito já declinado e, pressupostamente reconhecido pelo julgador.

Desta feita, é impositivo reconhecer que as medidas cautelares devem, necessariamente, ser urgentes.

Se não há risco, podem as partes aguardar a decisão final da demanda sem que haja necessidade de medida cautelar preparatória ou incidental.

É, por óbvio, requisito obrigatório, sob pena de se ver o Judiciário mais assoberbado de processos com caráter de urgência sem, contudo, respeitar a natureza jurídica da medida em si, qual seja, o risco iminente da demora das decisões.

Ambos os requisitos, quando da concessão da medida, devem ser reconhecidos e fundamentos pelo juiz concessor, sob pena de sua decisão ser objeto de recurso facilmente provido.

TUTELA ANTECIPADA

DISPOSITIVOS LEGAIS

A tutela antecipada surgiu na reforma processual de 1.994, através da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1.994, que alterou a redação do artigo 273 do Código de Processo Civil, cumprindo assim a tarefa de construir a sistemática ampla e bem estruturada da antecipação provisória de tutela satisfativa, já então encarada como uma das exigências do devido processo legal, em sua visão mais dinâmica e atual de pleno acesso à Justiça com a carga máxima de efetividade da prestação jurisdicional.

Porém, não se deve imaginar que o artigo 273 do Código de Processo Civil foi uma inovação extraordinária, pois, tal possibilidade já se encontrava presente em outros procedimentos especiais, expressamente ou não, principalmente nas ações possessórias e concessões através de liminares.

Na verdade, o legislador apenas assumiu, inserindo expressamente, no Procedimento Comum, a tutela satisfativa que realiza o direito antecipadamente, de maneira que esta não mais precisará ser realizada inadequadamente através de medida cautelar inominada.

Se a criação de um processo cautelar, designado no Livro III do Código de Processo Civil modificou a divisão bipartite do processo, é ainda mais certo que a tutela antecipada trouxe mudança radical para a mesma divisão, posto que esta deixou de ser absoluta, o que quer dizer que, com o advento da antecipação da tutela, uma forma procedimental não é mais incompatível com a tutela de outra espécie.

É exatamente isto que ocorre, no caso da tutela antecipada, que traz consigo a realização de uma tutela executiva provisória, antes de esgotada a tutela cognitiva do processo de conhecimento a que se refere.

Essa novidade, porém, diminuiu a incidência de casos submetidos às medidas cautelares inominadas, uma vez que a realização do direito antes pleiteado através desta forma procedimental passou a ser possível dentro do próprio processo de

conhecimento, pelo requerimento da tutela antecipada, com fundamento no artigo 273 do Código de Processo Civil.

Assim, a tutela antecipada foi um grande passo dado pelo legislador, valorizando o princípio da efetividade da função jurisdicional, voltando a sua preocupação para o fator 'tempo' do processo e obtenção dos fins a que este se destina.

Para isto, se possibilitou ao juiz determinar atos de execução dentro do processo de conhecimento, economizando a máquina judiciária, dispensando a necessidade de propor uma nova ação para requerer aquele ato de execução urgente, mediante uma disciplina processual e procedimental próprias, prevista na Lei adjetiva, cuja redação passou a ser a seguinte:

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

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

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

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

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

§ 3º. A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

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

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

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

§7º. 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”.¹²

A inovação em causa não representou uma simples alteração procedimental que pudesse agilizar o processo.

Houve, na verdade, uma inovação nos tipos de provimentos jurisdicionais, com relevante repercussão nos poderes do juiz, sem limitar as possibilidades desta concessão, que estará adstrita apenas, à existência dos seus requisitos e ao pedido feito na inicial.

A lei não disse quais as situações em que o juiz poderá conceder tal medida, deixou um leque a perder de vista de possibilidades à disposição das partes, de acordo com cada caso concreto.

No entanto, determinou os requisitos para que esta seja concedida e a necessidade de requerimento da parte.

CONCEITO

A concessão da tutela antecipada ocorre quando existe uma pretensão que deve ser imediatamente atendida, sob pena de não existir possibilidade de ser concretizada no futuro, em virtude do lapso de tempo que necessariamente decorrerá até a prolação de sentença – art. 273, I, CPC.

¹² Artigo com a redação alterada pela edição da lei nº 10.444 de 07 de maio de 2002, que entrará em vigor em agosto do mesmo ano.

Ou, ainda, quando visualize a parte requerente da medida que, a parte adversa tenha ou venha abusando de direito ou, protelando o andamento do feito propositadamente – art. 273, II, CPC.

A antecipação da tutela, assim, poderá ser requerida e/ou concedida já no pedido inicial ou, incidentalmente.

Não é incidente só admissível nas ações condenatórias, portanto, qualquer sentença, declaratória ou constitutiva, poderá ter seus efeitos antecipados através da aplicação do artigo 273 do Código de Processo Civil¹³.

O instituto da tutela antecipada tem caráter profundamente progressista, redistribuindo entre as partes o ônus temporal do processo, que anteriormente era suportado única e exclusivamente pelo autor, o qual só poderia ver seu direito satisfeito após longa espera, muitas vezes acentuada por atos protelatórios do réu, conforme assevera Araken de Assis¹⁴.

Agora, provando a ocorrência de manifesto propósito protelatório de uma das partes, a outra tem a possibilidade de afasta-lo do feito.

É importante salientar que no seu aspecto jurídico-formal, a eficácia da tutela antecipada não é o mesmo que antecipação da sentença.

Não se estará, jamais, antecipando a decisão do mérito da lide, a declaração, condenação ou constituição pretendidas, mas apenas os efeitos que desta decisão terminativa irão advir.

Mesmo porque, a antecipação da tutela poderá ser requerida e/ou concedida parcialmente, ou seja, a pretensão do feito terá apenas um de seus efeitos antecipados.

O exemplo claro é em uma declaratória de inexigibilidade de dívida baseada em título já inscrito nos órgãos de proteção ao crédito.

O que se pretende é a declaração de nulidade do título, com a conseqüente baixa dos registros negativos de crédito.

¹³ Veja opinião em sentido contrário, citada por Carlos Francisco Büttenbender. *A Antecipação dos Efeitos da Tutela Jurisdicional Pretendida*. 2ª ed. Porto Alegre. Síntese, 1999, página 87.

¹⁴ *Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela*, coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier.

É possível requerer e/ou conceder, unicamente, a suspensão dos efeitos da restrição de crédito, oficiando-se o órgão para que se abstenha de prestar informações negativas acerca daquele título que se pretende desconstituir.

A tutela antecipada é parcial, já que a tutela definitiva que se pretende é mais ampla.

Outra característica importante da tutela antecipada é a sua executividade, expressa no artigo 273, parágrafo 3º do Código de Processo Civil, onde diz que “*A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§4º e 5º, e 461-A.*”¹⁵, ou seja, remete aos dispositivos que permitem a regulam a sua aplicação imediata após sua concessão.

REQUISITOS

Conforme afirmação anterior, a concessão da tutela antecipada está limitada, adstrita a requisitos obrigatórios, quais sejam, em texto de lei, “*existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:*

- I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou*
- II – fique caracterizado o abuso de direito ou manifesto propósito protelatório do réu.”*

Algumas considerações acerca dos mesmos merecem ser expostas.

Da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação

Existem algumas condições necessárias à existência legal e validade para a concessão da tutela antecipada, que a lei exige e que são essenciais, indispensáveis, de

¹⁵ Alteração introduzida pela Lei nº 10.444 de 07 de maio de 2.002 que entrará em vigor apenas em Agosto do mesmo ano.

tal forma que não subsistirá sem a ocorrência das mesmas, limitando o magistrado à sua concessão.

Conforme o artigo 273 do Código de Processo Civil, temos, primeiramente, a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, que têm seus conceitos interligados e independentes um do outro.

A verossimilhança da alegação, que literalmente significa, aquilo que parece verdadeiro, se refere à lógica dos fatos, trazendo relativa certeza de que, é, praticamente impossível que a alegação seja falsa.

Está intrinsecamente atrelada à prova inequívoca, pois dela decorrerá a certeza de que os fatos resultaram naquela alegação verossímil.

O homem comum, tendo a prova inequívoca de um fato ou ato jurídico, decorra naturalmente aquela alegação, carregada de tal lógica que, torna-se verossímil, concebível.

Há que considerar que, a prova e a verossimilhança serão submetidas ao bom arbítrio e ao convencimento do Julgador, que, convencido, deverá fundamentar sua convicção no despacho concessor da medida pleiteada.

Assim, por exemplo, um título de crédito, é prova inequívoca – nem que, após a cognição profunda da causa e, as provas e tese apresentadas pela parte adversa, seja demonstrado que tal título é nulo.

Aqui, cumpre salientar que, assim como a tutela pode ser concedida, semelhantemente às medidas cautelares, verificado pelo Julgador que houve equívoco em relação à questão, mesmo antes de sentença de mérito, poderá, por despacho, cassar a tutela concedida antecipadamente.

Em outros termos, o que se exige é que os fundamentos da pretensão à tutela antecipada sejam relevantes e apoiados em prova idônea.

Não se exige, por óbvio, o convencimento absoluto, mas a lei, mais do que na concessão de medidas cautelares, não se contenta com simples probabilidade, já que reclama a verossimilhança que se traduzirá em uma remotíssima improbabilidade.

A prova inequívoca será, mesmo após a concessão da medida pleiteada, analisada sob o contexto próprio do relativismo do sistema probatório, utilizado pelo magistrado quando da decisão final de processo judicial de complexidade.

Como assevera Luiz Guilherme Marinoni¹⁶, pode haver casos em que, a título de prova inequívoca, junte-se aos autos toda a prova suficiente para que o juiz declare a existência do direito e, neste caso, a antecipação da tutela teria cognição exauriente e não sumária assim, a prova inequívoca deve ser a suficiente para o surgimento da verossimilhança, já que a declaração da existência ou inexistência do direito é mérito da lide, que deverá ser objeto de sentença terminativa.

Receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Diferentemente do requisito à concessão de medida cautelar, onde há a parte requerente de demonstrar, também em nível de cognição sumária do julgador, que a demora na decisão pode acarretar prejuízo, o receio de dano deve ser concreto, não podendo basear-se em simples temor subjetivo da parte, mas carregado de dados fáticos, seguros, cuja ocorrência tem grande probabilidade de causar prejuízo grave.

O dano deve ser irreparável ou de difícil reparação – o dano material já suportado pela parte requerente que, na lide, pretende ver-se ressarcida, jamais poderá ser objeto de tutela antecipada.

Marinoni¹⁷ diferencia ambos os tipos de dano, salientando que irreparável é o dano que por si só é irreversível.

De difícil reparação é o dano causado àquele, parte na lide, cujas condições econômicas, por exemplo, o impedirão de reverter a situação, ou ainda, quando o dano não poderá, ao final da demanda, ser quantificado ou individualizado, dificultando a reparação.

¹⁶ Luiz Guilherme Marinoni. *A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil*. 2ª ed. Malheiros. São Paulo. 1996, páginas 67/68.

¹⁷ Luiz Guilherme Marinoni, obra citada.

Cumpra salientar que, embora a lei fale em fundado receio, não é apenas nos casos em que se teme um dano, que a tutela pode ser concedida antecipadamente, mas também nos casos em que o dano já ocorreu ou está ocorrendo, desde que, irreparável ou de difícil reparação.

Assim o magistrado, concedendo a medida, poderá evitar o agravamento do dano.

Manifesto propósito protelatório do réu

Configura-se na percepção de ações do réu que visem a atrasar ou perturbar o normal andamento do processo.

Ocorre quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor, totalmente infundada ou contra direito expresso ou, ainda, quando emprega, meios ilícitos ou escusos, para sua defesa.

O legislador virou os olhos para esta questão quando percebeu que a preocupação exagerada com a defesa e a possibilidade de grande resistência dilatórias estavam sendo um ônus suportado apenas pelo autor, dando, inclusive, possibilidade de que o réu tirasse vantagens econômicas da demora do processo, preferindo muitas vezes responder a uma ação judicial do que pagar com pontualidade.

Por esta razão, incluiu o manifesto propósito protelatório do réu entre as possibilidades de concessão de medida antecipatória.

Desta forma, podemos concluir que a tutela antecipada é, na verdade, uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo.

Presentes os requisitos descritos, se está diante de direito subjetivo processual da parte, desvinculado, por óbvio, da faculdade ou discricionariedade do magistrado.

DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, PELA LEI N. 10.444 DE 07 DE MAIO DE 2.002

Na fase final deste trabalho, foi editada a Lei nº 10.444, em 07 de maio de 2.002, a entrar em vigor a partir de 07 de agosto do mesmo ano.

Tendo em vista as características da avaliação deste documento de estudo, tais alterações mereceram ser incorporadas ao presente já que, quando da publicação final as referidas alterações já estarão em vigor.

Desta feita, mister algumas considerações acerca das alterações e introduções das normas constantes do artigo 273 do Código de Processo Civil.

O artigo 1º da Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2.002 tem a seguinte redação:

“ Art. 1º. Os artigos da lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 273

.....

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber, e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461 - A.

.....

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

§ 7º 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’”.

Quanto à primeira alteração, da redação do parágrafo terceiro do mencionado artigo, vislumbra-se que, para a efetivação da tutela concedida, além dos dispositivos da execução provisória, permite-se agora a aplicação dos dispositivos inerentes à execução das obrigações de fazer, ou seja, tutela específica.

Desta feita, vem ainda o legislador se preocupar com a efetividade da medida já concedida, assegurando ao juiz concessor que sua decisão não será inócua diante da falta de elementos legais que permitam a executividade do decisório.

Em relação à segunda alteração, ou melhor, colocando, inclusão naquele dispositivo legal, verifica-se que o legislador honrou regular medida que já vem sendo tomada por juízes mais vanguardistas e ousados.

Trata-se de permissão para a concessão da medida em casos de pedido incontroverso.

Na atualidade, alguns magistrados já vêm optando por determinar a execução do pedido não contestado, desde que possível, de ofício.

Ocorre que, a inclusão deste sexto parágrafo no artigo 273 do Código de Processo Civil vem a regular e dar amparo legal a estas decisões.

Por outro lado, há que se ressaltar que mencionado artigo, em seu *caput*, afirma que a medida deve ser requerida pela parte e, não autoriza, via de consequência, a concessão da medida *ex officio*.

Muito embora esteja claro que decisão desta natureza poderia ser objeto de agravo, dificilmente os Tribunais honrariam altera-la, já que, independentemente de requerida ou não a antecipação da tutela, pela própria celeridade processual, diante da incontrovérsia, não haveria gravame ao contestante silente.

A inclusão do sétimo parágrafo demonstra, claramente, que o legislador tem conhecimento de que há dificuldade por parte de alguns magistrados, representantes do ministério público e/ou advogados no sentido de entender a diferenciação acadêmica para instruir seus pedidos.

Assim, a exemplo do que ocorre nos recursos criminais e nas questões inerentes a menores, há, agora, uma permissão legal para que a parte não seja

prejudicada pelo pedido mal formulado pelo seu procurador judicial.

Independentemente da forma de pedir e/ou da maestria do profissional da área em embasar seu pedido, se cabível a antecipação da tutela ou a concessão de medida cautelar, o juiz poderá conceder uma pela outra, de forma incidental.

O legislador, a fim de suprir grandes falhas provocadas pela conduta do profissional, muitas vezes aquém de sua própria competência profissional, achou por bem proteger a pessoa da parte, permitindo-lhe – diante do caráter de urgência da medida requerida, a concessão da mesma, sem os dissabores do erro processual de seu patrono.

DAS SEMELHANÇAS ENTRE TUTELA CAUTELAR E ANTECIPADA

Tanto a tutela cautelar, como a tutela antecipada se classificam como urgentes e são, portanto, remédios extraordinários, para situações especiais, que devem ser utilizadas quando os meios comuns de jurisdição se mostrarem incapazes de tutelar de maneira eficaz o direito submetido ao Poder Judiciário.

A situação de urgência é um pressuposto comum das tutelas cautelar e antecipada.

E, em decorrência deste caráter de urgência, surgem inúmeras outras semelhanças entre os dois institutos que merecerão, na seqüência, uma abordagem mais aprofundada.

Entre as semelhanças mencionadas, consideramos de maior relevância a fundamentação constitucional, a finalidade, a cognição sumária, a provisoriedade, a revogabilidade e a modificabilidade, bem como a eficácia mandamental e a reversibilidade jurídica.

FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Carlos Büttgenbender¹⁸ se posiciona acerca da função jurisdicional do Estado e da efetividade da jurisdição nas seguintes palavras: “O princípio da Efetividade da jurisdição exsurge do conjunto de dispositivos constitucionais que, ao mesmo tempo em que atribuem ao Estado a competência para a Prestação Jurisdicional, garantem ao particular o pleno acesso à esta prestação de tutela”.

¹⁸ Calor Francisco Büttgenbender. *A Antecipação dos Efeitos da Tutela Jurisdicional Pretendida*. 2ª ed. Porto Alegre. Síntese, 1999. página 87.

Assim, é forte elemento de ligação entre os dois institutos estudados, a fundamentação constitucional, normatizada nos incisos XXXV, LIII, LV e LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal.

Além de que, elas se legitimam constitucionalmente por serem instrumentos que visam dar condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição.

A expressão tutela jurisdicional significa tanto a atividade como seu resultado, monopolizada pelo Estado, desenvolvida imparcialmente e em substituição ao interessado e, consistente na apreciação de demandas relacionadas com lesão ou ameaça a direito e, se for o caso, na realização de providências concretas necessárias à manutenção ou à reparação de tais direitos.

FINALIDADE DE ASSEGURAR A EFETIVIDADE DO PROCESSO

Convém lembrar, na comparação entre as figuras, que ambas são igualmente importantes para a efetividade do processo, procurando assegurar ao indivíduo a apreciação de sua pretensão pelo Estado de maneira célere e eficaz.

Assegurar a eficácia do processo principal (tutela cautelar), bem como antecipar efeitos da decisão que se mostrem urgentes e improrrogáveis (tutela antecipada), estão diretamente ligados à idéia de justiça em determinados casos, nos quais o tempo corrói a possibilidade de justiça.

A efetivação da jurisdição estatal só pode ser considerada quando possua a capacidade de ser realizada na prática, satisfazendo a pretensão da parte que detém o direito alegado, ninguém precisa da titularidade de direitos que não possam ser exercidos.

Portanto, as tutelas analisadas neste trabalho, têm a função de atender a necessidade do processo, proporcionando maior equilíbrio ou igualdade entre as

partes, para que, sobrevivendo a decisão final, o autor, em caso de procedência integral do pedido, obtenha do Judiciário tudo a que tenha direito.

COGNIÇÃO SUMÁRIA

O conhecimento pleno – cognição exauriente – é importante para que o juiz não julgue baseado em meras afirmações, com pouca probabilidade de certeza, mas não se pode, em nome deste conhecimento, ignorar o fato de que a demora inerente a tal investigação seta sendo causa de prejuízos às vezes superiores àqueles que se pretende reverter.

Por esta razão, exige-se, para a concessão das tutelas mencionadas, o juízo de aparência, não de certeza do direito alegado, em que o juiz decide em virtude de uma situação de urgência, estando esta característica umbilicalmente ligada à provisoriedade.

Segundo Reis Friede¹⁹, a cognição sumária existe em virtude da necessidade de dar tratamento diferenciado àqueles casos em que não precise grande aprofundamento para se saber a quem cabe o direito pleiteado, diz ele:

“...a proposta da cognição sumária, que arreda a ordinariade, tem por escopo dar tratamento diferenciado às hipóteses em que o direito aparece como evidente desde logo e a defesa é exercida de modo a protelar a sua realização. As tutelas cautelar e antecipada, pela sua natureza de tutelas urgentes e provisórias, são obtidas mediante cognição sumária, o que significa dizer, que a análise no sentido vertical ou de profundidade é conferida apenas à base de juízos de verossimilhança, o que não acontece, obviamente, com a ação

¹⁹ R. Reis Friede. *Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar*. 3ª ed. Belo Horizonte.

principal com a qual estão inter-relacionadas. Na decisão de ações cautelares ou pedidos de tutela antecipada, em que o juiz dispõe de conhecimento insuficiente da lide, ele apenas ordena, não julga”.

Não se pode confundir cognição sumária com processo sumário, o qual é processo de conhecimento autônomo, de cognição exauriente e tutela definitiva.

Provisoriedade

O “arquétipo dos processos jurisdicionais civis”, em função dos princípios constitucionais de ampla defesa e do contraditório, é um ideal de segurança jurídica (imutabilidade das sentenças – tutela definitiva), o qual é conseguido mediante uma cognição plena e exauriente.

Todavia, há situações em que não é possível submeter-se a processo formal, solene e lento, pois este não atende às peculiaridades da controvérsia a ser enfrentada.

Em razão disto, surge a necessidade de um procedimento próprio, que possibilite a finalização do processo dentro de um período exíguo, satisfazendo-se o direito pleiteado; é neste contexto que surge a outorga de providências antecipadoras do direito reivindicado e garantidoras da futura execução.

A tutela provisória pressupõe a existência de uma situação de risco de danos à satisfação requerida no processo, ou a necessidade urgente de disciplinar sua fruição, que é inadiável e depende de regulação.

Em alguns casos, presume-se urgência em virtude da situação fática descrita na norma.

A denominação de tutela provisória não é ocasional, mas é fruto da sua eficácia limitada no tempo e da sua fragilidade, no sentido de que pode ser revogada a qualquer momento, posto que não produz coisa julgada.

É claro que sua revogação deve ser justificada, o que pode ocorrer quando houver desaparecido os seus requisitos, quais sejam, a situação de urgência ou de

obstáculo à efetividade da prestação jurisdicional, a alteração da possibilidade de prova do fato alegado no pedido da referida tutela, ou ainda, quando após novas investigações probatórias, modificar-se a conclusão que levou ao deferimento da medida.

A tutela provisória jamais terá eficácia por prazo superior ao da existência do processo principal, assim, existe apenas no âmbito do processo, elas não declaram, não constituem, não condenam e não executam.

Isto significa dizer, que elas produzem efeitos apenas no mundo dos fatos, em nada alteram o mundo jurídico.

Porém, muitas vezes, embora se fale em provisoriedade da decisão das tutelas de urgência, elas, no plano prático, se mostram definitivas, como por exemplo, a realização de uma delicada cirurgia, vez que nestes casos, não como retornar à situação anterior.

Mas, não significa dizer que a decisão não permitiu a realização de tal cirurgia não seja provisória.

A autonomia e revogabilidade

Outra característica inerente às duas figuras é a necessidade que elas têm de estarem ligadas a um pedido de tutela definitiva, embora se mostrem diferentemente em cada uma delas.

A tutela cautelar é pleiteada mediante processo autônomo, principal e, a tutela antecipada é pleiteada na própria ação, nos mesmos autos, incidental.

Se não estiverem ligadas a um pedido de tutela definitiva, perdem a razão de ser.

E, estão de tal forma ligadas que, se ao final, o pedido for julgado na ação principal como improcedente, a decisão tomada na cautelar ou o pedido de tutela

antecipada já concedidos serão revogados e modificados a fim de se adequarem à decisão final do mérito.

Não é apenas no momento da decisão final de mérito que elas podem ser revogadas, vez que os dispositivos legais determinam a revogabilidade como características de ambas as tutelas aqui estudadas.

Assim, diz o § 4º do artigo 273 do Código de Processo Civil, determinando que “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada” e, ainda, os artigos 805 e 807 do mesmo diploma legal, assim redigidos:

“ Art. 805. A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.”

Eficácia mandamental

Ambas as tutelas (antecipada e cautelar) têm eficácia preponderantemente mandamental, o que significa dizer que têm efeito de ordenar que se atenda imediatamente ao que o juiz manda, diferindo acentuadamente da eficácia declaratória ou constitutiva e, podendo ser comparada, apenas, com a eficácia executiva, em que se ordena determinado comportamento daquele que é condenado.

Segundo Pontes de Miranda²⁰, “ação mandamental é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo manda.”

²⁰ Pontes de Miranda. *Tratado das Ações*. Tomo VI. Página 3.

Assim, não há necessidade de que o requerente da tutela antecipada, quando esta lhe for concedida, ingresse com ação de execução para fazer valer coativamente o conteúdo da medida.

DAS DIFERENÇAS ENTRE TUTELA CAUTELAR E ANTECIPADA

Conforme observou Teori Albino Zavascki²¹, a antiga e controversa distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada se tornou, após o advento do artigo 273 do Código de Processo Civil, mais atual do que nunca.

Agora, a principal discussão gira em torno de saber quando determinada situação se enquadra neste artigo, posto que, antes se debatia sobre a possibilidade de o juiz, baseado no artigo 79 do Código de Processo Civil, conceder liminares satisfativas.

CONCEITO

A primeira e talvez a mais importante das diferenças entre a tutela cautelar e a tutela antecipada está na definição de ambas, pois enquanto a primeira tem por função assegurar a idoneidade do processo, complexivamente considerado, a segunda tem por escopo implementar desde logo os efeitos práticos de procedência.

Assim, se busca primordialmente, na tutela cautelar, resguardar a efetividade do processo no sentido de dar possibilidades para a concretização da decisão da sentença no processo principal.

Já na tutela antecipada, se busca concretizar de imediato a decisão da sentença no processo principal, vez que esta não pode aguardar, sob pena de perecimento.

A tutela cautelar, se satisfativa, é muito similar à tutela antecipada, pois está cumprindo o fim que àquela é inerente.

²¹ Teori Albino Zavascki. *Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: técnicas diferentes,*

DISPOSITIVOS LEGAIS, AUTONOMIA E REQUISITOS

Outra diferença significativa encontra-se nos regimes processuais e procedimentais aplicáveis a cada uma.

Enquanto a tutela cautelar obedece aos dispositivos do Livro III do Código de Processo Civil, a tutela antecipada está prevista, unicamente, no artigo 273 do mesmo diploma.

Sua localização no Livro que trata do processo de conhecimento, acentua Moniz de Aragão²², revela a tomada de posição do legislador de não querer atribuir natureza cautelar à antecipação de tutela.

Disso decorre que, enquanto a primeira se constitui em processo autônomo, a segunda deve ser requerida/concedida na própria ação, por decisão interlocutória atacável por agravo de instrumento.

Desta forma, se diferenciam no que concerne à sua autonomia processual, que é ponto marcante da tutela acautelatória, já mencionado, o qual inexistente na antecipação.

Essa diferença se torna mais acentuada para aqueles autores que defendem a completa autonomia do processo cautelar, os quais afirmam que apenas a tutela antecipada necessita estar vinculada a um pedido de sentença e, que inexistente possibilidade de se cumular pedido de medida cautelar com pedido principal²³.

Nos dispositivos legais mencionados estão claramente evidenciados os requisitos de cada uma, que se diferem também.

Embora a necessidade de probabilidade do direito alegado seja comum nas duas figuras; o que se exige na antecipação da tutela - verossimilhança da alegação - é mais rigoroso daquilo a se verificar na tutela cautelar - fumaça do bom direito.

²² Moniz de Aragão. *Alterações no Código de Processo Civil: Tutela Antecipada e Perícia*. N. 6, página 198.

²³ Neste sentido, Marins, Vitor A.A. Bonfim. *Antecipação da Tutela e Tutela Cautelar em Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela, por coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier*.

Na tutela antecipada há que existir uma relativa certeza uma aparência de veracidade.

Na cautelar, unicamente se exige um indício do direito alegado.

Há ainda o manifesto propósito protelatório do réu, que não é requisito autorizador da concessão de tutela cautelar.

Vitor Marins²⁴ afirma que tal situação poderia ser abarcada, em sede de tutela cautelar, como sendo de perigo na demora, vez que tal comportamento do réu, retardando o processo, pode gerar a necessidade de “acautelar” direito indiciado em cognição sumária.

DA SATISFATIVIDADE

Como elemento indiferente à diferenciação

Para alguns autores, a grande diferença entre tutela cautelar e antecipada reside no fato de que a primeira não tem caráter satisfativo.

Outros autores, como Galeno Lacerda²⁵, sustentam posição contrária, afirmando que, com relação às tutelas cautelares, umas têm e outras não, este caráter satisfativo e, ainda, que a grande maioria são necessariamente satisfativas, exemplificando a questão com as cautelares em matéria de direito de família.

Assim, Galeno de Lacerda afirma que existem três tipos de cautela, aquelas que garantem as provas necessárias a tornar efetiva a prestação jurisdicional de mérito, aquelas que garantem a existência de bens para garantir a execução da sentença de

²⁴ Wambier, Luiz Rodrigues (Coord); Almeida, Flávio Renato Correia; Talamini, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo. Revista dos tribunais, 1999, 3v. página 570.

²⁵ *Conferências – Direito Processual Civil, Processo Cautelar* – Galeno Lacerda.

mérito e, diferentemente de outros autores, ele afirma que existem aquelas satisfativas, que antecipam provisoriamente a prestação jurisdicional.

Como elemento relevante para a diferenciação

Para Guilherme Marinoni²⁶, “é imprescindível que a tutela não satisfaça a pretensão própria do ‘processo principal’ para que possa adquirir o perfil de cautelar”.

E, este autor cita ainda na mesma obra, semelhante opinião à de Donaldo Armelin²⁷, o qual afirma que, “quando se dá resultado de satisfatividade para a tutela jurisdicional cautelar, resulta-se na distorção do uso desta tutela.”

Assim, a medida cautelar é cabível quando, não sendo urgente a satisfação do direito, se revelar, todavia, urgente garantir sua futura certificação ou execução; a medida antecipatória tem lugar quando urgente é a própria satisfação do direito afirmado.

Na cautelar há a medida de segurança para a certificação do direito, imediata ou futura.

Na antecipatória há adiantamento, total ou parcial, da própria função do direito, ou seja, há, em sentido lato, execução antecipada como meio de evitar o perecimento ou dano.

De importância, transcrever trecho da obra de Guilherme Marinoni²⁸ onde se contrapõe com o entendimento de Galeno de Lacerda:

“A tutela cautelar, como sabemos, visa a assegurar a viabilidade da realização de uma pretensão. Assim, se afirmamos, como o fez Galeno de Lacerda, que a tutela cautelar pode realizar no plano fático a própria pretensão, (p.ex. a pretensão aos alimentos), estaremos incidindo em

²⁶ Marinoni, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Antecipatória*, página 77.

²⁷ Donaldo Armelin. *Tutela Jurisdicional Cautelar*. página 129.

²⁸ Marinoni, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Antecipatória*, página 79.

contradição, pois uma vez realizada a pretensão, nada mais resta para ser assegurado. Ou seja, quando a pretensão é satisfeita, nada é assegurado, e nenhuma função cautelar é cumprida. A prestação jurisdicional satisfativa (não definitiva) sumária, pois, nada tem a ver com tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar”.

DOS EFEITOS DA CONCESSÃO DA TUTELA

Alguns autores defendem que a sentença cautelar não pode antecipar os efeitos próprios da sentença do processo principal, considerando o pedido feito no processo cautelar diverso daquele requerido na ação principal.

Assim, aquele que seria um pedido autônomo, com intuito apenas de assegurar que o pedido feito na ação principal possa ser atendido quando prolatada a sentença a este favorável.

Então, o resultado prático não seria aquele destinado a satisfação do direito, mas apenas a garantia deste.

Porém, isto ocorre de maneira diferente na tutela antecipada, que, caracterizada como uma antecipação dos efeitos da sentença de mérito, tem conteúdo idêntico à consequência jurídica que resultaria da concessão do direito material afirmado pelo autor na lide principal.

Assim, o resultado prático seria o mesmo pleiteado na ação principal, com a diferença apenas de que poderia ser desfrutado imediatamente pelo autor, que não necessitaria aguardar todo o julgamento da lide.

O efeito seria o mesmo caso houvesse o atendimento pronto e espontâneo, pelo réu, do direito afirmado pelo autor.

Como consequência desta distinção, a cautelar tem duração limitada no tempo, ela se extingue no momento em que se decide o litígio, não é sucedida por outra de mesmo conteúdo ou natureza, razão pela qual a situação fática por ela criada

será necessariamente desfeita ao término de sua vigência.

Já a antecipatória pode ter seus efeitos perpetuados no tempo, quando prolatada sentença final de procedência, a qual consolidará de modo definitivo a situação fática decorrente da antecipação.

CONCLUSÕES

Podemos afirmar que a alteração introduzida pelo artigo 273 do Código de Processo Civil buscou solucionar juridicamente o conflito entre a efetividade da prestação jurisdicional e a segurança jurídica.

O legislador optou pela efetividade em detrimento da segurança.

Justifica-se tal posicionamento diante do inequívoco risco de, pugnando-se primeiramente pela segurança jurídica, culminar-se na ausência de efetividade do julgado, consideradas, por óbvio, as características de um processo judicial.

São remédios, ambas as tutelas mencionadas, que garantem às partes, contornar os prejuízos advindos da demora na prestação jurisdicional, a fim de assegurar maior justiça e, regular satisfatoriedade.

As figuras se tornaram, por força de suas semelhanças e natureza jurídicas, tão próximas, que algumas vezes é extremamente difícil separá-las academicamente.

É claro que há diferenças doutrinárias que se refletem, ao longo destes últimos anos, em jurisprudência não uníssona a respeito do assunto.

Efetivamente, os Tribunais passaram, gradualmente, da rejeição imediata de cautelares de caráter satisfativo para sua aceitação o que, por si só, demonstrou que tais considerações deveriam ser reguladas pela legislação, resultando na criação do instituto do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Entre o início daqueles movimentos e o resultado final, com a introdução do artigo 273 do Código de Processo Civil e, agora, com as alterações de mais dois parágrafos no mesmo artigo, o legislador já vinha tentando regulamentar situação de fato imposta aos tribunais, como, a limitação das cautelares contra o poder público.

A grosso modo, as medidas são tão semelhantes que se confundem, mas, estudados separadamente seus pressupostos e requisitos, bem como características, verifica-se que cada uma tem sua aplicação especificamente determinada pela legislação.

A cada caso concreto é possível adequar uma ou outra medida que, ao passar dos olhos podem parecer iguais.

Há, com o aparecimento destas e de outros tipos de tutela, uma reviravolta acadêmica em torno do assunto que, infelizmente, não caberia neste trabalho, diante de sua complexidade.

Atualmente nos bancos das faculdades de direito não se estudam mais apenas a tutela final pretendida, como resultado de sentenças condenatórias, declaratórias e constitutivas – naquela esfera, a tutela cautelar visava somente acautelar a efetivação da tutela buscada.

Há, agora, sentenças executivas lato senso e mandamentais; há também, tutelas específicas, tutela antecipada, tutela cautelar.

Esses avanços somente podem ratificar as afirmações de que o direito, assim como a sociedade que o exige, é dinâmico e deve atender às aspirações sociais do meio onde existe.

Há autores que defendem que a tutela antecipada se origina já do Império Romano, através dos interditos.

Afirma Maria Cristina da Silva Carmignani²⁹ “que foi a necessidade de se entregar um resultado útil às partes que levou o pretor romano a adotar técnica de antecipação da própria tutela inserida no procedimento interdital do processo formulário, para dirimir os efeitos maléficos do tempo decorrente dos trâmites da *actio ordinária*.”

Assim, desde os mais tenros tempos da exortação do direito há que reconhecer que o legislador busca a efetividade do processo, já que tem como responsabilidade a aplicação da justiça.

As medidas aqui tratadas de maneira acadêmica são resultado desta preocupação e necessidades sociais.

²⁹ Maria Cristina da Silva Carmignani. *A Origem Romana da Tutela Antecipada*. São Paulo. LTr.

O processo legislativo brasileiro, devido às suas peculiaridades, não atende de forma satisfatória esse dinamismo social.

Estamos, sem sombra de dúvida, muito aquém do necessário mas, magistrados de qualidade, bem como demais profissionais da área vêm demonstrando ao legislativo as necessidades dessa demanda.

Difícilmente chegaremos lá na velocidade que seria adequada, mas, os institutos aqui estudados demonstram que, estamos no caminho da mais alta preocupação com a justiça concedida aos cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRIOLI, Virgílio. *Commento al Codice di Procedura Civile*. 3.ed., Napoli, v. IV.

ARAGÃO, Moniz de. *Alterações no Código de Processo Civil: Tutela Antecipada e Perícia*. N. 6.

ARMELIN, Donaldo. *A Tutela Jurisdicional Cautelar*, Revista da Procuradoria Geral do estado de São Paulo, 23/129.

BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *A Antecipação dos Efeitos da Tutela Jurisdicional Pretendida*. 2ª ed. Porto Alegre. Síntese, 1999.

CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi (1971). *Interdetti – Enciclopedia del diritto*. Vol. XXI. Varese: Giuffrè Editore.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A Origem Romana da Tutela Antecipada*. São Paulo. LTr. 2001.

CARNELUTTI, Francesco (1999) *Instituições do Processo Civil*. Trad.: Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas, SP: Servanda, vol.I.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo: Uma Análise Empírica das Repercussões do Tempo na Fenomenologia Processual (Civil e Penal)*. São Paulo. Revista dos tribunais, 1997.

FRIEDE, R. Reis. *Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 3ª ed. 1996.

FRIEDE, R. Reis. *Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar*. 5ª ed. Belo Horizonte. Del Rey, 1999.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, vol.8, tomo I.

LACERDA, Galeno. - Conferência – *Direito Processual Civil, Processo Cautelar* –

LACERDA, Galeno. *Processo Cautelar*. Palestra proferida em curso de especialização da PUC/SP, no primeiro semestre de 1986, coordenado pelos Professores Teresa Celina Arruda Alvim Pinto e Nelson Luiz Pinto.

LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. Saraiva, São Paulo. 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil*. 2ª ed. Malheiros. São Paulo. 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Antecipatória*. 1ed.. São Paulo: RT, 1992.

MARINS, Vitor A.A. Bonfim. *Antecipação da Tutela e Tutela Cautelar em Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela*. por coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo, Ed. Saraiva, vol. 4.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. Tomo VI.

PACHECO, José da Silva. *Evolução do Processo Civil Brasileiro: Desde as Origens até o Advento do Novo Milênio*. 2ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 1999

SASSOON, Cristina Rapisarda. *Il novo processo cautelare. Le riforme della giustizia civile*. Torino: UTET, 1993.

TARZIA, Giuseppe. La Tutela Cautelare. In: *Il Nuovo Processo Cautelare*.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civi*. Rio de Janeiro. Forense. 1999

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Processo Civil Brasileiro: No Limiar do Novo Século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999

TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: CEDAM, 1983.

VIEIRA, José Carlos. *Autonomia da Sentença Cautelar*.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord); **ALMEIDA**, Flávio Renato Correia; **TALAMINI**, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999, 3v.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Corrdenador. *Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela*. Editora Revista dos Tribunais . São Paulo. 1997.

ZAVASCKI , Teori Albino. *Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante*. N. 2.