

João Gabriel Menezes Faria

**DA TUTELA CAUTELAR À TUTELA ANTECIPADA: CARACTERÍSTICAS DOS
INSTITUTOS E O TEMA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito
de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo
como requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando da Fonseca
Gajardoni

Ribeirão Preto

2013

Faria, João Gabriel Menezes.

Da tutela cautelar à tutela antecipada: características dos institutos e o tema no novo código de processo civil. Ribeirão Preto, 2013.

96 p.; 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP.

Orientador: Prof. Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni

1. Tutela cautelar. 2. Cautelares satisfativas. 3. Tutela Antecipada. 4. Tutelas de urgência no novo Código de Processo Civil.

João Gabriel Menezes Faria

**DA TUTELA CAUTELAR À TUTELA ANTECIPADA: CARACTERÍSTICAS DOS
INSTITUTOS E O TEMA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo

Data: __/__/____

Nota: _____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni

À minha família.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo a análise das principais características das tutelas cautelares e antecipadas, notadamente naquilo que se refere às divergências doutrinárias que permeiam o tema. Também, será analisado e explicitado o modo pelo qual as tutelas antecipadas, a partir de distorções no uso das tutelas cautelares, surgiram em nosso ordenamento, do ponto de vista legislativo e doutrinário. Nessa seara, será de extrema importância a análise das chamadas “cautelares satisfativas”, que explicitam a zona cinzenta existente entre tais institutos, observando-se qual a influência desse fenômeno no cotidiano prático forense. Ao final, uma breve análise de como o tema vem sendo discutido no projeto do Novo Código de Processo Civil, de acordo com a mais recente versão do projeto aprovada pela Câmara dos Deputados, em 17 de julho de 2013, buscando-se, aí, conclusões acerca de qual seria a melhor resolução legislativa para o tema.

PALAVRAS-CHAVE: tutela cautelar, tutela antecipada, cautelares satisfativas, tutelas de urgência, novo código de processo civil.

ABSTRACT

This work has the purpose of analyzing the main characteristics of precautionary and anticipated tutelage, especially in what refers to the doctrinal differences that permeate the theme. Also, it will be studied and explained the way anticipated tutelage, through distortions in the use of precautionary tutelage, appeared in our legal system, from the legislative and doctrinal standpoint. In this area will be of utmost importance the analyze of the so-called "precautionary-anticipated tutelage", that shows the gray area between such institutes, observing yet the influence of this phenomenon in everyday forensic practice. Finally, a brief analysis of how the issue has been discussed in the project of the New Code of Civil Procedure, according to the most recent version of the bill approved by the House of Representatives on July 17, 2013, seeking then conclusions about what would be best legislative resolution to the issue.

KEYWORDS: precautionary tutelage, anticipated tutelage, precautionary-anticipated tutelage, urgency tutelage, new code of civil procedure.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO..... | 13 |
| 1.1. Problematização | 13 |
| 1.2. Justificação..... | 14 |
| 1.3. Objetivos | 14 |
| 2. TUTELA CAUTELAR..... | 15 |
| 2.1. Considerações iniciais. Conceito geral de Tutela Cautelar | 15 |
| 2.2. Características da tutela cautelar | 16 |
| 2.2.1. Instrumentalidade | 16 |
| 2.2.2. Dependência da ação cautelar. Autonomia procedimental..... | 18 |
| 2.2.3. Provisoriidade e Temporariedade: elementos caracterizadores das tutelas cautelares e satisfativas..... | 21 |
| 2.2.4. <i>Periculum in mora</i> e o perigo de dano | 25 |
| 2.2.5. Sumariedade da cognição e o <i>fumus boni iuris</i> | 28 |
| 2.2.6. Inexistência de coisa julgada material. Regra geral | 30 |
| 2.3. Poder geral de cautela | 33 |
| 2.3.1. Conceito e previsão legal..... | 33 |
| 2.3.2. Poder geral de cautela e medidas cautelares típicas. Concessão <i>ex officio</i> | 34 |
| 2.3.3. Limitações ao poder geral de cautela | 36 |
| 2.4. Fungibilidade entre tutelas cautelares | 38 |
| 3. FUNGIBILIDADE ENTRE TUTELAS CAUTELARES E ANTECIPATÓRIAS. | |
| TUTELA CAUTELAR SATISFATIVA. | 41 |
| 3.1. O §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil | 41 |
| 3.2. Principais distinções apontadas entre tutela antecipada e tutela cautelar. Raiz constitucional comum | 47 |
| 3.3. Tutela cautelar “satisfativa” | 50 |
| 3.3.1. Considerações Gerais..... | 50 |

| | |
|--|-----------|
| 3.3.2. Origem das cautelares satisfativas no ordenamento jurídico brasileiro. Divergências acerca do instituto..... | 51 |
| 3.4. A Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994 e o paradoxo criado no Código de Processo Civil..... | 53 |
| 4. TUTELA ANTECIPADA..... | 55 |
| 4.1. Considerações iniciais. Conceito de tutela antecipada ou antecipatória..... | 55 |
| 4.2. Natureza jurídica da tutela antecipada..... | 56 |
| 4.3. Requisitos para concessão da tutela antecipada..... | 59 |
| 4.3.1. Pressupostos..... | 59 |
| 4.3.2. Requisitos específicos..... | 60 |
| 4.3.3. Condição de reversibilidade da tutela antecipada. O artigo 273, §2º..... | 61 |
| 4.4. Tutela antecipada e julgamento antecipado da lide. O artigo 273, §6º, do Código de Processo Civil..... | 65 |
| 4.5. Momento de concessão da tutela antecipada..... | 67 |
| 4.5.1. Liminarmente..... | 67 |
| 4.5.2. Curso do processo, sentença e fase recursal..... | 69 |
| 4.6. Tutela antecipada concedida de ofício..... | 72 |
| 4.7. Revogabilidade e mutabilidade da tutela antecipada (artigo 273, §4º do Código de Processo Civil)..... | 73 |
| 5. AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..... | 75 |
| 5.1. Considerações iniciais..... | 75 |
| 5.2. A localização da matéria no Novo Código, de acordo com o Substitutivo Final aprovado pela Câmara dos Deputados..... | 76 |
| 5.3. “A tutela de urgência” e a “tutela de evidência”. Generalidades..... | 79 |
| 5.3.1. A tutela de urgência..... | 80 |
| 5.3.2. A tutela de evidência..... | 85 |
| 5.4. Da tutela cautelar antecedente..... | 87 |
| 5.5. A tutela antecipada satisfativa antecedente..... | 90 |
| 6. CONCLUSÃO..... | 93 |
| 7. BIBLIOGRAFIA..... | 95 |

1. INTRODUÇÃO

1.1. Problematização

Diante de todos os estudos realizados durante os cinco anos de graduação, o tema tutelas de urgência foi selecionado não só pelo interesse prático em mim despertado, mas também pela afinidade que tive com as aulas ministradas e, concomitantemente, com a teoria apresentada.

As tutelas de urgência, sejam elas requisitadas pela parte através de uma tutela antecipada ou de uma tutela cautelar, são instrumentos processuais que, por sua natureza, se destacam em relação a inúmeros outros existentes em todo o processo civil. Isso porque, ao mesmo tempo em que não ferem princípios constitucionais, como os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, concedem à parte requerente a efetividade e/ou proteção do direito material pleiteado: as tutelas satisfativas, como o próprio nome diz, trazem à parte requerente a satisfação do direito em sede anterior a uma hipotética sentença de procedência, enquanto as tutela cautelares protegem, garantem direitos, para que uma dita “ação principal” não perca seu objeto, ou seja, o direito material lá pleiteado.

Todavia, questiona-se a confusão que acaba se criando perante as chamadas medidas cautelares satisfativas. Ora, seriam elas ações ordinárias com pedido de tutela antecipada (medida satisfativa) ou simplesmente ações cautelares autônomas satisfativas? Cria-se essa confusão porque, não obstante a doutrina tradicional entenda que é impróprio o uso da expressão “cautelares satisfativas” (MEDINA e GAJARDONI, 2010, p. 58), a jurisprudência e a prática forense fazem uso da referida expressão corriqueiramente. Ademais, ao concederem as medidas “cautelares satisfativas”, os magistrados pouco se aprofundam em discussões acadêmicas nesse sentido, seja porque atuam através do poder geral de cautela do juiz ou porque entendem que a urgência do caso não merece qualquer tipo de contenda extravagante, o que poderia prejudicar, ante a urgência de tal pedido, o direito material pleiteado pela parte.

1.2. Justificação

A escolha de referido tema para o presente trabalho não se baseia somente em estudos doutrinários ou em julgados de nossas cortes superiores, mas também na experiência prática cotidiana por mim vivenciada como estagiário concursado da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Após o ingresso em tal instituição, em meados do quarto ano de graduação, pude perceber que é constante a demanda por tutelas de urgência. Muitas vezes, analisando-se preliminarmente certo caso, mostra-se difícil conceituar aquela medida de urgência como algo que demanda uma tutela satisfativa ou cautelar.

Por isso, o presente trabalho busca analisar como essa zona cinzenta entre tutelas antecipadas e cautelares traz influências na prática forense cotidiana. Ou seja, indaga-se se uma discussão doutrinário-acadêmica pode influenciar a decisão de um magistrado ou o proceder de um advogado, ante o reconhecimento, por nosso Código de Processo Civil, da fungibilidade entre as tutelas de urgência.

1.3. Objetivos

Portanto, basicamente, procura este trabalho abordar como a zona cinzenta entre tutela antecipada e medidas cautelares influencia a prática jurídica cotidiana, especificamente no que se refere às “cautelares satisfativas”. Analisa-se, conforme a doutrina, a imprecisão técnica da expressão “cautelares satisfativas” e, portanto, as conseqüências de tal equívoco, buscando-se entender de forma aprofundada as diferenças e semelhanças (se existem e, se sim, como se manifestam) entre os referidos institutos.

Ao final, após tais análises, será estudado como o tema vem sendo discutido no desenvolvimento do Novo Código de Processo Civil, buscando-se apontar qual a tendência processualista do novo código.

2. TUTELA CAUTELAR

2.1. Considerações iniciais. Conceito geral de Tutela Cautelar

Inicialmente, importante se destacar que a tutela cautelar, segundo o entendimento de Piero CALAMANDREI, se destina a dar efetividade à *jurisdição* e ao *processo* (MARINONI e ARENHART, 2008, p. 19). Nos dizeres do doutrinador italiano, a tutela cautelar tem um “caráter eminentemente publicístico” (CALAMANDREI, 2000, p. 210), pois visa garantir o bom funcionamento da justiça, mais do que o interesse do indivíduo. Cite-se, por oportuno:

“Eles [procedimentos cautelares], como já se notou, são dirigidos, mais do que a defender os direitos subjetivos, a garantir a eficácia e por assim dizer a *seriedade* da função jurisdicional; aquela espécie de escárnio pela justiça que o devedor citado no processo ordinário poderia tranquilamente exercer, aproveitando as longas protelações dos processos, para colocar a salvo os seus bens e rir-se depois da condenação praticamente impotente para atingi-los, pode ser evitada através da tutela cautelar.” (2000, p. 209).

Tal posicionamento ajuda a explicar a ideia de instrumentalidade da tutela cautelar, conforme será exposto oportunamente. Ora, se a jurisdição e o interesse da justiça são baseados no direito processual autônomo e na finalidade pública do processo, a tutela cautelar serviria como *instrumento* de proteção a esses institutos.

Piero CALAMANDREI (2000, p. 210), inclusive, tratava as tutelas cautelares como medida de “polícia judiciária”, ou seja, os procedimentos cautelares seriam destinados a proteger a justiça como um todo, de forma preventiva, urgente e provisória e a partir de um juízo de oportunidade, “que são sem dúvida características da verdadeira e própria função da polícia”.

Há, todavia, posicionamentos divergentes. Isso porque, como se observa, a noção clássica da tutela cautelar advém desse conceito de jurisdição, ou seja, de que esta busca a tutela da efetividade da atuação da vontade da lei (o processo e sua finalidade pública), e não a tutela de direitos. Esse posicionamento divergente é defendido, por exemplo, por Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio CRUZ ARENHART (que se baseiam na teoria da tutela cautelar de Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA), *in verbis*:

“(…) a noção clássica de tutela cautelar é tributária do próprio conceito de jurisdição da sua época. Se o escopo de tutela dos direitos é esquecido quando se diz que a jurisdição deve apenas atuar a vontade da lei, é evidente que a doutrina não poderá concluir que a função cautelar almeja a tutela de um direito, tendo que necessariamente admitir, para ser coerente com as suas bases ideológicas e jurídicas, que a tutela cautelar tem como razão de ser apenas a função de atuar o ordenamento jurídico.” (2008, p. 20).

Por isso, para essa parte da doutrina, a tutela cautelar, mais do que proteger a atuação estatal e o bom funcionamento da justiça, assegura a tutela de um direito ou de uma situação jurídica tutelável através de um dito processo principal.

Enfim, a meu ver, de forma sintática, pode-se conceituar a tutela cautelar como instrumento que visa garantir a efetividade do processo, protegendo-o dos percalços que poderiam advir de um procedimento comum ordinário; por consequência, acaba por proteger direitos, sejam eles de natureza material (por exemplo, concedido o arresto ou o sequestro, o credor tem protegido o seu *direito* de receber por aquela dívida) ou processual (seguindo-se o mesmo exemplo, concedido o arresto ou o sequestro, o credor assegura a efetividade da ação de cobrança que porventura apresentar – processo principal).

Tal conceituação pode ser exprimida após análise das principais características da tutela cautelar e as divergências doutrinárias que pairam sobre elas, conforme se observará nos tópicos seguintes.

2.2. Características da tutela cautelar

2.2.1. Instrumentalidade

Seguindo o entendimento da doutrina clássica, a tutela cautelar é “instrumento do instrumento” (CALAMANDREI, 2000, p.42). Isso porque, além de proteger a jurisdição e a justiça como um todo, serve-se também a proteger, assegurar o processo principal propriamente dito. Daí seu caráter *instrumental*: a tutela cautelar protege o processo principal, garantindo que este tenha eficácia no plano material; o processo principal é que será responsável por satisfazer ou não o direito da parte, sendo que a tutela cautelar apenas garante a eficácia e o resultado proveitoso de tal procedimento (MIELKE, 2009, p.22).

Tal característica revelaria a *dupla instrumentalidade* da tutela cautelar, nos dizeres de José Miguel GARCIA MEDINA e Fernando DA FONSECA GAJARDONI:

“O processo é o instrumento para declaração (conhecimento) ou satisfação (execução) do direito material. Se a tutela cautelar é o instrumento para a proteção do processo de conhecimento ou de execução, a tutela cautelar é o ‘instrumento do instrumento’. Daí porque se diz que na tutela cautelar há dupla instrumentalidade.” (2010, p. 79).

Não é discordante o entendimento de José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE, que afirma que a tutela cautelar está a serviço da tutela definitiva. Cite-se, por oportuno:

“[...] o objetivo dessa modalidade de tutela jurisdicional [tutela cautelar] é assegurar a efetividade de outra. Não tem ela um fim em si mesma, pois não é suficiente para eliminar definitivamente a crise verificada no plano das relações materiais. O pronunciamento de natureza cautelar existe em função de outro, este destinado a dar solução ao litígio, aquele com função de assegurar a efetividade do resultado definitivo. Onde houver cautelar haverá, necessariamente, outra tutela.” (2003, p. 140)

Todavia, há na doutrina entendimento dissonante, capitaneado, principalmente, por Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA (2000, p. 49), que argumenta que a tutela cautelar protegeria o *direito*, e não o processo. Seguindo tal entendimento, a tutela cautelar funcionaria para proteger uma *situação cautelanda*, qual seja, o direito da parte, e não o processo principal. A situação cautelanda, segundo o doutrinador, seria identificada quando se mostra estabelecido, “[...] no caso concreto, qual o interesse jurídico ameaçado de dano iminente, a carecer de proteção cautelar”.

Entende-se, portanto, a partir do entendimento ovidiano, que é essa situação cautelanda, ou seja, aquela situação fática no plano das relações humanas, aquele direito ameaçado, que faz surgir a necessidade do processo cautelar, que emergiria justamente para a segurança de tal situação, e não de um mero processo. Daí porque o doutrinador nega a instrumentalidade da tutela cautelar e confere a ela verdadeira autonomia, como se verá a seguir.

Por isso, tal ideia tornaria possível a desvinculação do processo cautelar de um dito processo principal ou definitivo. Se a cautelar protege um

direito, e não um processo, não há vinculação, pois, mesmo com a extinção do processo principal, o provimento cautelar se conservaria, pois protegeria o direito da parte (MIELKE, 2009, p.31). Ou seja, partindo-se de tal entendimento, é possível que sejam mantidos os efeitos do provimento cautelar após a extinção do processo dito principal, pois, se a cautelar protege o direito, só deverá ser extinta após a satisfação desse direito no plano das relações humanas ou quando a proteção da tutela cautelar não mais se mostrar necessária, pois ausente a situação cautelanda ameaçada de dano iminente. Também, reitera-se que, a partir de tal posicionamento, seria possível a desvinculação do processo cautelar de um processo principal, dando ao primeiro verdadeira autonomia. Verdadeira porque esta não seria meramente procedimental, mas tornaria o processo cautelar independente de outro processo, pois o direito estaria sendo discutido e protegido, de fato, na própria ação cautelar.

Tal entendimento, obviamente, rompe com o modelo vigente no ordenamento jurídico pátrio: o artigo 808, inciso III Código de Processo Civil de 1973, prevê a ineficácia da medida cautelar após a extinção, com ou sem resolução de mérito, do processo principal¹.

2.2.2. Dependência da ação cautelar. Autonomia procedimental

Como observado no tópico anterior, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a instrumentalidade do processo cautelar, ou seja, afirma-se que este é dependente do processo dito principal. Registre-se que o artigo 796 do Código de Processo Civil dá às ações cautelares autonomia meramente procedimental.

Por isso, vale no nosso ordenamento a ideia de que, ainda quando concedida em procedimento autônomo, a tutela cautelar só existe em razão de um processo dito principal, seja ele de conhecimento ou de execução, para os quais se subordina.

¹ Destaca-se, também, que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu, em reiteradas decisões, a instrumentalidade da medida cautelar, afirmando que esta protege o processo principal e visa apenas garantir a futura eficácia do mesmo. Senão, vejamos: “1. É de sabença que o processo cautelar tem natureza instrumental e, como escopo essencial, evitar a inutilidade dos processos de conhecimento e de execução.” (REsp 801.032/RJ, 1ª T., j. 18.04.2006, rel. Min. Luiz Fux, DJ 18.05.2006, p.199); “PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CAUTELAR - JULGAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL - ART. 808, III DO CPC - INTERESSE. 1. Embora a defeituosa redação do art. 808, III do CPC sugira a idéia de que, com a prolação da sentença na ação principal cessa a eficácia da medida cautelar, tal dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o art.807 do mesmo diploma, segundo o qual a cautelar conserva sua eficácia na pendência do processo principal. Assim, somente perde o objeto a Cautelar após o trânsito em julgado da ação principal.” (REsp 320.681/DF, 2ª T., j.19.02.2002, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 08.04.2002, p.190).

Por isso, vale, em relação a tal aspecto, “[...] o brocardo de que o *acessório sempre segue o principal*” (MEDINA e GAJARDONI, 2010, p.79)².

De forma dissonante, como já exposto, Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA entende que a autonomia cautelar é muito mais do que autonomia meramente procedimental. Aqui, vale a transcrição:

“Nosso Código de Processo civil não reconhece, como acabamos de ver, uma autêntica autonomia à ação cautelar, a ponto de poder ela prescindir de um processo satisfativo, dito *principal*, de modo que a tutela obtida através de demanda cautelar pudesse bastar-se a si mesma e não carecesse a tutela outorgada no juízo cautelar de ser confirmada pela sentença do processo principal. Todavia, queira ou não queira o legislador, esta autonomia existe em inúmeros casos, sem que nossa lei ou a própria doutrina sejam capazes de contrariar a realidade e a própria natureza das coisas.” (2000, p. 123)

Para o doutrinador, a verdadeira autonomia possibilita a existência das autênticas cautelares (que ainda assim, não seriam satisfativas) e prescinde a existência de uma ação principal. O pressuposto basilar é: a função do processo cautelar não é meramente instrumental, pois visa proteger direitos, e não um processo.

Tal autonomia existiria, por exemplo, nas ações conservativas, como nas ações que visam à asseguarção de provas (observe-se o artigo 846 do Código de Processo Civil). A autonomia defendida por Ovídio A. BATISTA DA SILVA (2000, p.288) se refere à ideia de que, nesse tipo de ação, a prova produzida não necessariamente será utilizada no processo principal, pois pode ser dispensada ou nem mesmo ser admitida³. Aqui, estaria sendo protegido o *direito* de se produzir e assegurar a prova, e não um processo principal em que aquela prova seria eventualmente utilizada.

² Tal acessoriedade prevalece como regra em nosso ordenamento. Senão, vejamos alguns entendimentos de nossas Cortes Superiores: “1. O processo cautelar mantém com o principal uma relação de acessoriedade, não possuindo vida própria, dependendo sua existência de outro processo a que serve. 2. Não existindo processo principal, é impossível o ajuizamento da ação cautelar. 3. Medida cautelar improcedente.” (STJ. MC Nº 4.535/AC, 6ª T., j. 25.06.2002, rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 18.11.2002 p. 291); “1. A medida cautelar na qual se postula a prestação de caução para garantir o juízo de forma antecipada deve ser proposta perante o juízo competente para a futura ação (principal) de execução fiscal, com a qual guarda relação de acessoriedade e de dependência (CPC, art. 800).” (STJ. MC 12431/RS, 1ª T., j. 27.03.2007, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 12.04.2007 p. 210); “Entre o processo cautelar e as demais categorias procedimentais, há inequívoca relação de acessoriedade. A tutela cautelar não existe em função de si própria. Supõe, por isso mesmo, para efeito de sua concessão, a perspectiva de um processo principal. - Uma vez extinta a causa principal, cessa, de pleno direito, a eficácia do provimento cautelar a ela referente (CPC, art. 808, III). Com o advento desse fato, torna-se ineficaz, em virtude da perda superveniente de seu objeto, a medida de contracautela que havia sido concedida para inibir os efeitos do provimento cautelar anteriormente deferido.” (STF. Pet 1318 AgR-QO/DF, Pleno, j. 11.02.1999, rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.06.2005, p.130).

³ “O engano do legislador, embora grosseiro, é explicável se tivermos presente seu compromisso com a ideia de antecipação dos efeitos da sentença como sendo a essência da tutela cautelar. Se antecipar a tutela jurisdicional

Pontes de MIRANDA relembra que as ações cautelares de exibição de livro, coisa ou documento, por exemplo, bastam em si mesmas, ainda que mantenham a característica da preventividade (assecuratoriedade). Ou seja, tais ações cautelares não são provisórias, pois não dependem necessariamente de outra ação. Por isso, segundo o autor, “tal acessoriedade, tal instrumentalidade, tal subsidiariedade é *ocasional*” (1998, p. 337).

Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio CRUZ ARENHART, além de se mostrarem solidários à ideia ovidiana de que a tutela cautelar protege um direito, e não somente um processo dito principal⁴, defendem, também, que o artigo 796 do Código de Processo Civil é regra geral que comporta exceção, ou seja, o simples fato de a tutela cautelar ser instrumento da tutela de um direito não exclui a possibilidade de que exista situação em que a primeira seja autônoma, como ocorre nas situações protegidas pela ação cautelar de caução de dano infecto (2008, p. 36).

Entretanto, registre-se que, quando há restrição de direito da parte contrária, objeto de demanda cautelar, é imprescindível o ajuizamento de uma ação principal, pois, do contrário, é possível que se cause dano irreparável ao demandado (MIELKE, 2009, p. 95). Conclui-se, portanto, que a autonomia defendida por Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA é plausível e teoricamente aceitável e, apesar de minoritária, é respeitada entre os mais diversos doutrinadores.

Todavia, o que se observa na prática é que uma autêntica demanda cautelar sempre terá sua finalidade conectada ao processo principal, ainda quando seu resultado não for nele utilizado (como nos casos de não utilização da prova obtida através das cautelares de assecuração de provas). Ora, ainda que o processo principal não venha a existir posteriormente, a cautelar é inicialmente requerida porque havia a *possibilidade* de surgimento daquela demanda principal. Daí porque se entende que as ideias de instrumentalidade e acessoriedade são mais compatíveis com o que tem sido demonstrado no cotidiano forense, o que ajuda a explicar o motivo pelo qual a maioria da doutrina e jurisprudência, conforme demonstrado, tem rebatido a teoria ovidiana.

for, como pretendeu o legislador e insistentemente o afirma a doutrina em geral, a função da tutela cautelar, então quando se busca assegurar a prova, cautelarmente, o que em verdade se estará a fazer é produzi-la antecipadamente. A assimilação é indesculpável.”

⁴ “A tutela cautelar não é um instrumento do instrumento, ou seja, um instrumento do processo que presta a tutela jurisdicional do direito, satisfazendo ou realizando o direito material. [...] é um instrumento vocacionado a dar segurança à tutela do direito desejada, ou que pode vir a ser ambicionada, no processo principal. Exemplificando: o arresto não é instrumento do processo, mas sim instrumento destinado a garantir a frutuosidade da tutela ressarcitória pelo equivalente.” (2008, p.36).

Consigne-se, por fim, que até mesmo a teoria ovidiana, apesar de defender a autonomia das ações cautelares, não as concebe absolutamente autônomas como as ações satisfativas. Aqui, vale resgatar passagem da obra de Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, citada por Kazuo WATANABE (2000, p. 136), *in verbis*:

“(...) nossa concepção de ação cautelar, como entidade autônoma, não dispensa sua vinculação a um direito, ou pretensão, ou ação a que aquela preste segurança. A *referibilidade*, a ideia de *transitividade* da ação cautelar ligando-a a uma situação juridicamente relevante, é inafastável. Assegura-se algo: dá-se proteção assegurativa a uma pretensão de direito processual, ou de direito material, a um direito subjetivo, ou, até mesmo, a uma outra ação. Portanto, o sentido de autonomia que se reconhece à ação cautelar, de modo algum, corresponde a uma absoluta e total desvinculação desse tipo de tutela jurisdicional frente à situação cautelanda”. (2000, p. 136 – citando Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, p. 131).

2.2.3. Provisoriedade e Temporariedade: elementos caracterizadores das tutelas cautelares e satisfativas

No que se refere às tutelas cautelares e antecipatórias (satisfativas), há ampla discussão acerca do caráter provisório ou temporário que incide em cada um dos institutos.

Piero CALAMANDREI (2000, p.26) ensina que as tutelas cautelares possuem caráter provisório, pois são estabelecidas para durar somente aquele tempo intermediário que precede o evento esperado (o processo principal e seu pronunciamento sobre o direito pleiteado). O objetivo da tutela cautelar (considerado seu caráter instrumental), portanto, se esgotaria quando alcançado, no processo principal, o pronunciamento de mérito (sentença). É provisório, interino, porque aguarda evento posterior certo, qual seja, a sentença terminativa do processo principal.

É o entendimento, por exemplo, de José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE, que afirma que “a eficácia do pronunciamento de natureza cautelar tem como termo *ad quem* o provimento satisfativo” (2003, p.147); reitera o autor, ainda, que “a provisoriedade determina a necessária substituição da tutela cautelar pela providência definitiva” (2003, p.149).

Consigne-se que, a partir de tal entendimento, a doutrina clássica acaba por reconhecer a existência das *cautelares satisfativas*, conforme se verá adiante. Ou seja, inserem-se no âmbito do procedimento cautelar os provimentos antecipatórios. Isso porque, partindo-se dessa concepção de provisório, nota-se intrínseca a ideia de *substituição* e, conseqüentemente, *antecipação* (MIELKE, 2009, p.25).

Se há antecipação de algo, há satisfação do direito; haveria, portanto no âmbito das tutelas cautelares (partindo-se do entendimento de Piero CALAMANDREI), tutelas de natureza *satisfativa*.

De forma divergente, Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA argumenta que é inerente à tutela cautelar a *temporiedade*, e não a provisoriedade (2000, p.73). As medidas cautelares seriam temporárias porque devem perdurar somente enquanto se conservar a situação de perigo a que está exposto o *direito* tutelado. Na esteira de tal pensamento, a medida cautelar não deve ser extinta com a prolação da sentença, mas deve perdurar até que o direito se realize materialmente no plano das relações humanas, *protegendo-o e sem satisfazê-lo*, pois é nesse ínterim que a cautelar mais se mostra necessária (MIELKE, 2009, p.25).

Não é diferente o entendimento de Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio CRUZ ARENHART, que defendem que a tutela cautelar encontraria limite tão somente no trânsito em julgado de sentença de *improcedência*, e não de procedência. Neste último caso, como é pendente a execução, por exemplo, dever-se-ia manter efetiva a cautelar até a satisfação do direito no plano das relações humanas, ou seja, após a “utilização dos meios executivos” (2008, p.30).

Ainda nos casos de improcedência da ação, antes do trânsito em julgado, segundo os mesmos doutrinadores, há casos excepcionais que permitem a manutenção de eficácia da tutela cautelar, pois não haveria contradição entre uma declaração de inexistência do direito e a necessidade de manutenção da cautelar. Afinal, tal situação não eliminaria o perigo de dano, que poderia ser novamente demonstrado a qualquer momento.

Pois bem. Importante salientar que tanto Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA⁵ quanto Piero CALAMANDREI⁶ entendem da mesma maneira as

⁵ “(...) temporário é simplesmente aquilo que não dura sempre, sem que se pressuponha a ocorrência de outro evento subsequente que o substitua, enquanto o provisório, sendo como o primeiro também alguma coisa destinada a não durar para sempre, ao contrário daquele, está destinado a durar até que sobrevenha um evento sucessivo que o torne desnecessário (...)”. (2000, p.64/65).

⁶ “Temporâneo é, simplesmente, aquilo que não dura para sempre, aquilo que, independentemente da superveniência de outro evento, tem por si só mesma duração limitada; provisório, é, por sua vez, aquilo que é

diferenças e semelhanças entre os conceitos de *provisório* e *temporário*. Para melhor ilustrar tal discussão, de rigor sejam delimitadas tais definições; aqui, a didática de um exemplo cotidiano é esclarecedora⁷.

No futebol, esporte mais popular do país, sabe-se que a figura de comando mais importante de um time profissional é a do treinador, responsável por escalar jogadores, definir posicionamentos e padrões de jogo, entre outras funções. Por isso, em um clube profissional, não é incomum que se assista a demissão de um treinador malsucedido e a posterior admissão de um novo treinador, imaginando-se que tal atitude pode, de alguma maneira, melhorar o futebol apresentado e trazer à equipe melhores resultados.

Todavia, entre a demissão de um treinador e a admissão de outro, não é incomum que as equipes promovam ao cargo, de forma interina, algum profissional que já faça parte do quadro de funcionários do clube; tal profissional comanda o time até que um novo treinador, criteriosamente selecionado, seja contratado pelo clube.

Observa-se, portanto, que a situação do profissional interino é provisória. Provisória porque é certo que ficará no comando do time até que um novo treinador seja contratado. Todavia, não obstante sua condição de provisoriedade, mostra-se claro que tal profissional *satisfaz* o interesse do clube, pois comanda, de fato, a equipe; muitas vezes, inclusive, observa-se a efetivação de tal funcionário como treinador definitivo.

Por outro lado, como exemplo do conceito de *temporário*, pode-se imaginar uma estrutura, que em um estaleiro, sustenta um navio enquanto este é construído. Tal estrutura assegura a eficácia da construção e também protege a embarcação enquanto a mesma é erguida; finalizada a empreitada, a estrutura de sustento não será substituída, mas sim descartada, pois perdera sua função, qual seja, garantir a construção do navio. Note-se que tal estrutura, por si só, não construiu a embarcação, mas apenas assegurou a realização do procedimento.

estabelecido para durar até quando não sobrevenha um evento sucessivo, em vista e na espera do qual o estado de provisoriedade permanece no íterim.” (2000, p.25/26).

⁷ Vale destacar, aqui, que tanto Ovídio A. BATISTA DA SILVA (2000, p. 65/66) quanto Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio CRUZ ARENHART (2008, p. 31) trazem à discussão, em suas respectivas obras, o didático exemplo tecido por Lopes da Costa, que certamente me inspirou a redigir exemplo análogo, valendo a transcrição: “O temporário se define em absoluto, apenas em face do tempo; provisório, além do tempo, exige a previsão de outra coisa em que se sub-rogue. Os andaimes da construção são temporários. Ficam apenas até que se acabe o trabalho no exterior do prédio. São, porém, definitivos no sentido de que nada virá substituí-los. Já, entretanto, a barraca onde o desbravador dos sertões acampa, até melhor habitação, não é apenas temporária, é provisória também.” (Alfredo Araújo Lopes da Costa, *Medidas preventivas – Medidas preparatórias – Medidas de conservação*, p. 10) (in MARINONI e ARENHART, 2008, p.31).

Seguindo tal raciocínio, conclui-se que Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA entende que somente as tutelas *antecipatórias* é que possuem caráter provisório, pois, além de *satisfazerem* o interesse da parte enquanto perduram, serão mantidas, substituídas ou revogadas quando da prolação da decisão de mérito definitiva.

Já no que se refere às medidas cautelares, seguindo-se o pensamento ovidiano, denota-se que as mesmas possuem caráter temporário, pois, além de apenas *protegerem* o direito da parte, e não *satisfazê-lo*, não serão mantidas, revogadas ou substituídas após a realização do direito material, mas sim extintas; ou seja, as medidas cautelares “(...) haverão de durar enquanto dure o estado perigoso, e não mais!” (DA SILVA, Ovídio A. Baptista, 2000, p.73).

Não é dissonante, também, o entendimento de Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio CRUZ ARENHART, que afirmam que “[...] a eficácia da tutela cautelar se liga ao perigo de dano, tendo com ele uma relação de *temporiedade*, e não com a sentença de mérito, com a qual teria uma relação de *provisoriedade*.” (2008, p.31).

A doutrina clássica, por outro lado, ao afirmar que as tutelas cautelares (sendo instrumentais⁸) possuem caráter provisório, acaba por colocá-las no mesmo âmbito as tutelas antecipatórias. É por intermédio desse entendimento, reitere-se, que parte da doutrina acaba por reconhecer as chamadas “cautelares satisfativas” (MIELKE, 2009, p.33).

É a posição defendida por, entre outros, José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE, que entende que os efeitos de uma decisão baseada em cognição sumária, em sede de tutela cautelar, podem trazer à parte *satisfação provisória*, mas que, todavia, “[...] não podem ser confundidos com o efeito jurídico da tutela de cognição exauriente. Este último não está presente na tutela cautelar” (2003, p.149).

Pontes de MIRANDA (1998, p. 352/353) aplica às cautelares a característica de provisoriedade. Todavia, adverte o autor que, se provisório é o que não se faz para sempre, e há cautelares que podem ser definitivas, há de se destacar que “nem toda medida cautelar é provisória (e. g., as obras de conservação de coisa litigiosa, que são medida definitiva)”.

O mesmo doutrinador reconhece, ainda, que inúmeros outros tipos de ação, além das cautelares, também apresentam tal predicado, principalmente

⁸ “(...) As medidas cautelares, sendo instrumentais, têm sua eficácia sujeita à apreciação do pedido em sede principal, isto é, enquanto presentes os pressupostos que autorizaram sua concessão, duram enquanto não tiver sido julgado o pedido realizado em caráter principal.” (MEDINA e GAJARDONI, 2000, p.82).

naquelas em que há adiantamento de cognição ou de execução, ou em várias outras ações de cognição incompleta (1999, p. 351). O autor assevera, ainda (e, assim, alia-se em parte à teoria ovidiana), que “em verdade, a eficácia das medidas cautelares *depende* de tempo (são *temporárias*, temporâneas, não *provisórias*, provisionais).” (1998, p. 352).

A partir da leitura do artigo 807 do Código de Processo Civil, entende-se que nosso ordenamento traz a ideia de *provisoriidade e instrumentalidade* das tutelas cautelares, pois tal dispositivo dita que “As medidas cautelares conservam sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.” (grifei). Por isso, independentemente do resultado da sentença no processo cautelar, a improcedência da ação principal cessa qualquer efeito que pudesse advir da ação assecuratória⁹.

2.2.4. *Periculum in mora* e o perigo de dano

Por definição, entende-se o *periculum in mora* como o perigo de dano ulterior e marginal, irreparável ou de difícil reparação, que poderia derivar do inevitável atraso/lentidão de um procedimento comum ordinário (MIELKE, 2009, p. 25/26).

Piero CALAMANDREI entende que o *periculum in mora* é a base das medidas cautelares (2000, p. 37). Isso porque, aos elementos de prevenção e urgência que justificam a solicitação de uma medida cautelar, adiciona-se o requisito do *periculum in mora*. Nos dizeres de José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE, “o *periculum in mora* é característica essencial e distintiva do provimento cautelar” (2003, p.165)¹⁰.

Destaca-se, ainda, a existência do chamado *periculum in mora* inverso: a concessão da medida cautelar não deve produzir efeitos irreversíveis à parte passiva do procedimento (MEDINA e GAJARDONI, 2010, p.94/95).

⁹ Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “8- Os efeitos da sentença proferida em ação cautelar - demanda de natureza acessória e de efeitos temporários, cujo objetivo é garantir a utilidade do resultado de outra ação - não subsistem diante do julgamento de improcedência do pedido deduzido no processo principal, o que inviabiliza a execução da multa lá fixada. Precedentes.” (REsp 1370707/MT, 3ª T., j. 04/06/2013. Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 17.06.2013). Note-se que tal entendimento revela, também, o motivo pelo qual a sentença cautelar não produz coisa julgada.

¹⁰ O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, aqui, também não difere: “3. As medidas cautelares, em regra, como tutelas emergenciais, exigem, para a sua concessão, o cumprimento de dois requisitos: o *fumus boni juris* (plausibilidade do direito alegado) e o *periculum in mora* (fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação).” (REsp 1319515/ES, 1ª S., j. 22.08.2012. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 21.09.2012).

As medidas cautelares surgem, então, como solução para um conflito existente entre duas diretrizes processuais básicas: o processo deve ser célere e eficaz, mas, antes de tudo, deve ser baseado em um juízo de certeza (MIELKE, 2009, p.26).

Sabe-se que a lentidão é inerente ao procedimento definitivo, pois este, para que atinja sua finalidade (decisão acerca do direito pleiteado), demanda uma cognição exauriente; as medidas cautelares, quando aplicadas perante o latente *periculum in mora*, buscam evitar que a lentidão de procedimento definitivo lese ou aniquile o direito material pleiteado.

A doutrina clássica assume, ainda, que, havendo *periculum in mora*, a tutela cautelar pode não só assegurar a efetividade do provimento definitivo ou conservar o bem da vida até o fim do rito principal, mas também pode *antecipar provisoriamente* os efeitos da sentença de mérito em favor daquele que requisitou a medida. É o entendimento, por exemplo, de José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE, a saber:

“O perigo do *ritardo* é combatido pela antecipação provisória de efeitos práticos do provimento final, com a consequente regulamentação da situação fática até a emissão da tutela definitiva. Nada impede que determinado provimento cautelar contenha, a um só tempo, aspectos conservativos e antecipatórios.” (2003, p.165)

Pontes de MIRANDA (1998, p. 364) assevera que, na verdade, é o receio de que “algo de mau” ocorra, ou tenha probabilidade de ocorrer, que justifica a necessidade de concessão da medida cautelar, e não a simples demora. Essa probabilidade deve ser analisada pelo juiz, que, ainda quando em dúvida, deve conceder a medida. Isso porque, segundo o doutrinador, não seria somente a urgência que caracteriza as medidas cautelares, pois, assevera o autor, “se há *periculum in mora*, iminente, há pedido de caução *de dano infecto* [dano iminente e presumível]: o perigo justifica a urgência; o perigo iminente, a cautela” (1998, p. 353). Nota-se, portanto, que é esse perigo de dano iminente, o receio de dano irreparável e de difícil reparação iminente, que justificaria a concessão da tutela cautelar.

Na esteira desse pensamento, Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA entende que o *periculum in mora* seria requisito necessário somente para concessão de uma tutela satisfativa, e não cautelar; para concessão desta, seria a emergência do dano iminente e irreparável a condicionante dos seus demais pressupostos (2000, p.54). O *periculum in mora* seria pressuposto declarado para a execução provisória (medida

notadamente satisfativa); aplicar tal conceito às tutelas cautelares seria um anacronismo, pois, insistindo-se em tal ideia, nunca seria possível distingui-las das tutelas antecipadas (MIELKE, 2009, p.36).

Isso porque a doutrina dominante (conforme se depreende dos ensinamentos ovidianos), ao afirmar que a tutela cautelar é o remédio para a demora (*periculum in mora*), acaba trazendo a tal instrumento a ideia de *antecipação*, *satisfação* do direito pleiteado, o que seria atingido somente ao fim do procedimento principal ou através da concessão de uma tutela antecipatória do mérito definitivo. Afinal, se a demora é a doença do procedimento que causa o perigo, somente se *antecipando* os efeitos de uma decisão de procedência, no plano material, é que se curaria tal enfermidade.

Por isso, a tese ovidiana defende que, se a tutela cautelar visa somente *assegurar e proteger* a realizabilidade do direito, não seria da natureza do instituto cautelar antecipar o bem da vida por razões de *periculum in mora*. Não é a demora, ainda na esteira do pensamento ovidiano, que pode prejudicar o direito, que faz com que seja necessária a concessão da medida cautelar, mas sim o risco de que, se não concedida tal medida (cautelar), o direito pereça por não estar devidamente protegido (emergência do dano iminente e irreparável).

É o chamado perigo de dano, ou seja, a cautelar surge para proteger aquela situação tutelável que está exposta a tal perigo. Este, todavia, não poderia se confundir com o *periculum in mora*, pois ambos não têm o mesmo significado. Não obstante o surgimento de uma situação de urgência, causada pelo perigo de dano, tornar insuportável a demora do processo, não há motivos que justifiquem a equivalência do termo com o *periculum in mora*. Melhor explicam Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio CRUZ ARENHART:

“O perigo de dano faz surgir o perigo na demora do processo, existindo, aí, uma relação de causa e efeito. Por isto mesmo, para se evidenciar a necessidade da tutela cautelar, não basta alegar *periculum in mora*, sendo preciso demonstrar a existência de sua causa, ou seja, o perigo de dano” (2008, p.28).

Entende-se, portanto, a partir de tal discussão, que o “perigo da demora” (*periculum in mora*) exige que se antecipe/satisfaça o direito da parte, sob pena de perecimento irreversível deste. Para aqueles que defendem a total separação entre os conceitos de tutela cautelar e antecipada, tal ideia é totalmente coerente. Ou seja, para se

antecipar, bastaria, inicialmente, o *periculum in mora*; para se proteger, ou seja, conceder-se a cautelar, seria necessário também que se demonstrasse o perigo de dano ao direito que faz com que a demora do processo o prejudique.

2.2.5. Sumariedade da cognição e o *fumus boni iuris*

A sumariedade de cognição no processo cautelar deve ser observada não somente do ponto de vista material, mas também a partir de uma forma sumária de procedimento. Se a medida cautelar é urgente, de segurança, não pode se basear nos ditames de um procedimento ordinário, moroso por si só. A medida cautelar é um dos utensílios previstos pelo ordenamento para que se relativize a demora de um processo.

Isso porque o procedimento ordinário é inadequado como resposta jurisdicional capaz de atender as exigências impostas pela consciência jurídica contemporânea, que demanda pressa, velocidade e é imediatista (MIELKE, 2009, p.37).

A partir dos dizeres de Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio CRUZ ARENHART, entende-se que o aprofundamento do contraditório e da convicção judicial é incompatível com a tutela cautelar, pois demanda porção de tempo inconciliável com a urgência inerente à cautelar (2008, p.28).

Então, um dos elementos a compor o conceito de tutela cautelar seria a simples probabilidade de que aquele direito exista, o que é costumeiramente indicado como o *fumus boni iuris*, que exige que o julgador conceda a medida baseado em cognição sumária e superficial (DA SILVA, A. Baptista, 2000, p.75).

Por isso, baseando-se no pensamento ovidiano, pode-se dizer que, em razão de tal urgência, a tutela cautelar se sustenta em mero juízo baseado em cognição sumária. É certo, todavia, que nem todas as modalidades de decisão ou provimentos baseados em cognição sumária serão necessariamente cautelares, segundo o doutrinador. Pontes de MIRANDA ressalta que a cognição superficial, apesar de bastar em si nas medidas cautelares, não é característica suficiente para classificá-las, pois há casos em que há *adiantamento de condenação* baseado em *cognição incompleta*. (1999, p. 340).

Entende-se tal posicionamento quando observamos a forma pela qual Kazuo WATANABE define a cognição sumária, conceituando-a como “uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical” (2000, p. 125). Para ele, no direito brasileiro, seriam aplicáveis diferentes graus de convencimento do juiz dentro desse

tipo de cognição, delimitados por Piero CALAMANDREI: *possível* seria aquilo que pode ser verdadeiro; *verossímil* é o que tem aparência de verdadeiro; e *provável* é o que se pode provar como verdadeiro (2000, p. 127).

Nota-se, portanto, que dentro da cognição sumária, há diferentes níveis de convicção do juiz, sendo que todos são utilizados de uma ou outra maneira, mas sempre significam cognição *não exauriente*. Por isso, sumariedade e cognição sumária estariam presentes não somente nos processos cautelares, mas também na “antecipação da tutela em todo processo de conhecimento (art. 273, CPC), e também em alguns processos de conhecimento de cognição exauriente que admitem, por expressa previsão legal, a concessão de provimentos antecipatórios” (WATANABE, 2000, p. 132/133). Pontes de MIRANDA, atento a essa questão, adverte que “a ‘ação’ pode ser sumária sem ser ação cautelar; nada obsta a que o legislador dê às ações cautelares ritos diferentes.” (1999, p. 343).

Por isso, atuando dentro desses níveis de cognição sumária, observa-se a ideia de que “a proteção cautelar não pressupõe somente a simples aparência do direito a ser tutelado, mas exige que ele não apareça ao julgador como uma realidade evidente e indiscutível” (MIELKE, 2009, p.37).

Se a evidência for manifesta, não se deve mais conceder a segurança (tutela cautelar), mas sim a satisfação (tutela antecipatória/satisfativa). Portanto, ainda sob o prisma ovidiano, nem todas as tutelas de urgência são cautelares (espécie do gênero preventividade), assim como nem todas as modalidades de cognição sumária são necessariamente cautelares, pois, a depender da situação de clareza do direito (se este se apresenta como uma realidade indiscutível ou se é mera probabilidade), haverá de se conceder a medida satisfativa ou cautelar. Ou seja, se o direito é cristalino, não mais que se falar em tutela cautelar: ou se trata de medida antecipatória, ou se trata de julgamento antecipado da lide, que em nada “asseguram”, mas, de um modo ou de outro, “satisfazem”.

Piero CALAMANDREI (2000, p.100) afirma que a cognição sumária faz parte da natureza própria do procedimento cautelar e seria um aspecto indispensável para caracterização de sua instrumentalidade, pois, se o direito é certo, e não mais provável, o procedimento cautelar terá se esgotado.

Aqui, de forma dissonante do que dita Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, o doutrinador italiano esgota o processo cautelar por outro motivo, afirmando que, se a “(...) declaração principal puder começar a evidenciar os seus efeitos, no

mesmo momento não haverá mais necessidade daquela antecipação provisória desses efeitos” (CALAMANDREI, 2000, p.100 – grifei).

Consigne-se que, a partir de tal declaração, constata-se novamente que Piero CALAMANDREI defende, além da instrumentalidade da tutela cautelar (pois afirma que a mesma se esgota a partir do momento em que o processo principal declara o direito de forma definitiva), a provisoriedade, e não temporariedade, de seus efeitos; deixa claro, ainda que, as tutelas antecipatórias seriam espécies do gênero cautelar, o que, reiterar-se, é categoricamente rejeitado por Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA.

Ora, entende-se, a partir de Piero CALAMANDREI, que só se esgotará a cautelar se houver julgamento antecipado da lide. Se a *satisfação* for *provisória*, ainda assim se estará no âmbito da cautelar, pois (analisando-se em coerência com sua doutrina), tal *provisoriidade* torna cautelar aquela medida.

Na esteira do doutrinador italiano, José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE também afirma que as tutelas cautelares, baseadas em cognição sumária, podem ter como finalidade assegurar a satisfação do direito, mediante medidas *provisórias* e *instrumentais*; ou seja, admitir-se-ia, em sede de tutela cautelar, que o provimento da mesma pode ser equivalente à tutela final, ou seja, satisfativa (2001, p.118)

A possibilidade de antecipação e satisfação no âmbito das cautelares será mais bem explorada em outros tópicos deste trabalho. Todavia, não obstante tal discussão, o fato é que, na prática, tanto as tutelas cautelares como as antecipatórias exigem cognição superficial, nos diferentes níveis de convicção do julgador, diante da situação de urgência em que se apresentam.

Consigne-se, por fim, que o *fumus boni iuris* da tutela cautelar é diferente da prova inequívoca da verossimilhança exigida para concessão da antecipação de efeitos da tutela (tutela satisfativa). O primeiro exige um grau de convencimento de relativa probabilidade, enquanto a prova inequívoca das tutelas antecipadas exige um grau de convencimento de *altíssima* probabilidade (MEDINA e GAJARDONI, 2010, p.42).

2.2.6. Inexistência de coisa julgada material. Regra geral

Após breve análise de algumas das principais características da tutela cautelar, nota-se que, apesar das divergências doutrinárias acerca do

instituto (mas observando-se a lei processual vigente e a prática do cotidiano forense), é possível que se chegue a algumas conclusões.

Primeiro, que a decisão que concede a segurança é baseada em cognição sumária; segundo, que tal sumariedade se explica pela urgência da situação na qual é requerida uma tutela cautelar (onde se observa o *periculum in mora*, que seria causado pelo perigo de dano, e o *fumus boni iuris*, ou seja, a verossimilhança do direito pleiteado); terceiro, que a tutela cautelar, em regra, é dependente de um processo dito principal, ou seja, possui caráter meramente instrumental; por último, que a cautelar tem seus efeitos limitados no tempo (caráter provisório, segundo a doutrina dominante e o ordenamento pátrio, ou temporário, conforme defendido por Ovídio A. BAPISTA DA SILVA e outros).

Por isso, observadas tais características, é possível afirmar que, regra geral, a decisão que concede a segurança (tutela cautelar) não poderá ser atingida pelos efeitos da coisa julgada, definida pelo artigo 467 do Código de Processo Civil¹¹.

Isso porque, diferentemente das decisões proferidas com fundamento em cognição plena ou exauriente, as decisões que concedem a cautelar não são consideradas seguras o suficiente para serem revestidas pelo efeito da coisa julgada material; também, porque no processo cautelar se verifica exclusivamente a existência ou não da situação de perigo, não sendo definidas ou satisfeitas questões de mérito (MEDINA e GAJARDONI, 2010, p. 81).

Piero CALAMANDREI (2000, p. 123) ensina que a sumariedade da cognição, em sede de tutela cautelar, dá à mesma autoridade que a concedeu o poder de, em uma nova cognição sumária, modificar ou revogar tal decisão (que se encontra despida do “véu” da coisa julgada), caso no processo principal se verifiquem novas circunstâncias que desaconselhem a manutenção da relação cautelar anteriormente constituída¹².

¹¹ Nesse sentido, e.g., na ação cautelar de produção antecipada de provas. Senão, vejamos: “RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CAUTELAR DE ANTECIPAÇÃO DE PROVAS - DELIMITAÇÃO - NECESSIDADE E UTILIDADE DA MEDIDA - NATUREZA INSTRUMENTAL - AUSÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL - URGÊNCIA NA REALIZAÇÃO DO EXAME - POSSIBILIDADE DE PERECIMENTO DO DIREITO - ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE - APRESENTAÇÃO DE QUESITOS - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. (...) II - A decisão proferida na ação cautelar de produção antecipada de provas é meramente homologatória, que não produz coisa julgada material, admitindo-se que as possíveis críticas aos laudos periciais sejam realizadas nos autos principais, oportunidade em que o Magistrado fará a devida valoração das provas.” (STJ. REsp 1191622/MT, 3ª T., j. 25.10.2011. Rel. Min. Massami Uyeda, DJ 25.10.2011).

¹² Piero CALAMANDREI afirma, ainda, que as medidas cautelares possuiriam uma cláusula rebus sic stantibus, ou seja, a cautelar seria variável na medida em as circunstâncias de sua concessão também são variáveis. Os efeitos de tais decisões, nos dizeres do doutrinador, não obstante seu trânsito em julgado, podem ser a qualquer momento modificados por uma nova sentença, todas as vezes que se verifique uma “mutação das condições” de

O doutrinador italiano afirma, ainda, que tal característica é consequência da instrumentalidade da tutela cautelar, que tem seus efeitos extintos de pleno direito (*ipso iure*¹³) assim que é emanada decisão, com eficácia de coisa julgada, no procedimento principal.

É relativamente consoante o entendimento de Ovídio A. BATISTA DA SILVA, que afirma que, para que incidisse coisa julgada sobre a sentença cautelar, seria necessário que o juiz declarasse sobre a existência ou não existência da relação jurídica litigiosa do processo principal (ou seja, do direito) sendo que na sentença cautelar apenas se *assegura a possibilidade de existência* (2000, p. 204)¹⁴.

Observe-se, portanto, que, apesar de chegarem à mesma conclusão (de que a tutela cautelar não faz coisa julgada), os doutrinadores apontam fundamentos diferentes. Enquanto Piero CALAMANDREI afirma que tal característica é consequência da instrumentalidade da cautelar, Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA argumenta que, se houvesse coisa julgada na cautelar, haveria de existir, antes, satisfação do direito, o que, para o doutrinador, não é admissível no âmbito das cautelares.

Interessante notar que o artigo 808, parágrafo único, do Código de Processo Civil, lança ainda o termo “novo fundamento”, que justificaria, em tese, que a parte requisitasse novamente aquela medida cautelar que já tenha cessado. Todavia, o conceito da expressão não permite a formação da coisa julgada no processo cautelar, ou seja, não são apenas novas provas ou fatos que permitem que a medida cautelar anteriormente revogada ou cessada venha a produzir efeitos novamente. Melhor explica Ovídio A. BATISTA DA SILVA, *in verbis*:

“(...) o Código, ao referir-se a ‘novo fundamento’, não nos oferece um critério seguro para determinar se, aí, não estariam indicados os ‘fundamentos jurídicos’ novos, que prescindem de novos fatos, ou, como diz BAUR, os ‘meios de demonstração’ que em virtude não são ‘novos’, mas que somente agora está o requerente em situação de oferecer em juízo (ob. cit., p. 128). Aqui, a ‘novidade’ não estaria nos fatos ou nos fundamentos jurídicos, mas exclusivamente em ‘novos meios de demonstração’

fato ([...]) da relação substancial anteriormente decidida. (2000, p. 122). Note-se que tal ideia também é discutida por Ovídio A. BATISTA DA SILVA (2000, p. 200).

¹³ CALAMANDREI, 2000, p. 125.

¹⁴ Nesse sentido, melhor elucidam Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio CRUZ ARENHART: “Ao julgar o pedido cautelar, o juiz “declara” que o direito é provável ou improvável. Porém, declarar uma probabilidade não é o mesmo do que declarar um direito. Aliás, declarar uma probabilidade é, implicitamente, confessar que o que foi afirmado como provável certamente pode ser dito em contrário em outro processo.” (2008, p. 187).

de ‘fatos antigos’, cuja prova fora insuficiente na primeira demanda”. (2000, p. 206).

O que o parágrafo único do artigo 808 do Código de Processo Civil visa reprimir é a reiteração de fatos já descartados como potenciais causadores de situação perigosa ou de fatos que já foram utilizados para concessão de tutela cautelar que perdeu a eficácia; por exemplo, fatos não alegados, mas já existentes, justificaram novo pedido de tutela cautelar (MARINONI e ARENHART, 2008, p. 188).

Por fim, anote-se que a exceção a tal regra se verificaria apenas quando a sentença proferida pelo juiz em sede de ação cautelar tenha reconhecida a ocorrência de decadência ou prescrição, nos termos do artigo 810 do Código de Processo Civil, o que confere à decisão cautelar os efeitos da coisa julgada; ressalte-se que, nesses casos, o magistrado estará a proferir sentença de mérito, daí porque há incidência da coisa julgada (MEDINA e GAJARDONI, 2010, p. 82).

2.3. Poder geral de cautela

2.3.1. Conceito e previsão legal

Nos dizeres de José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE, “o poder geral de cautela corresponde à possibilidade de se conceder cautelar inominada para situações não tipificadas pelo legislador” (2003, p. 221) ¹⁵.

O poder geral de cautela é previsto em nosso ordenamento pelo artigo 798 do Código de Processo Civil e, conforme salientado acima, é a base para surgimento das ações cautelares inominadas. Embora não previstas legalmente, as tutelas cautelares inominadas ou atípicas podem ser livremente requisitadas ao magistrado, de modo que toda e qualquer situação de risco possa ser protegida pela atuação jurisdicional. Vale lembrar que tanto as cautelares típicas quanto aquelas concedidas com base no poder geral de cautela (inominadas ou atípicas) não possuem diferenças no que se refere à sua substância ou à sua natureza, submetendo-se ambas ao mesmo regime jurídico.

¹⁵ Pontes de MIRANDA relembra que “sempre que a lei aponta as espécies de medidas cautelares, o que há de se assentar é que não é exaustiva; nem o podia ser”. (1999, p. 379).

Por isso, o poder geral de cautela é conceito que se extrai da ideia de que a tutela cautelar deve ser observada como medida que o juiz exerce para disciplinar o melhor andamento do processo, preservando-lhe dos entraves que podem limitar ou prejudicar sua função, utilidade e eficiência¹⁶.

Isso porque o poder geral de cautela está intimamente ligado ao direito fundamental de acesso à justiça, conforme preconiza o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. A tutela cautelar é componente essencial da atividade jurisdicional do Estado, pois é meio destinado a lhe dar efetividade, ou seja, evitar a ineficácia do processo. Aqui, valem os ensinamentos de José Miguel GARCIA MEDINA e Fernando DA FONSECA GAJARDONI acerca do tema, *in verbis*:

“Trata-se de poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional, com lastro constitucional, decorrente de garantia de acesso à Justiça, que põe a salvo qualquer situação, mesmo não prevista em lei, que demande tutela jurisdicional.” (2010, p. 86).

2.3.2. Poder geral de cautela e medidas cautelares típicas. Concessão *ex officio*.

Por isso, estabelecido um conceito, pode-se afirmar que o poder geral de cautela dá ao magistrado o poder de conceder medidas cautelares (no curso do conhecimento ou da execução) incidentalmente no processo, quando observar a necessidade de tal concessão. Trata-se de poder amplamente discricionário do juiz, o que caracterizaria autêntica norma em branco (MIELKE, 2009, p. 97)¹⁷.

¹⁶ Aqui, interessante consignar que, apesar de defender a instrumentalidade da tutela cautelar e sua função de “polícia judiciária”, Piero CALAMANDREI não reconhecia, inicialmente, a existência de um poder geral de cautela, ou, nos dizeres do doutrinador italiano, um “poder cautelar geral”. Para o autor, os artigos do Código de Processo Civil italiano não admitiam a existência de “uma ação cautelar genérica e inominada de que nenhum artigo determina as condições” (2000, p. 80); nem mesmo os princípios gerais do direito processual conceberiam a existência de tal discricionariedade. Ainda, argumenta o processualista que todos os procedimentos cautelares devem ser condicionados às normas legais que os disciplinam, sendo que as mesmas devem ser interpretadas de forma estrita. Portanto, os procedimentos cautelares seriam excepcionais, pois invadem e diminuem a liberdade daquele contra quem, antes de certa a existência do direito realçado pelo requerente, são pleiteados (2000, p. 81/83). Vale lembrar que tal modo de classificação se deve ao fato de que o Código de Processo Civil italiano vigente à época não previa a possibilidade de concessão de medidas cautelares inominadas, sendo admitidas somente as medidas cautelares tipificadas. Por isso mesmo, CALAMANDREI conclui que a falta de um “poder cautelar geral” era uma deficiência do sistema cautelar no direito positivo italiano (2000, p. 213).

¹⁷ Nesse sentido, válida também a lição de Fernando DA FONSECA GAJARDONI: “Em nosso sentir, trata-se, verdadeiramente, de norma processual em branco, que confere ao magistrado o poder de complementar o comando normativo diante da situação de risco narrada e conceder tutelas cautelares não especificadas em lei. Não há como negar, por isso, certa discricionariedade judicial quando se enfrenta este tema (embora tal afirmação ainda esteja em fase de prematuro amadurecimento doutrinário).” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A moderna ótica do poder geral de cautela do juiz*. In *Tutelas de urgência e cautelares/Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*/coordenador Dornaldo Armelin – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 535)

Destaque-se que discricionariedade é diferente de arbitrariedade. A discricionariedade dá ao juiz a possibilidade de escolha dentro dos limites legais; ora, seria impossível que o legislador previsse no diploma legal todas as tutelas cautelares que podem surgir no cotidiano forense. Por isso, confiou tal ônus ao magistrado, para que este preservasse o processo concedendo a medida cautelar que se mostrar necessária àquela situação (MIELKE, 2009, p. 97), ainda que não prevista legalmente (cautelar inominada)¹⁸.

Por isso, há grande discussão acerca de o magistrado poder ou não conceder de ofício uma tutela cautelar de ofício (*ex officio*) incidentalmente no processo, ou seja, sem que seja necessário que a parte requeira tal concessão, com base no poder geral de cautela. Trata-se de questão polêmica, tendo em vista o exposto pelo artigo 128 do Código de Processo Civil. Pontes de MIRANDA assevera que a regra geral é que o juiz não pode conceder as medidas cautelares de ofício, “salvo quando a lei ou a natureza da ação principal autorize o juiz a decretá-la sem provocação”. (1999, p. 361).

Pode-se dizer, portanto, que referido dispositivo admite exceções, sendo uma delas prevista pelo artigo 797 do Código de Processo Civil. Ou seja, pode sim o juiz conceder de ofício medidas cautelares. Relembre-se que não se trata de poder arbitrário do juiz, mas discricionário, ou seja, deve o magistrado atuar dentro dos limites legais. Por isso, o poder de concessão de ofício deve ser exercido em caráter excepcional, “exclusivamente em situações de risco extremo ou quando haja lei expressamente autorizando a medida protetiva”¹⁹.

Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA relembra que, para Piero CALAMANDREI, a concessão *ex officio* de medidas cautelares era instrumento conferido ao juiz para que este atuasse em defesa da jurisdição, e não em defesa do direito das partes²⁰.

¹⁸ Pontes de MIRANDA, ao defender a possibilidade de concessão *ex officio* das medidas cautelares e também o exercício do poder geral de cautela (que ele chama de medidas assecuratórias especiais), afirma que “o juiz, quando concede a cautelar com base nesses pressupostos circunstâncias, não o faz por seu arbítrio, mas faz porque está a julgar. (1999, p. 360).

¹⁹ (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A moderna ótica do poder geral de cautela do juiz*. in *Tutelas de urgência e cautelares/Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*/coordenador Dornaldo Armelin – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 535)

²⁰ O poder, reconhecido ao magistrado, para a decretação de medidas cautelares destinadas a “salvaguardar o imperium iudicis” dá lugar às medidas cautelares *ex officio*, pois, em tais casos, como o próprio CALAMANDREI reconhece, não se trata de defender direito das partes, quando a decretação das medidas cautelares haveria de ficar na dependência de requerimento da parte interessada, e sim de armar o magistrado de poderes que lhe possibilitem a defesa da jurisdição.

De modo divergente do doutrinador italiano, para justificar a concessão *ex officio* das medidas cautelares, Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio CRUZ ARENHART vão além, e afirmam que tais medidas não servem tão somente a proteger a autoridade da jurisdição (o processo e sua efetividade), mas, muito mais, protegem e asseguram o direito material do litigante (2008, p. 104) - o que claramente rompe com a ideia de instrumentalidade da tutela cautelar, coadunando-os à linha de raciocínio ovidiana.

Os mesmos autores afirmam que tal oficiosidade (concessão sem requerimento da parte) deve ser exercida quando constatada a situação de perigo capaz de colocar em risco a efetividade da tutela do direito e, também, quando não houver tempo para que o magistrado ouça os litigantes (2008, p.106).

Registre-se que, quando houver lei que autorize a concessão, o magistrado tem o *dever* de conceder a tutela cautelar, se preenchidos os pressupostos legais (MARINONI e ARENHART, 2008, p. 105) ²¹.

Notadamente que a concessão *ex officio* deve ser exercida no bojo de processo já instaurado (seja ele cautelar autônomo ou incidental), sob pena de se ferir o princípio do dispositivo ²² (artigo 2º do Código de Processo Civil).

2.3.3. Limitações ao poder geral de cautela

Não é demais lembrar que, para a concessão de tutelas cautelares, é imprescindível que o magistrado verifique se há risco de dano irreparável ou de difícil reparação (perigo de dano, não bastando o *periculum in mora*), ou seja, risco para a efetividade da tutela final (satisfação); caso o juiz conceda a cautelar somente visando combater a demora do processo (ainda que patológica), estaria transformando o instituto em

²¹ Referidos autores trazem como exemplo o disposto nos artigos 1.001 e 1018 do Código de Processo Civil: “O dever de concessão destas tutelas surge quando o juiz não acolhe o pedido do preterido de admissão no inventário (art.1001, CPC), quando não há concordância de todas as partes sobre o pedido de pagamento feito pelo credor e a dívida constar de documento que comprove suficientemente a obrigação e a impugnação não se fundar em quitação (art. 1.018, CPC). A caracterização destes pressupostos [...] é suficiente para obrigar o juiz a conceder a tutela cautelar. (2008, p. 106/107).”

²² Nesse sentido: “De lado o fato de que, nesta hipótese, o juiz não pode sequer pensar em *fumus boni iuris*, é completamente inconcebível que um juiz possa agir de ofício por supor que uma situação de risco afeta eventual tutela do direito, que sequer foi pedida. (MARINONI e ARENHART, 2008, p. 106)”; “É necessário, antes de encerrar, observar que as medidas cautelares *ex officio* serão necessariamente incidentes de alguma demanda regularmente promovida pelas partes, não cabendo ao juiz, através dos poderes que lhe confere o art. 797 do CPC, decretar medidas cautelares antecedentes a qualquer ação.” (DA SILVA, A. Baptista, 2000, p.113).

mera via sumária de solução de conflitos, sendo que somente o legislador pode permitir a concessão da medida sem que se verifique o perigo de dano. (BEDAQUE, 2003, p. 223).

Aqui, vale registrar que o exercício do poder geral de cautela é subsidiário. Isso porque a concessão de cautelares inominadas só deve ser realizada quando não houver tutela cautelar típica cabível para aquela situação, ou, ainda, quando for possível aplicar àquele caso medida antecipatória, ou seja, satisfativa, ainda que mediante cognição sumária, caso verificado o perigo de dano iminente (*periculum in mora*) e a verossimilhança do alegado (*fumus boni iuris*).

Todavia, reitere-se que, sabido que o legislador não tem condições de prever todos os casos concretos do cotidiano e legislar sobre a respectiva medida legal cabível, admite-se que, ainda que ausentes os pressupostos legais da tutela cautelar nominada, mas presentes os requisitos genéricos da cautelar atípica (conforme preconiza o artigo 798 do Código de Processo Civil), pode-se conceder a segunda com base no poder geral de cautela²³.

Vale lembrar que o legislador infraconstitucional também limita o exercício do poder geral de cautela em situações especiais. Por exemplo, quando veda a concessão de medidas cautelares contra atos do poder público (artigo 1º da Lei nº 8.437 de 1992²⁴). O Supremo Tribunal Federal considera constitucionais leis dessa natureza, mas também afirma que as mesmas podem ter sua aplicação afastada dependendo do caso concreto e da correta fundamentação do magistrado²⁵.

Consigne-se, também, que o poder geral de cautela não permite, via de regra, que o magistrado satisfaça o direito material de forma irreversível, tendo em vista que não é esse o fim da tutela cautelar. Melhor explicam José Miguel GARCIA MEDINA e Fernando DA FONSECA GAJARDONI:

“O poder geral de cautela é limitado, naturalmente, pelos próprios fins do processo cautelar. Impossível que se tutele sumariamente e de modo irreversível o direito material através do processo cautelar, algo reservado para tutelas de urgência de outras modalidades (no caso, as ações sumárias satisfativas autônomas)” (2010, p. 92).

²³ (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A moderna ótica do poder geral de cautela do juiz*. In *Tutelas de urgência e cautelares/Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*/coordenador Dornaldo Armelin – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 543)

²⁴ “Art. 1º. Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.”

²⁵ (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A moderna ótica do poder geral de cautela do juiz*. In *Tutelas de urgência e cautelares/Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*/coordenador Dornaldo Armelin – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 541)

2.4. Fungibilidade entre tutelas cautelares

Analisado o poder geral de cautela, instituto que possibilita o surgimento das tutelas cautelares inominadas ou atípicas e a concessão *ex officio* das cautelares nominadas ou típicas, vem à tona a discussão acerca da fungibilidade entre as tutelas cautelares, sejam elas previstas ou não legalmente.

Em primeiro lugar, lembre-se que a fungibilidade é princípio geral do processo e deve ser empregada em qualquer situação em que se mostre necessária sua aplicação, a fim de que o magistrado conceda a correta prestação jurisdicional à parte requerente, independentemente do título nominativo dado pela mesma à medida.

No que se refere às tutelas de urgência, nosso Código de Processo Civil prevê tal princípio nos artigos 273, §7º e 805.

Conceitualmente, a fungibilidade pode ser entendida como a atividade de se receber um ato processual praticado por outro, imaginando-se que tal adequação/substituição denote maior efetividade ou economia processual, ou ainda, que tal adaptação é mais adequada aos fins pretendidos pela parte. Aqui, valem os dizeres de Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, *in verbis*:

“O juiz poderá igualmente, segundo o princípio conhecido como o de *fungibilidade* das medidas cautelares, conceder alguma medida liminar (ou mesmo em sentença final) diversa daquela expressamente postulada pelo autor, na petição inicial” (2000, p. 147).

Por isso, aplicável às cautelares a fungibilidade, pois, como já explanado, busca-se a ampla proteção do direito tutelado, visto que a cautelar está intimamente ligada ao princípio constitucional de acesso à justiça²⁶; vale lembrar, também, que a aplicação do princípio da fungibilidade decorre do *poder geral de cautela* do magistrado.

²⁶ Pontes de MIRANDA, em seu Tratado das Ações (1999, p. 362), já reconhecia que “na processualística contemporânea, tem-se assentado esse princípio da fungibilidade dos pedidos de medida assecuratória, por tal modo que não se impede a decretação da medida a, em vez da medida b, se aquela é a que acautela, concretamente, o interesse das partes”.

Mais uma vez, trata-se de exceção ao disposto no artigo 128 do Código de Processo Civil, nos dizeres de José Miguel GARCIA MEDINA e Fernando DA FONSECA GAJARDONI:

“A fungibilidade excepciona o princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte (art. 128 e 460 do CPC). E isto é plenamente justificável, especialmente no âmbito cautelar, diante da natureza protetiva ínsita a tal modalidade de tutela jurisdicional.” (2010, p. 84).

A substituição de uma medida cautelar por outra (quando, por exemplo, a parte apresenta petição de sequestro, quando na verdade está a requerer um arresto, ou vice-versa), com base no princípio da fungibilidade, está ligada também à ideia de que, mais importante do que a nomenclatura processual, ou seja, do nome que a parte dá à medida, é o pedido intrínseco vinculado na mesma. Trata-se do princípio *da mihi factum, dabo tibi ius* (MEDINDA e GAJARDONI, 2010, p. 85).

3. FUNGIBILIDADE ENTRE TUTELAS CAUTELARES E ANTECIPATÓRIAS. TUTELA CAUTELAR SATISFATIVA.

3.1. O §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil

Constatada a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade às tutelas cautelares, questiona-se a possibilidade de se conceder, no lugar de uma tutela cautelar requerida pela parte, uma tutela satisfativa (antecipatória), ou vice-versa, baseando-se tal adequação no princípio da fungibilidade ou no *da mihi factum, dabo tibi ius*.

Aqui, importante que se destaque a redação do §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, a saber:

“Art. 273. § 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.”

Observa-se, portanto, que o legislador previu que toda a discussão doutrinária acerca das tutelas cautelares e satisfativas, suas semelhanças e diferenças, poderiam confundir o operador do direito em seu cotidiano, principalmente no que se refere à atuação de advogados e defensores públicos.

Relembre-se que a tutela cautelar e a tutela antecipatória são espécies do gênero tutela de urgência, daí porque se mostra natural certa confusão acerca de qual instituto se encaixa àquela situação fática específica. Imagina-se que o legislador, ao inserir o §7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil, acabou por, na verdade, adotar a posição de que as tutelas antecipatórias constituem espécie de tutela cautelar, ou seja, não seriam ambos os institutos paralelos, mas abrangentes entre si, complementares ou até mesmo subsidiários.

Há grande discussão na doutrina acerca de tal tema.

Pode-se constatar que, uma vez reconhecido que a zona cinzenta existente entre os institutos poderia dificultar a atividade do operador do direito, e que a aplicação da fungibilidade atende ao princípio da economia processual, conclui-se,

também, que a exegese estritamente formalista poderia vir a sacrificar o direito do jurisdicionado, o que é claramente inadmissível.

Discute-se, também, a possibilidade de fungibilidade “de mão dupla” (MEDINA e GAJARDONI, 2010, p. 46) ou fungibilidade “na via inversa” (MIELKE, 2009, p. 42). O §7º do artigo 273 prevê que o magistrado pode, se preenchidos os requisitos, conceder tutela cautelar mesmo quando a parte requerer tutela antecipatória. Todavia, questiona-se a possibilidade de se conceder tutela antecipatória quando a parte requer tutela cautelar.

Observa-se que o legislador não previu a fungibilidade na via inversa porque, enquanto uma cautelar é normalmente requisitada em procedimento próprio (autos próprios, que ficariam apenas aos autos da demanda principal, se proposta), de forma preparatória ou incidental, a tutela antecipada é normalmente requisitada liminarmente entre outros pedidos de uma petição inicial, ou em petição simples no curso de processo já instaurado, sem que seja necessária a instauração de procedimento próprio (“autos em apenso”)²⁷.

Todavia, reitere-se: justificar a negatória de fungibilidade na via inversa por esses motivos poderia claramente prejudicar o direito do jurisdicionado, pois estaria sendo favorecido um argumento meramente formal, que se baseia somente na letra da lei (ou seja, naqueles artigos que versam sobre o procedimento das tutelas cautelares e antecipatórias), em desfavor da efetividade do processo.

Primeiramente, importante destacar que a corrente ovidiana não aceita nem mesmo a fungibilidade prevista pelo artigo 273, §7º, do Código de Processo Civil, como mais adiante será demonstrado.

Há posicionamentos semelhantes que, todavia, fundamentam pela infungibilidade na via inversa argumentando que, para aquele que pleiteia o “mais” (que seria a tutela antecipada, por possuir requisitos *mais* rigorosos), pode ser concedido o “menos” (a tutela cautelar, por ter requisitos *menos* rigorosos); o contrário não seria possível, pois, para aquele que pleiteia o “menos” (cautelar), não pode ser concedido o “mais” (antecipatória). É o posicionamento, por exemplo, de Athos Gusmão CARNEIRO (in MIELKE, 2009, p. 42/43).

²⁷ MALACHINI, Edson Ribas. *A fungibilidade das tutelas antecipatória e cautelar (CPC, art. 273, §7º)*. in *Tutelas de urgência e cautelares/Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva/coordenador Dornaldo Armelin* – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 414/415.

Todavia, tem prevalecido a ideia de que a fungibilidade é aplicável nos dois sentidos, ou seja, tanto pode a tutela antecipatória substituir a cautelar como pode esta substituir a primeira. Nos dizeres Jaqueline MIELKE SILVA, ao justificar a aplicação da fungibilidade também na via inversa:

“(...) indeferir-se a medida pleiteada por entendê-la incorreta implicaria em um grande número de casos em sacrifício de direitos. Ora, o Direito Processual Civil não é um fim em si mesmo. Ele está a serviço da sociedade. Logo, entre indeferir-se a medida, preservando-se a forma, e tutelar-se o direito do respectivo titular, a opção deverá ser pela última das opções.” (2009, p. 44).

Nota-se, portanto, que pouco importa a que título é concedida a medida (se a título de antecipação ou de medida assecuratória): indispensável para a adequada prestação jurisdicional é que se conceda a tutela, caso preenchidos os requisitos da mesma, atividade a ser realizada pelo juiz. Por isso, conclui-se que é possível, também, a fungibilidade na “via inversa” ou “de mão dupla”.

José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE afirma que a adoção do princípio da fungibilidade pelo legislador pátrio demonstra a inequívoca “identidade substancial entre ambas as modalidades de tutela de urgência e provisória” (2003, p. 382); o autor explicita tal entendimento ao dizer que o que revelaria a instrumentalidade existente entre tais tutelas seria o fato de que a cautelar *antecipatória* pode *satisfazer provisoriamente* os efeitos da demanda, com o objetivo de *assegurar* a utilidade do processo para o titular do direito.

Por outro lado, Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio CRUZ ARENHART argumentam que o §7 do artigo 273, ao admitir a confusão entre tutelas cautelares e antecipatórias, acaba por, na verdade, sublinhar a distinção entre ambas, pois, nos dizeres dos doutrinadores, “somente coisas *distintas* podem ser *confundidas*” (2008, p. 69). Aqui, vale a transcrição:

“Com efeito, o §7º do art. 273 não supõe a identidade entre tutela cautelar e tutela antecipatória. Tal norma, partindo do pressuposto de que, em alguns casos, pode haver confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, deseja apenas ressaltar a possibilidade de se conceder tutela urgente no processo de conhecimento nos casos em que houver dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza (antecipatória ou cautelar).” (2008, p. 69).

Extrai-se também que tal entendimento é contemplado por Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, tendo em vista a oposição que faz às características da instrumentalidade, acessoriedade e provisoriedade aplicados pela doutrina clássica às tutelas cautelares (MIELKE, 2009, p. 41). Também, porque o doutrinador é categórico ao afirmar que a tutela cautelar *assegura* a realização de direitos, enquanto a antecipatória os *satisfaz*, ainda que *provisoriamente*, o que é corroborado, por exemplo, por Pontes de MIRANDA, que afirma que, nas ações cautelares, “não se profere decisão que tenha efeitos diretos de liberação ou de satisfação. Só se assegura. Frise-se isso.” (1999, p. 343).

A teoria ovidiana defende que mesmo algumas daquelas ações classicamente denominadas de cautelares (assim chamadas porque, segundo a doutrina majoritária, satisfazem o direito *provisoriamente* e em função de um processo principal) possuem, na verdade, natureza satisfativa, pois realizam o direito no plano material, ainda que provisoriamente e, por isso mesmo, não seriam verdadeiras cautelares.

O autor traz o exemplo da ação de alimentos provisionais, costumeiramente exemplificada como um cautelar (2000, p. 40/41) ²⁸. É possível argumentar que a decisão que concede os alimentos provisionais é cautelar porque assegura a eficácia da ação de alimentos propriamente dita, ou seja, aplicar-se-ia aí a ideia de instrumentalidade. Todavia, essa diferenciação encontraria suporte tão somente no plano das normas jurídicas, e não no plano das relações humanas. Ora, para o alimentado, pouco importa se os alimentos que lhe estão sendo prestados são provisórios ou definitivos, pois a *satisfação* de seu direito é a mesma, ainda que *provisória*, visto que tal prestação pode ser interrompida ou revogada pelo magistrado, ou, ainda, substituída pelos alimentos “definitivos”.

Nota-se, todavia, que tal entendimento, ao mesmo tempo em que reforça a ideia de que tutelas cautelares e antecipatórias são instrumentos diferentes e com fins próprios, acaba também por salientar a dificuldade que é encontrada quando se tenta explicar tal diferenciação; ora, a inserção do §7º ao artigo 273 busca tão somente facilitar a situação do tutelado, fornecendo-lhe a melhor prestação jurisdicional possível, independentemente das discussões doutrinárias existentes acerca do tema.

Seria possível, e por que não, levantar a seguinte ideia: ainda que se considere que a cautelar visa assegurar direitos, e não um processo, conforme

²⁸ Relembre-se que tal ação é considerada procedimento cautelar típico, previsto no Capítulo II do Livro III do Código de Processo Civil, que trata das cautelares – artigos 852 a 854.

defendido pela teoria ovidiana, e se isso significa que a cautelar ali atingiu sua finalidade (ou seja, sem que se mostrasse necessária a proposição da ação principal, conforme exigido pelo artigo 806 do Código de Processo Civil), estaria se aplicando às cautelares a ideia de *satisfação*. Citando o exemplo constante da obra ovidiana, se a tutela cautelar foi proposta para o fim de somente se assegurar a prova, nota-se que a *satisfação* ocorreria no exato momento em que a prova é garantida.

Ora, inúmeros raciocínios análogos são capazes de nos levar à conclusão de que é clara a existência de uma zona cinzenta entre satisfação (tutelas antecipatórias) e proteção (tutelas cautelares), que é demonstrada não somente pelo debate doutrinário aqui exposto, mas também pela prática do cotidiano forense.

Vale, aqui, a explanação de um exemplo prático por mim vivenciado como estagiário da Defensoria Pública Estadual. Certa vez, compareceu ao atendimento um casal que, por inúmeros motivos, se viu forçado a buscar medidas judiciais para que a própria filha (enteada para o homem, que era seu padrasto), à época com vinte e quatro anos de idade, fosse afastada da residência em que moravam. Alegavam os cidadãos que a garota apenas se dedicava ao ócio, mantinha relacionamento amoroso com traficante de drogas da região (chegando inclusive a levar usuários para dentro da residência) e, ainda, agredia os pais quando estes contestavam seu comportamento, na frente de seus irmãos e de sua própria filha, neta dos requerentes, todos menores de idade. A situação teria se tornado insustentável, ao ponto que o casal, seus outros filhos e sua neta deixaram referida residência, sendo que lá moravam e eram legítimos proprietários. Trouxeram à Defensoria boletins de ocorrência e outros documentos que demonstravam a verossimilhança da alegação (ou seja, mais do que o *fumus boni iuris*) e o perigo de dano emergente que poderia advir do *periculum in mora*. À ocasião, o defensor público entendeu que era caso de proposição de uma ação cautelar *inominada satisfativa*, onde seria requerido, liminarmente e sem oitiva da ré (*inaudita altera pars*), o afastamento dela da residência²⁹.

²⁹ Aqui, importante que se destaque que o juiz deve verificar se a situação fática delineada comporta a possibilidade de equívoco, ou seja, se a mesma “se encontra” na zona cinzenta das medidas cautelares e antecipatórias, pois a aplicação do §7º do artigo 273 é excepcional. Isso porque a fungibilidade se aplica somente quando o autor, banhado pela boa-fé, requereu erroneamente tutela antecipatória, quando na verdade deveria ter requerido tutela cautelar. Afinal, a lei exige que a medida cautelar seja requerida por intermédio da propositura de uma demanda específica, formando-se um processo respectivo, à parte, daí porque é excepcional a aplicação do artigo 273, §7º. Portanto, essencial que se verifique se a situação fática gera real dúvida acerca da medida a ser requerida, ou seja, se há clara possibilidade de engano, ou se o autor busca meramente burlar o procedimento previsto em lei. (MALACHINI, Edson Ribas. *A fungibilidade das tutelas antecipatória e cautelar (CPC, art. 273, §7º)*. in *Tutelas de urgência e cautelares/Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*/coordenador Dornaldo Armelin – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 414/415).

Indaga-se: o pedido realizado pelo defensor público tem natureza antecipatória ou cautelar? Se considerarmos que o objetivo dos autores era tão somente que a ré saísse da casa, resta claro que a decisão que concedesse tal pedido teria natureza satisfativa, pois afastaria a ré da residência, ainda que *provisoriamente*, sendo que, no curso da ação (após oitiva da ré e durante o regular prosseguimento do feito), o magistrado poderia rever sua decisão, revogando tal afastamento a qualquer momento; se, todavia, considerarmos que o pedido visa tão somente *assegurar* o direito dos autores de morarem na própria residência, sem que para isso fossem obrigados a passar por situações tensas e humilhantes, ou ainda, *assegurar* a eficácia de um procedimento ordinário que buscasse apurar a realidade dos fatos ou o afastamento da requeira da residência, estar-se-ia diante de uma medida cautelar.

Ora, resta claro que o pedido do defensor público tem natureza satisfativa, pois o objetivo da demanda era tão somente o afastamento da ré da residência; ou seja, buscava-se a *antecipação de efeitos* que só seriam sentidos em decisão final de procedência. Tal afastamento poderia, ao longo do procedimento ordinário, ser revisto, ou seja, revogado ou mantido, pois, inicialmente, tem caráter *provisório*.

Mas a situação fática delineada não encontra amparo em nenhuma ação ou medida prevista em nosso ordenamento, fossem elas de natureza cautelar ou satisfativa. Por isso, o defensor público nomeou a ação tão somente como “cautelar inominada satisfativa” e baseou seu pedido no poder geral de cautela do magistrado, imaginando que, assim, seria possível a concessão da medida liminar requerida. Registre-se que, à época, o magistrado não concedeu nenhuma medida liminar sem oitiva da ré (*inaudita altera pars*), pois designou audiência de justificação e intimou a acusada, que deixou de comparecer ao ato e sequer apresentou defesa; foi então, deferida a liminar de afastamento (ainda que, apesar da intimação, sem oitiva da ré), que foi confirmada em sentença de mérito definitiva³⁰.

Constata-se, portanto, que a fungibilidade prevista pelo §7º do artigo 273 tem importantíssima aplicação prática, pois, alheia às mais acaloradas e importantes discussões doutrinárias, busca trazer efetividade ao processo, realizando o direito do jurisdicionado, pouco importando se a ação possui natureza cautelar ou satisfativa, ou, ainda, se há permutas conceituais entre os instrumentos diante da situação fática delineada.

³⁰ Processo nº 0933171-40.2012.8.26.0506 – em trâmite pela 6ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto - SP. Disponível em <www.tjsp.jus.br> – acesso em 03.07.2013.

3.2. Principais distinções apontadas entre tutela antecipada e tutela cautelar. Raiz constitucional comum

Analisadas as principais características da tutela antecipada e da tutela cautelar, e estudados alguns dos principais pontos de conflito entre ambas, importante que sejam delineadas, então, as principais diferenças e semelhanças entre os institutos, de acordo com as mais variadas distinções apontadas pela doutrina.

Relembre-se que, para a doutrina tradicional, capitaneada por Piero CALAMANDREI, as medidas satisfativas se encontram no âmbito das medidas cautelares (MIELKE, 2009, p. 40). Interessante notar que vários autores, como José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE, inclusive, justificam que as tutelas antecipadas possuem todas as características das tutelas cautelares, sendo que mera dessemelhança naquilo que se refere apenas à faceta antecipatória da medida ou ao rigor eventualmente maior quanto à probabilidade de existência do direito não justificaria a criação de forma autônoma de tutela de urgência, qual seja, a tutela antecipada (2003, p. 303).

Por isso, as distinções aqui apresentadas se baseiam principalmente no entendimento sustentado, sobretudo, por Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA. Aqui, vale a transcrição de didático quadro sinótico elaborado por Jaqueline MIELKE SILVA (2009, p. 40), a partir das diretrizes defendidas pela teoria ovidiana.

Destaque-se, antes, que, de acordo com tal posicionamento, o principal objetivo da tutela cautelar é assegurar a realização de direitos, ou seja, a segurança de que uma execução eficaz, que produzirá efeitos no plano material. A tutela antecipatória, por outro lado, dá primeiro a execução para que aí sim se tenha segurança, de modo a se evitar o perecimento de direitos (MIELKE, 2009, p. 38). Pontes de MIRANDA já afirmava que “todo adiantamento de execução satisfaz por antecipação; a providência cautelar, não” (1999, p. 337).

Daí porque a presença de tal diferenciação dentro de tal quadro sinótico. Senão, vejamos:

| Tutela Cautelar | Tutela antecipada |
|---|--|
| Autonomia procedimento | Não há que se falar em autonomia procedimental. |
| Assegura direitos sem jamais satisfazer | Antecipa efeitos da sentença final, satisfazendo o direito da parte. |
| Temporariedade | Provisoriedade |
| Segurança da execução | Execução para segurança |
| Risco de dando iminente | Perigo de dano irreparável |

Importante lembrar que outros autores, apesar de não adotarem o posicionamento defendido por Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, entendem que é possível apontar várias diferenças entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, considerando-as como espécies do gênero tutela de urgência, ou seja, sem classificar a tutela antecipatória como modalidade de tutela cautelar.

Observe-se, por exemplo, o também didático quadro sinótico elaborado por José Miguel GARCIA MEDINA e Fernando DA FONSECA GAJARDONI (2010, p. 42):

| <i>Diferenças</i> | <i>Antecipação dos efeitos da tutela</i> | <i>Tutela cautelar</i> |
|--------------------------------|---|--|
| <i>Natureza</i> | Satisfativa | Conservativa |
| <i>Autonomia procedimental</i> | Não há | Há (regra geral, salvo art. 273, §7º, CPC) |
| <i>Grau de convencimento</i> | Altíssima probabilidade (prova inequívoca da verossimilhança) | Alta probabilidade (<i>fumus boni iuris</i>) |
| <i>Proteção</i> | Ao direito material (à pessoa) | Ao direito processual (ao processo principal) |
| <i>Tutela de urgência</i> | Na hipótese do art. 273, I, do CPC | Sempre |

Nota-se, portanto, que, doutrinariamente, há pontos em comum acerca das principais diferenças entre tutela antecipada e tutela cautelar. Destaque-se

que a *satisfatividade* e a *conservatividade* (qualidade *assecuratória*) são os principais pontos do embate; nos dizeres de Pontes DE MIRANDA, “a tutela cautelar garante para satisfazer e a tutela antecipada satisfaz para garantir”³¹. Tais definições, além de praticamente definirem o conceito das medidas antecipatórias e cautelares, também são responsáveis por originar as principais características inerentes às mesmas (como a autonomia procedimental, pressupostos e requisitos, entre outras).

Por fim, é de suma importância que se lembre que as tutelas de urgência aqui estudadas tanto se confundem porque possuem uma origem constitucional comum.

Primeiro, há de se destacar a redação do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que afirma que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito³². Trata-se de dispositivo que visa regular a atividade jurisdicional do estado, de forma que não apenas se repare o direito violado, mas, também, se evite a ocorrência de tal violação (MEDINA e GAJARDONI, 2010, p. 35).

Por isso, pode-se entender que o processo (como uma entidade complexa) se presta a combater tal violação, de forma preventiva ou reparadora. As tutelas de urgência surgiriam, então, diante da necessidade de concessão de solução *emergencial*, ainda que provisória ou temporária, para que se proteja ou se repare o direito daquele que *aparentemente* tem razão. Isso porque o processo de conhecimento, moroso por si só (pois necessária uma cognição exauriente), não tem condições de atender às situações de urgência, de forma que seu tempo de duração pode frustrar o direito material da parte.

Cada uma das tutelas de urgência, sejam elas cautelares ou antecipatórias, se mostrariam necessárias diante das inúmeras situações fáticas que se apresentam no cotidiano forense, de forma que o legislador não tem condições (e nem poderes, devido ao disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal) de criar um rol exaustivo ou taxativo de tais medidas, ou, através do texto legal, adequar cada tipo de situação a uma tutela de urgência típica. Isso ajuda a justificar a adoção, em nosso

³¹ in NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. *Tutela Antecipada e Tutela Cautelar*. in *Tutelas de urgência e cautelares/Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*/coordenador Dornaldo Armelin – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 498/499.

³² Relembre-se, ainda, o disposto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, que prevê a razoável duração do processo e assegura os meios que garantam sua celeridade de tramitação (incluindo-se aí as tutelas de urgência), o que, aliás, decorre do princípio do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal).

ordenamento, do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência (inclusive na via inversa) e do poder geral de cautela³³.

Mais uma vez, nota-se que as tutelas de urgência buscam assegurar o princípio constitucional da efetividade, “segundo o qual o processo, na medida do possível, deve dar a quem tem o direito tudo aquilo e exatamente aquilo que é previsto na lei substancial” (BEDAQUE, 2003, p. 85).

3.3. Tutela cautelar “satisfativa”

3.3.1. Considerações Gerais

Analisados os institutos da tutela antecipada e da tutela cautelar, verificadas as semelhanças e diferenças entre as mesmas e, principalmente, observada a existência de uma zona cinzenta entre ambas (o que possibilita a aplicação do princípio da fungibilidade, conforme exposto anteriormente), nos resta observar a natureza das chamadas tutelas “cautelares satisfativas”.

Apesar da impropriedade da expressão³⁴, visto que uma tutela cautelar não é destinada a *satisfazer* direitos, mas tão somente a assegurar a possibilidade de realização deles, através de um processo acessório (ou, de acordo com a teoria ovidiana, é destinada a assegurar *direitos*, e não um processo), o cotidiano forense nos revela que as “cautelares satisfativas” existem, e são regularmente utilizadas pelos operadores do direito.

No nosso ordenamento, são inúmeros os exemplos, conforme já explanado neste trabalho. Mesmo quando fundadas em cognição sumária, tais medidas não dependem do ajuizamento de uma ação principal (o que jamais ocorrerá com as “legítimas” cautelares) ou de uma sentença de procedência para serem confirmadas (como nos casos de antecipação da tutela), sendo, que muitas vezes, podem produzir efeitos irreversíveis.

³³ “A possibilidade de o juiz determinar medidas provisórias, cautelares ou antecipadas, está ligada ao poder geral acautelatório do julgador. Sua origem, sua fonte de legitimidade e o âmbito de eficácia estão demarcados pela Constituição.” (BEDAQUE, 2003, p. 82).

³⁴ “É importante que se reconheça, inicialmente, a impropriedade da expressão ‘cautelar satisfativa’. (...) a tutela cautelar, a rigor, é meramente conservativa, isto é, tem por finalidade assegurar que a providência ‘principal’, pleiteada em ação de conhecimento ou de execução, tenha condições de gerar efeitos. A tutela cautelar, assim, não é satisfativa.” (MEDINA e GAJARDONI, 2010, p.59); “Em sede doutrinária, a existência de uma tutela cautelar satisfativa não é admitida.” (BEDAQUE, 2003, p. 199).

É o caso, por exemplo, da “cautelar” de exibição de documentos, prevista pelo artigo 844 do Código de Processo Civil; afinal, exibidos os documentos, há *satisfação*, não sendo necessário a ajuizamento da ação “principal” (MEDINA e GAJARDONI, 2010, p.59)³⁵.

3.3.2. Origem das cautelares satisfativas no ordenamento jurídico brasileiro. Divergências acerca do instituto

A doutrina tradicional tratava qualquer medida provisória, destinada a ser substituída por outra definitiva e capaz de definir o mérito, como sendo, por isso mesmo, cautelar. Desse modo, o artigo 798 do Código de Processo Civil, que trata das tutelas cautelares, passou a ser utilizado para veicular pretensões urgentes que, na verdade, satisfaziam o direito material do requerente, mesmo sem declarar existente o direito alegado³⁶, ou seja, “(...) admitia-se o desvirtuamento do processo cautelar para abreviar a concessão da tutela satisfativa” (BEDAQUE, 2003, p. 199).

Daí é que passaram a existir as tais “cautelares satisfativas”, que segundo a doutrina hegemônica, seriam também cautelares, pois a eventual satisfação concreta não a tornaria medida satisfativa, pois provisória, ou seja, não definia o mérito; ora, a doutrina tradicional considerava cautelares todas as espécies de medida de urgência, conforme pôde ser observado nos entendimentos doutrinários expostos anteriormente, como aquele defendido por Piero CALAMANDREI.

O doutrinador italiano reconhece que há um grupo de procedimentos cautelares que invariavelmente geram decisões que *antecipam provisoriamente* os efeitos da sentença de mérito definitiva, mas que esta, quando proferida, não convalida a decisão cautelar, mas traz decisão totalmente nova, pois, desta vez, é definitiva. Senão, vejamos:

“A função instrumental explica-se, portanto, nesse grupo, por dar à controvérsia, na espera do procedimento definitivo, uma solução provisória que presumivelmente mais se aproxima daquela que será a decisão definitiva, de modo que esta, operando *re adhuc integra* e sem solução de continuidade, possa ter sobre a relação substancial a

³⁵ Nesses casos, os mesmos autores defendem o uso da expressão “tutelas de urgência satisfativas autônomas”, o que retiraria do âmbito das cautelares esse tipo de medida. Todavia, reconhecem o regular uso da expressão “cautelar satisfativa” no cotidiano forense (2010, p. 60).

³⁶ MACHADO, Fábio Cardoso. *Condições de fungibilidade entre medidas cautelares e antecipatórias*. in *Tutelas de urgência e cautelares/Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*/coordenador Dornaldo Armelin – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 498/499.

mesma eficácia prática que teria se tivesse sido emanada sem atraso (...).” (2000, p. 68).

Rebatendo tal entendimento, Pontes DE MIRANDA afirmava que doutrinadores clássicos, como Giuseppe CHIOVENDA (que influenciou a obra de Piero CALAMANDREI), “confundiam a *antecipação* ou *adiantamento* da execução (...), e a *asseguração da prestação*, essa mesma só peculiar a algumas ações cautelares, pois, em princípio, é ausente qualquer força executiva nas ações de medidas cautelares.” (1999, p. 376).

Na esteira de tal entendimento, Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, apesar de reconhecer que os procedimentos cautelares passaram a ser utilizados como forma de sumarização das demandas (a fim de que se obtivesse a realização do direito no plano das relações humanas), reitera que tal ideia faz parte do conceito de *satisfatividade*, que jamais integrará o âmbito das tutelas cautelares. Por isso, as chamadas “cautelares satisfativas” seriam, na verdade, tutelas de urgência satisfativas autônomas, que poderiam significar, ainda, uma “ação de conhecimento condenatória” (2000, p. 94) com pedido de concessão de medida liminar.

José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE também entende que não é cientificamente correta a expressão “cautelar satisfativa” (2003, p. 199). Todavia, admite o autor que provimentos cautelares podem, sim, trazer à parte efeitos que só seriam sentidos em sede de sentença final. Isso porque existiram duas espécies distintas de antecipação: as reversíveis e as irreversíveis.

Por isso, apesar de reconhecer que parte da doutrina defende que, se a medida traz satisfação, não pode ser considerada uma tutela cautelar (pois esta tem como objetivo tão somente *assegurar* a eficácia de um procedimento principal, sem satisfazer o direito material propriamente dito)³⁷, argumenta o doutrinador que a *provisoriedade e instrumentalidade* de decisão antecipatória é que a torna cautelar. Aqui, vale a transcrição:

“(...) a tutela jurisdicional pode ser satisfativa sem perder a natureza cautelar. Basta que a eficácia no plano material não seja definitiva. A satisfatividade provisória da medida não é incompatível com a tutela cautelar.” (2003, p. 205 – grifei).

³⁷ “Essa antecipação da tutela jurisdicional não teria, segundo pensamento da doutrina dominante, natureza cautelar. Como o autor, ao obtê-la, já alcança seu objetivo no processo, já consegue a satisfação de seu direito, não se trata de medida destinada tão-somente a assegurar a efetividade do provimento final. Ela se confunde com a tutela definitiva, que, presentes os requisitos legais, é prestada antecipadamente.” (2003, p. 201)

“A tutela cautelar caracteriza-se pela instrumentalidade e provisoriedade do pronunciamento judicial, não pelo seu conteúdo.” (2003, p. 206 – grifei).

Nota-se, novamente, que o autor, alinhado à doutrina tradicional, afirma que o caráter provisório é inerente à tutela cautelar, ainda que esta produza efeitos *satisfativos*, o que é decididamente rejeitado por Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, para o qual, reitera-se, “o cautelar nunca poderá ser satisfativo” (2000, p. 85). O que caracterizaria tutelas sumárias não cautelares, ainda segundo José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE, seria a solução antecipada *irreversível* baseada em cognição sumária, tendo em vista que a cognição exauriente seria desnecessária³⁸, o que era conseguido pela má utilização do poder geral de cautela e do procedimento cautelar como um todo antes do advento da Lei nº 8.952/1994.

3.4. A Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994 e o paradoxo criado no Código de Processo Civil.

Em meio a essa movimentada discussão doutrinária, foi publicada a Lei nº 8.952/1994, que deu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil. Nosso ordenamento passou a prever, então, a tutela antecipada, instrumento que passou a permitir que medidas urgentes e de caráter provisório fossem requeridas em um procedimento comum, sem necessidade de instauração de um processo cautelar acessório. Bem explicam Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio CRUZ ARENHART:

“Trata-se de consagração da possibilidade de antecipar a tutela final, com base em verossimilhança, em face de fundado receio de dano, o que antes de 1994 era feito – excepcionalmente, é certo – mediante o uso distorcido da técnica cautelar. Portanto, 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 concreta*” (2008, p. 61).

³⁸ “A grande diferença é a eficácia que tal pronunciamento judicial assume perante o direito material. A revelia ou a não apresentação de embargos ao mandado monitório são exemplos típicos de provimento precedido de cognição sumária mas sem caráter cautelar, visto que representam a única resposta dada pelo Poder Judiciário à pretensão material do autor, nada se lhes seguindo, a título de solução definitiva. O provimento sumário é a própria definição da questão material.” (2003, p. 207).

Então, a partir desse momento, mostrou-se necessária a correta distinção entre os institutos das tutelas cautelares e satisfativas, o que não era tão eficientemente realizado pela doutrina clássica. Por isso, reitere-se a importância dos estudos de Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, que, apesar de controversos, definiram as bases de entendimento da cada uma das espécies de tutela de urgência.

Todavia, há de se destacar que o Código de Processo Civil atual ainda não é claro quando o assunto se refere às tutelas de urgência.

Relembre-se que o projeto original do artigo 273 do Código de Processo civil foi elaborado por Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA (MIELKE, 2009, p. 41). Todavia, a manutenção da teoria de Piero CALAMANDREI no Livro III (que trata do Processo Cautelar) acabou por criar um antagonismo naquilo que se refere à posição adotada pelo legislador brasileiro em relação às tutelas de urgência.

Isso porque, se de um lado há o artigo 273, que acaba por diferenciar de forma cristalina a tutela antecipatória da tutela cautelar, há todo o Livro III do Código de Processo Civil, que ainda persiste em colocar no bojo das tutelas cautelares medidas de caráter notadamente satisfativo. Tal paradoxo ajudaria a explicar, em parte, o motivo pelo qual o legislador aceita a aplicação do princípio da fungibilidade em relação às tutelas de urgência, inclusive na via inversa, o que, a olhos menos atentos, poderia significar um “remendo” legislativo, a fim de que a discussão doutrinária e sua influência na lei não prejudicassem a eficácia do processo, ou seja, o que poderia causar lesão ao direito do jurisdicionado. Jaqueline MIELKE DA SILVA bem explica tal paradoxo:

“Em razão dessa incongruência do sistema processual civil brasileiro, que contém duas teses antagônicas – que partem de linhas diversas, paralelas, que jamais vão se encontrar – persiste uma grande dúvida entre os operadores do direito: afinal, temos ainda as chamadas cautelares satisfativas ou elas passaram a deixar de existir com a adoção da teoria de Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA no artigo 273? Na verdade, mais uma vez legislamos mal, partindo de pressupostos antagônicos dentro de um mesmo código.” (2009, p. 41).

4. TUTELA ANTECIPADA

4.1. Considerações iniciais. Conceito de tutela antecipada ou antecipatória.

Conforme já exposto anteriormente, o vertiginoso aumento de demandas no judiciário e a falta de adequação do organismo a essa nova realidade acabaram por gerar uma enorme lentidão na entrega da tutela àquele que deveria recebê-la. Diante de tal fenômeno, passou-se a utilizar a tutela cautelar como via sumária e alternativa para a solução de conflitos, onde os operadores do direito se baseavam no poder geral de cautela (que deveria representar instrumento excepcional de *segurança* do processo) para justificar a concessão de medidas cautelares atípicas de caráter *satisfativo* e, muitas vezes, *irreversível*.

Notou-se, então, que tal fenômeno ameaçava as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pois as decisões que concediam essas medidas de caráter *satisfativo* se baseavam em cognição sumária (característica inerente às tutelas de urgência) e, muitas vezes, se mostravam irreversíveis.

Por isso, não somente a necessidade de se conferir efetividade ao processo (realização do direito no plano das relações humanas) justificava a regulamentação dessa forma satisfativa de procedimento, mas também a necessidade de serem preservados referidos princípios constitucionais, pois, caso medidas de natureza *satisfativa* e *irreversível* continuassem a ser concedidas através da tutela cautelar, a parte contrária não teria qualquer oportunidade de influir no resultado da demanda, tornando-se mero espectador do processo (BEDAQUE, 2003, p. 292).

Nesse íterim, conforme já explanado, a Lei nº 8.952/1994 deu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, trazendo em nosso ordenamento a tutela antecipada. Regulamentou-se, portanto, a concessão de tutelas satisfativas, que permitem a *antecipação* de efeitos que só seriam sentidos ao final do processo, caso se verificasse a procedência daquilo alegado pela parte inicialmente.

Registre-se que, para aquelas tutelas satisfativas que geram efeitos irreversíveis no plano das relações humanas, não há regulamentação em nosso Código de Processo Civil. José Miguel GARCIA MEDINA e Fernando DA FONSECA

GAJARDONI relembram o exemplo de uma decisão liminar que autoriza a realização de uma transfusão de sangue em um paciente (2010, p. 43); ora, nesses casos, não há provisoriedade ou temporariedade, ante a irreversibilidade do provimento. Todavia, a jurisprudência brasileira vem admitindo a utilização de procedimentos cautelares para este fim, criando-se, como já discutido, as “cautelares satisfativas” (mais bem conceituadas como “tutelas de urgência satisfativas autônomas”).

Pois bem. Em síntese, pode-se conceituar a tutela antecipada como a possibilidade de se adiantar, antecipar, precipitar os efeitos práticos da tutela jurisdicional, os quais, por intermédio de um procedimento ordinário, só seriam sentidos após o fim do processo (considerando-se aí todo o trâmite eventualmente percorrido para que se atinja o trânsito em julgado de uma sentença de procedência) (SCARPINELLA, 2012, p. 33). Breve definição de Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio CRUZ ARENHART, aqui, é pertinente:

“Na tutela antecipatória, um perigo, derivado da demora do procedimento, faz ver a necessidade de antecipar, total ou parcialmente, a tutela do direito, que, no caso de sentença de procedência, seria devida ao final do procedimento.” (2008, p. 86).

4.2. Natureza jurídica da tutela antecipada

Parte da doutrina entende que a tutela antecipada tem natureza cautelar, ainda que proporcione à parte a satisfação do direito material. Isso porque, nos dizeres de José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE, a tutela antecipada “nada mais é do que medida de urgência construída segundo a *técnica cautelar*, destinada a conferir eficácia ao provimento final” (2003, p. 293).

Ainda segundo o autor, os reflexos conservativos ou antecipatórios de cada uma das medidas não podem ser considerados critérios prevaletentes para criação de formas autônomas de tutela, pois inúmeras outras características lhes seriam comuns, como a *instrumentalidade*, a *provisoriidade* e a função de se *assegurar* o resultado final do processo (2003, p. 302).

Interessante notar que Piero CALAMANDREI, inclusive, ao classificar os procedimentos cautelares, incluía nesse rol os procedimentos cautelares que *antecipavam os procedimentos decisórios*, onde haveria “decisão antecipada e provisória do

mérito, destinada a durar até que a esse regulamento provisório da relação controversa não se sobreponha o regulamento estatal obtido através do mais lento processo ordinário.” (2000, p. 65 – grifei).

Todavia, posicionamentos divergentes entendem que a tutela antecipatória não pode ser considerada tutela cautelar, mas sim espécie de tutela de urgência, pois nem mesmo características como a instrumentalidade ou a provisoriedade lhes seriam comuns. Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio CRUZ ARENHART afirmam categoricamente que “a tutela antecipatória não é instrumento de outra tutela, ou faz referência a outra tutela.” (2008, p. 61), simplesmente porque seu caráter satisfativo dá ao autor aquilo que era cobijado ao propor ação, não sendo necessário qualquer outro tipo de processo, diferentemente da tutela cautelar, que se destina a dar efetividade a uma tutela jurisdicional do direito que, via de regra, se encontra em outro processo.

Os mesmos autores afirmam, ainda, que nem mesmo a provisoriedade pode ser aplicada à tutela cautelar, pois, como já explanado, a mesma seria temporária, ou seja, estaria “subordinada à manutenção do estado perigoso indicativo da probabilidade de dano.” (2008, p. 61). Há de se destacar, porém, que, ao reafirmarem que a tutela antecipada é modalidade de tutela de urgência, e não de tutela cautelar, os doutrinadores apontam para uma zona de convergência entre tais modalidades: tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada vão estar sempre relacionadas com a tutela dada ao final do processo, podendo assim ser chamadas de “interinais, no sentido de que não aspiram a assumir a posição de ‘tutela satisfativa definitiva’ e, assim, a característica de autonomia ou de independência em relação a outra forma de tutela.” (MARINONI e ARENHART, 2008, p. 86).

José Miguel GARCIA MEDINA e Fernando DA FONSECA GAJARDONI reafirmam que a tutela antecipada é modalidade de tutela de urgência, mas não em todos os casos. Isso porque, quando a tutela é concedida com base no artigo 273, inciso I, do Código de Processo Civil, há latente *periculum in mora* (“receio de dano irreparável ou de difícil reparação”); todavia, nos casos em que a tutela é concedida com base no artigo 273, inciso II, do Código de Processo Civil, não há necessidade se verificar urgência, bastando que se constate o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (2010, p. 50).

Por outro prisma, Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA argumenta que, ao prever a tutela antecipada fora do Livro III do Código de Processo Civil, o

legislador buscou “expurgar do processo cautelar justamente as denominadas ‘cautelares satisfativas’” (2003, p. 140), pois entendeu que essas medidas antecipatórias não são cautelares. Mesmo assim, argumenta o autor, o Código de Processo Civil vigente não teria se desvincilhado totalmente da teoria de Piero CALAMANDREI, tendo em vista que a tutela antecipada foi inserida dentro do processo de conhecimento. Essa incongruência estaria no fato de que tal modalidade de processo não prevê medidas executórias ou mandamentais, mas tão somente profere decisões declaratórias, constitutivas ou condenatórias, sendo que estas últimas seriam apenas um “preparo” para um futuro processo de execução. Por isso, Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA afirma categoricamente que as antecipações de tutela do artigo 273 “são formas *lato sensu de execução urgente*, provimentos através dos quais o juiz, considerando verossímil o direito do autor, concede-lhe, desde logo, algum efeito executivo ou mandamental da futura sentença de procedência.” (2003, p. 141).

É por isso que o mesmo autor defende aquela diferenciação entre tutelas cautelares e antecipatórias, conforme já visto anteriormente: a cautelaridade traduz “segurança da execução”, enquanto a antecipação traduz “execução-para-segurança”; a primeira protege para que a execução possa ocorrer, enquanto a segunda executa antes para que se proteja o direito, de forma urgente e provisória, sem que se perca, todavia, “a natureza de provimento *lato sensu* executivo.” (2003, p. 141).

Pois bem. Constatado que a tutela cautelar se presta a *assegurar* a possibilidade de obtenção da tutela final (para a doutrina majoritária, protege-se o processo; para outros, protegem-se direitos, mais do que o processo) e que a tutela antecipada, como o próprio nome diz, *antecipa* os efeitos de uma decisão acerca do direito material, tornando-o existente no plano das relações humanas antes do fim do processo, não há como se negar que ambas são espécies do gênero tutela de urgência. Não se pode afirmar, após tais constatações, que a tutela antecipada é espécie do gênero tutela cautelar, tendo em vista que a distinção entre ambas já se mostra suficientemente esclarecida, não obstante a existência de uma zona de penumbra que permite a confusão entre tais instrumentos ou o fato de que a tutela antecipada se originou de distorções no uso da tutela cautelar.

4.3. Requisitos para concessão da tutela antecipada.

4.3.1. Pressupostos

Verificado que a tutela antecipada permite a precipitação do direito material à parte requerente antes do fim do processo, há de se verificar quais são os requisitos que permitem essa excepcional situação, tendo em vista que, muitas vezes, a tutela antecipada é concedida liminarmente, ou seja, no início do processo, antes da citação do réu (“inaudita altera pars”), o que violaria, em tese, os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Aqui, importante que se registre que as hipóteses dos incisos I e II do artigo 273 do Código de Processo Civil não se assemelham naquilo que se refere às razões determinantes de sua adoção, ou seja, seus fundamentos. Enquanto o inciso I busca apenas agilizar a prestação jurisdicional, pois o direito do requerente se encontra ameaçado (o que poderia prejudicar a tutela final), o inciso II busca impedir que a conduta protelatória do réu seja prejudicial ao processo e, por consequência, à sua efetividade. Ambas, todavia, têm um objetivo comum: evitar a demora do processo (BEDAQUE, 2003, p. 321).

Por isso, há dois pressupostos, previstos no *caput* do artigo 273, do Código de Processo Civil, que, além de se somarem alternativamente aos requisitos dos incisos I e II, são obrigatoriamente necessários para a concessão da tutela antecipada em ambos os casos: a existência de *prova inequívoca* e a *verossimilhança da alegação*.

A *prova inequívoca* se refere a qualquer meio que prove a situação narrada, seja por intermédio de documentos ou testemunhos³⁹, mas que efetivamente comprove aquilo alegado pelo autor. Tal prova inequívoca convence o julgador acerca da *verossimilhança* da alegação, por isso a relação íntima desses dois requisitos. Nos dizeres de José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE, “o juízo de verossimilhança sobre a existência do direito do autor tem como parâmetro legal a prova inequívoca dos fatos que o fundamentam”

³⁹ A prova inequívoca consiste em prova robusta, certa, convincente, contundente, que conduza a um juízo seguro para concessão da tutela antecipada. Na maioria das vezes, imagina-se que tal prova tem maior credibilidade quando apresentada documentalmente. Todavia, levando-se em conta o princípio do livre convencimento do magistrado e que qualquer prova, desde que lícita, pode ser usada processualmente, admite-se que até mesmo a prova testemunhal pode ser atestada como prova inequívoca. Por exemplo, quando se realiza a chamada “audiência de justificação prévia” (artigo 461, §3º, CPC). (nesse sentido: SCARPINELLA, 2012, p. 36).

(2003, p. 336). De modo relativamente consoante, José Miguel GARCIA MEDINA e Fernando DA FONSECA GAJARDONI afirmam que “a verossimilhança da alegação decorre da grande probabilidade de que o direito reclamado esteja mesmo a favorecer o postulante da medida antecipada.” (2010, p. 52).

Importante salientar que, apesar de semelhantes, tais pressupostos não são sinônimos do *fumus boni iuris*, requisito necessário para a concessão de tutelas cautelares. Isso porque, conforme exposto anteriormente, como a antecipação de efeitos da tutela não apenas protege o processo, mas satisfaz o direito material nele pleiteado, é necessária maior rigidez para a concessão da mesma, no sentido de que a “prova inequívoca significa um grau mais intenso de probabilidade da existência do direito.” (BEDAQUE, 2003, p. 336).

4.3.2. Requisitos específicos

Analisadas a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, pressupostos da tutela antecipada, aos fundamentos previstos nos incisos I e II do artigo 273 do Código de Processo Civil.

No caso do inciso I, é necessário que se verifique o *periculum in mora*, requisito que também é costumeiramente exigido para a concessão de tutelas cautelares. Por esse motivo é que parte da doutrina entende que essa modalidade de antecipação tem natureza “mista” (MEDINA e GAJARDONI, 2010, p. 52). Nesse sentido, José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE é categórico ao afirmar a natureza cautelar desta modalidade de tutela antecipada. Senão, vejamos:

“A situação do inciso I apresenta, portanto, natureza cautelar, pois a antecipação destina-se a assegurar o resultado prático do processo. Há perfeita identificação funcional desta solução urgente com as cautelares, pois para sua concessão é imprescindível o *periculum in mora*.” (2003, p. 324).

Não é esse o entendimento de Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, que argumenta que, apesar da coincidência, a referência do “fundado receio de dano irreparável” do inciso I não basta para que se conclua que essas antecipações são cautelares. O legislador seria mais coerente se empregasse nesse inciso a expressão *periculum in mora*,

“muito mais adequada à ideia de antecipação e historicamente ligada às execuções provisórias” (2003, p. 141). Relembre-se que, para o doutrinador, é tão somente o *conteúdo* do provimento (satisfativo ou assecuratório) que define sua natureza.

Já no caso do inciso II, “é irrelevante a presença do *periculum in mora*” (MEDINA e GAJARDONI, 2010, p. 53)⁴⁰. Isso porque não há situação de perigo que possa afetar a eficácia do provimento, mas sim comportamento inadequado e protelatório do réu, que, apesar da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação do autor, insiste em atrasar, de forma proposital, o andamento do processo. José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE argumenta ainda que, “aqui, a situação descrita revela a existência de postura assemelhada à litigância de má-fé, já regulada pelos arts. 16 a 18 do Código [de Processo Civil]” (2003, p. 326). O mesmo autor afirma também que “o abuso de direito de defesa aqui previsto pode gerar, portanto, não apenas a antecipação dos efeitos da sentença, mas o julgamento antecipado” (2003, p. 327).

Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA argumenta que, na verdade, o inciso II não tem caráter punitivo contra a litigância de má-fé do réu. Mas é que tal conduta eleva o grau de verossimilhança para um grau próximo da certeza, daí porque seria possível a antecipação da tutela. Segundo o doutrinador, com essa conduta protelatória ou abusiva do direito de defesa por parte do réu, “fortalece-se a conclusão de que o demandado realmente não dispõe de nenhuma contestação séria a opor ao direito do autor” (2003, p. 143), o que justifica a antecipação⁴¹.

4.3.3. Condição de reversibilidade da tutela antecipada. O artigo 273, §2º

Também, há de se falar na condição de reversibilidade da medida, prevista pelo artigo 273, §2º, do Código de Processo Civil. Isto é, para que seja concedida a tutela antecipada, é necessário que haja possibilidade de se retornar ao estado anterior, ou seja, que a medida possa ser revogada e seus efeitos práticos possam se desfazer,

⁴⁰ Nesse sentido, José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE: “Na situação do inciso II do art. 273 a razão de ser da antecipação é completamente outra, não vinculada ao perigo concreto de dano.” (2003, p. 326).

⁴¹ O mesmo autor levanta a ideia de que a redação do inciso II não favorece a aplicabilidade prática dessa modalidade de antecipação, tendo em vista a atuação tímida ou por demais conservadora de parte dos juízes. Melhor seria a lei francesa, que permite “a concessão de análogas medidas antecipatórias, sempre que o juiz não vislumbre a existência de alguma contestação séria a ser oposta ao direito invocado pelo autor (arts. 808 e 872 do Nouveau Code de Procédure Civile).” (2003, p. 144).

sem prejuízo ao réu, sob pena de lhe ser causado dano irreparável ⁴². José Miguel GARCIA MEDINA e Fernando DA FONSECA GAJARDONI classificam tal condição com sendo o “*periculum in mora inverso*” (2010, p. 53).

Há de se considerar, todavia, que há casos em que a concessão de tutela satisfativa irreversível é a única forma de se evitar o perecimento do direito. Nesses casos, pode-se dizer que há irreversibilidade tanto para o autor quanto para o réu: caso não se conceda a tutela antecipada, o direito do autor será irreversivelmente lesado; se concedida a medida, não haveria, em tese, meios de se retornar ao estado anterior, o que prejudicaria o réu.

Ora, nesses casos extremos, admite-se o sacrifício do valor segurança, no sentido de que “a ameaça a direito não pode deixar de ser objeto de apreciação jurisdicional, ainda que, ocasionalmente, a medida seja dotada de irreversibilidade” (MEDINA e GAJARDONI, 2010, p. 54). Inúmeros são os exemplos desse tipo de situação, como no já citado caso de transfusão de sangue e em inúmeros outros casos envolvendo planos de saúde, por exemplo, onde as empresas deixam de cobrir despesas hospitalares em razão da gravidade da doença e dos custos de seu tratamento. Aliás, em razão da não rara ocorrência desse tipo de caso na prática forense, Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA afirma que o legislador “exagerou na prudência” (2003, p. 144) quando deu redação ao §2º do artigo 273.

Observe-se, portanto, que, a partir de tal entendimento, mesmo a doutrina que defende a natureza cautelar da tutela antecipada acaba assumindo que, nesses casos, não há falar-se em tal cautelaridade, pois, reitere-se, é sacrificado o valor segurança. Além disso, não há provisoriedade dos efeitos, e sim *definitividade*, não havendo a necessidade de tutela final, “o que elimina qualquer relação de instrumentalidade hipotética” (BEDAQUE, 2003, p. 346) ⁴³.

Há posicionamento relativamente diverso na doutrina, no sentido de que a irreversibilidade dos efeitos por si só não gera definitividade do provimento, conforme argumentam José Maria ROSA TESHEINER e Lucas PEREIRA BAGGIO, a saber:

⁴² Registre-se que tal irreversibilidade se refere aos efeitos da tutela cautelar antecipada, e não à decisão judicial em si, que é sempre revogável, ou seja, reversível. Também, deve-se observar que essa condição de reversibilidade se coaduna com a ideia de provisoriedade da tutela antecipada. Ora, não há como se conceder tutela irreversível se a mesma pode ser revogada em decisão final (nesse sentido: BEDAQUE, 2003, p. 340/342).

⁴³ José Miguel GARCIA MEDINA e Fernando DA FONSECA GAJARDONI entendem que, nesses casos, não há antecipação dos efeitos da tutela, mas sim tutela de urgência satisfativa autônoma (2010, p. 55). Relembre-se que a doutrina capitaneada por Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA não aplica qualquer noção de cautelaridade à tutela antecipatória, conforme já disposto anteriormente.

“Em princípio, a irreversibilidade dos efeitos não torna definitivo o respectivo provimento, não obstante a impossibilidade de retorno ao estado anterior, pois, de regra, há motivo racional para o prosseguimento do processo. A decisão é, apesar de tudo, provisória, ou melhor, instável. Prossegue-se, para a apuração de eventual dano processual decorrente da efetivação da tutela de urgência.”⁴⁴

Pois bem. O que se observa é que a decisão que antecipa os efeitos da tutela final, além de provisória, é precária⁴⁵, ou seja, tem pouca estabilidade ou duração, é incerta, frágil. Se os efeitos de tal decisão forem irreversíveis, apesar de, à primeira vista, se perder o caráter provisório, não se perde a precariedade, ou seja, a instabilidade dessa decisão. Esta não pode ser definitiva, pois implicaria em julgamento antecipado da lide. No mais, há de se verificar, ao final do processo, se foi correta aquela anterior antecipação irreversível, podendo ser aplicável ao caso ressarcimento *in pecunia* ao réu.

Por isso, para que se amenize essa situação de irreversibilidade *in natura*, existem meios *in pecunia* de ressarcimento para o réu lesado, caso se verifique, ao final do processo, que aquela medida satisfativa não deveria ter sido concedida. Pense-se, por exemplo, em indenização por perdas e danos ou prestação de caução⁴⁶. Aqui, importante que se destaque pertinente observação de José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE sobre o tema, *in verbis*:

“Não se pode entender tal solução como regra geral. Somente cabe sua adoção em condições de absoluta excepcionalidade, ou seja, quando ficar evidenciado que, sem a antecipação, o direito provável sofre sério risco de perecer. Mesmo porque, se as perdas e danos constituíssem alternativa normal, raramente haveria situação irreversível, pois todo o prejuízo causado pela antecipação seria, em tese, passível de ressarcimento.” (2003, p. 348/349)⁴⁷

⁴⁴ TESHEINER, José Maria Rosa, e BAGGIO, Lucas Pereira. *Tutela jurisdicional de urgência e irreversível*. in *Tutelas de urgência e cautelares/Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*/coordenador Dornaldo Armelin – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 788/789.

⁴⁵ “A precariedade é elemento característico de toda decisão sobre tutela provisória.” (TEORI ALBINO ZAVASCKI, *Antecipação da tutela*, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 134, citado por CHIOVITTI, Alexandre Paulichi e GIANNICO, Maurício. *Tutelas de urgência e o regime de responsabilização objetiva do requerente*. in *Tutelas de urgência e cautelares/Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*/coordenador Dornaldo Armelin – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 788/789)

⁴⁶ “No caso, mesmo se o autor for pessoa de poucos recursos financeiros (irreversibilidade *in pecúnia*), há de se aplicar o princípio da proporcionalidade, admitindo a tutela do direito à vida, em que pese a impossibilidade de reparação financeira ao final.” (MEDINA e GAJARDONI, 2010, p. 55).

⁴⁷ Nesse sentido: “Irreversibilidade, aí, diz respeito ao mundo dos fatos. Não se trata de irreversibilidade em sentido exclusivamente jurídico ou normativo. Assim, a possibilidade de indenização, em dinheiro, para reparar os prejuízos sofridos pela parte que suportou a medida urgente, não implica reversibilidade.” (TESHEINER, José Maria Rosa, e BAGGIO, Lucas Pereira. *Tutela jurisdicional de urgência e irreversível*. in *Tutelas de urgência e*

Há quem defenda, ainda, a possibilidade de, verificada a má-fé, se responsabilizar objetivamente o requerente de medida liminar antecipatória que, concedida, causou prejuízos ao réu e, ao final do processo, foi revogada. Tal responsabilização seria baseada no artigo 811 do Código de Processo Civil, que, apesar de se referir às tutelas cautelares, seria aplicável, com base no artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, às tutelas antecipatórias⁴⁸. É o que defendem, por exemplo, Alexandre PAULICHI CHIOVITTI e Maurício GIANNICO, *in verbis*:

“De fato, a efetiva aplicação das regras de responsabilização objetiva do requerente das medidas liminares é fator que inegavelmente contribuirá para a limitação de demandas aventureiras e de demandas pautadas em má-fé processual. A disseminação de uma cultura de real atribuição de responsabilidade aos litigantes que, à margem da boa-fé ou de forma precipitada, pleiteiam medidas de urgência terá a saudável consequência de amainar a deslealdade processual e os ímpetos voltados à prodigalidade na concessão de tutelas cautelares ou antecipatórias.”⁴⁹.

Portanto, diante dessa celeuma, indaga-se acerca da conduta do juiz nesses casos extremos, em que há possibilidade de irreversibilidade da medida tanto para o réu quanto para o autor. Nessa situação, o magistrado deve analisar quais os bens jurídicos que seriam atingidos pela sua decisão e, ao confrontá-los, deve resolver por proteger aquele de maior valor, à luz do princípio da proporcionalidade⁵⁰. Ora, a título de exemplo: entre a *vida* daquele autor, que se encontra dependente de uma complexa e cara cirurgia médica, e o *patrimônio* da empresa-ré, operadora de plano de saúde que deveria cobrir tais despesas médicas (conforme alegado de forma *verossímil* pelo autor), por óbvio

cautelares/Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva/coordenador Dornaldo Armelin – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 786).

⁴⁸ Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA entende que não é cabível tal responsabilização objetiva, ainda que com base no artigo 811 do Código de Processo Civil (2003, p. 146). Consigne-se que a Lei nº 11.232/2005, ao incluir no CPC o artigo 475-O, inciso I, previu a responsabilização objetiva do exequente que promover a execução provisória.

⁴⁹ CHIOVITTI, Alexandre Paulichi e GIANNICO, Maurício. *Tutelas de urgência e o regime de responsabilização objetiva do requerente*. in *Tutelas de urgência e cautelares/Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*/coordenador Dornaldo Armelin – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 41.

⁵⁰ “Há três fases a considerar: 1) a identificação dos interesses juridicamente protegidos (ou bens jurídicos) em rota de colisão, 2) sua valoração de acordo com as circunstâncias do caso concreto e as relações com os argumentos tópicos pertinentes, e 3) a decisão fundamentada a respeito da preferência de um sobre o outro.” (TESHEINER, José Maria Rosa, e BAGGIO, Lucas Pereira. *Tutela jurisdicional de urgência e irreversível*. in *Tutelas de urgência e cautelares/Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*/coordenador Dornaldo Armelin – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 799).

que se protege o primeiro em detrimento do segundo, ainda que tal proteção signifique a produção de efeitos irreversíveis no plano fático⁵¹.

4.4. Tutela antecipada e julgamento antecipado da lide. O artigo 273, §6º, do Código de Processo Civil

Também, consigne-se que a tutela antecipada se encontra no campo da probabilidade. Se o direito for incontroverso, ou seja, demonstrado que assiste razão ao requerente, de forma cabal, ou que a questão é meramente de direito (e não fática, não sendo necessária a produção de provas), não há que se falar em tutela antecipada, mas sim em *julgamento antecipado* da lide, previsto pelo artigo 330 do Código de Processo Civil.

A tutela antecipada, apesar de possuir requisitos mais rígidos para sua concessão, é também concedida através de cognição *sumária*, assim como ocorre na tutela cautelar. Se o direito é incontroverso e forma juízo de *certeza* no julgador, a cognição é *exauriente*, e por isso o julgamento é antecipado; aqui, não há tutela antecipada, mas “sentença *liminar* de mérito” (Ovídio A. BAPTISTA, 2003, p.135). Nos dizeres de José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE, a finalidade da tutela antecipada é, “configurada a situação imaginada pelo legislador, permitir ao autor usufruir de seu suposto direito antes mesmo do reconhecimento de sua existência” (2003, p. 338). Ora, a permissão de usufruto do direito é provisória, e deve ser confirmada em sentença final; no julgamento antecipado, não há provisoriedade, mas definitividade, que só pode ser alterada através do recurso cabível àquela sentença liminar. Aqui, didática diferenciação tecida por Antonio Notariano Jr. e Gilberto Gomes BRUSCHI é esclarecedora⁵². Senão, vejamos:

⁵¹ Nesse sentido: “Resta evidente que, ao analisar o pedido de tutela antecipada, independentemente do requisito da reversibilidade, deverá o magistrado fazer um juízo de ponderação do interesse mais relevante no caso concreto, pois o fundamento constitucional da antecipação de tutela, na lição de Teori Albino Zavascki (...), implica a constante tensão entre as garantias da segurança e da efetividade, cumprindo ao magistrado, de modo inerente à função de decidir conflitos, utilizar “instrumentos destinados a, mediante a devida harmonização, dar condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição”, legitimando constitucionalmente a antecipação de tutela.” (LUCENA, Clarissa Santos. *Prova inequívoca da verossimilhança e reversibilidade do “provimento” antecipado: breves considerações sobre a tutela antecipada e a efetividade jurisdicional*. in *Tutelas de urgência e cautelares/Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*/coordenador Dornaldo Armelin – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 254).

⁵² Nesse sentido: “A cognição, nesses casos [de julgamento antecipado], é exauriente e implica entrega da tutela jurisdicional inicialmente pleiteada e de natureza satisfativa, destinada a produzir efeitos irreversíveis no plano material. Estes efeitos, todavia, poderão ficar suspensos pela interposição de recurso. Completamente outra é a hipótese regulada pelo artigo 273. Primeiro, porque não acarreta a solução definitiva e irreversível da situação litigiosa. Além disso, configuradas as circunstâncias que autorizam sua concessão, os efeitos serão antecipados imediatamente, ainda que interposto recurso dotado de efeito suspensivo (...).” (BEDAQUE, 2003, p. 366/367)

“Os institutos devem ser diferenciados de acordo com sua natureza, em razão do fato de a tutela antecipada ter natureza provisória, baseada em cognição sumária e superficial, desde que o juiz seja convencido da verossimilhança da alegação, enquanto o julgamento antecipado é definitivo, passível de alteração somente no tribunal, após o julgamento do recurso de apelação, pois uma sentença fora proferida após exaustivo exame do processo e das provas documentais trazidas pelas partes. Isso significa dizer que na tutela antecipada o juiz profere um juízo de probabilidade, e no julgamento antecipado, um juízo de certeza”⁵³.

Saliente-se que o artigo 273, §6º, do Código de Processo Civil, prevê a possibilidade de se conceder tutela antecipada quando um ou mais dos pedidos cumulados se mostrar incontroverso. Trata-se de julgamento antecipado parcial da lide, previsto entre os dispositivos que versam sobre a tutela antecipada. O raciocínio, aqui, não difere, pois, nesse caso, também não estamos diante de uma hipótese de tutela antecipada, pois não há provisoriedade ou cognição sumária. Se o direito é incontroverso, julga-se o pedido antecipadamente, através de uma cognição exauriente e de forma definitiva.

Nessa linha de raciocínio, Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA (2003, p. 135) argumenta que os “pedidos incontroversos” do §6º possuem limites mais amplos do que os “fatos incontroversos” previstos pelo artigo 334, inciso III do Código de Processo Civil. Não se trataria de modalidade de tutela antecipada porque a tutela inicialmente concedida ao pedido incontroverso não poderá ser revista ou desfeita pela sentença final, “condição essencial para que se configure o conceito de ‘tutela antecipada’”. Nesses casos, “a lide terá sido reduzida às questões litigiosas remanescentes”.

Ainda no caso do artigo 273, §6º, do Código de Processo Civil, há entendimento divergente. Parte da doutrina argumenta que se trata, sim, de modalidade de tutela antecipada, e não de julgamento antecipado parcial da lide. Isso porque seria ilógico o proferimento de uma decisão de mérito definitiva que acobertasse somente parte do pedido, sendo que, ao final do processo, tal pedido não poderia ser modificado pela sentença definitiva. Tratar-se-ia, no caso, de mera decisão interlocutória, recorrível via agravo de instrumento⁵⁴.

⁵³ JR., Antonio Notariano, e BRUSCHI, Gilberto Gomes. *O julgamento antecipado da lide e a antecipação de tutela em caso de pedidos incontroversos*. in *Tutelas de urgência e cautelares/Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*/coordenador Dornaldo Armelin – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 125/126.

⁵⁴ “Apesar de nosso sistema processual admitir as chamadas sentenças parciais de mérito, não há falar-se em julgamento antecipado parcial da lide com base no art. 273, §6º, do CPC, por se tratar de verdadeira decisão interlocutória, ainda que não se paute em cognição sumária (...) a circunstância de o processo estar maduro com relação a uma parte do pedido ou a um dos pedidos não viabiliza o julgamento de forma definitiva quando ao

4.5. Momento de concessão da tutela antecipada

Observado que a tutela antecipada visa precipitar à parte requerente os efeitos práticos que só seriam sentidos ao final do processo, indaga-se acerca de qual seria, então, o momento de concessão dessa antecipação. Em um primeiro momento, imagina-se que, por se tratar de antecipação, poder-se-ia conceder esse tipo de tutela somente no início do processo, liminarmente (*inaudita altera pars*) ou imediatamente após a resposta do réu.

Todavia, na verdade, entende-se majoritariamente que a tutela antecipada poderá ser concedida a qualquer momento antes do trânsito em julgado da sentença, ou seja, antes do fim do processo, inserindo-se nesse âmbito todo o trâmite recursal e, se for o caso, executório⁵⁵. Isso porque, na prática, somente após todo esse “trajeto” é que a parte teria o seu direito satisfeito, caso não tivesse sido requisitada a tutela antecipada. Observa-se, por exemplo, que a tutela antecipada poderá ser concedida até mesmo em sede de sentença (caso preenchidos os requisitos antecipatórios), evitando-se, assim, que um recurso de apelação com efeito suspensivo impeça que a parte usufrua o direito material pleiteado, conforme será mais bem discutido adiante.

4.5.1. Liminarmente

Primeiramente, importante que se observe que o conceito de liminar se refere a qualquer medida concedida no início do processo. Ou seja, quando se diz que uma decisão é liminar, não se deve imaginar que tal expressão se refere ao caráter de urgência ou à ideia de “poder” da decisão (não é raro, no cotidiano jurídico, observar partes ou advogados bradando que estão “protegidos por uma liminar”), mas somente que tal decisão

pedido incontroverso.” (JR., Antonio Notariano, e BRUSCHI, Gilberto Gomes. *O julgamento antecipado da lide e a antecipação de tutela em caso de pedidos incontroversos*. in *Tutelas de urgência e cautelares/Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*/coordenador Dornaldo Armelin – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 130/131).

⁵⁵ Nesse sentido: Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, 2003, p. 145; Teori ALBINO ZAVASCKI, 2009, p. 84/86; Luiz Guilherme MARINONI, 2008, p. 159/163; José Roberto dos SANTOS BEDAQUE, 2003, p. 376.

foi concedida no *limiar* do processo. Aqui, é pertinente a didática observação tecida por João BATISTA LOPES e Maria Elizabeth de CASTRO LOPES, *in verbis*:

“O termo ‘liminar’ vem do latim *limen* e tem, entre outros, os seguintes sentidos: soleira da porta, princípio, começo. No campo processual, indica a medida concedida, em caráter provisório, no início do procedimento. O que caracteriza a liminar, o que é de sua essência, não é, portanto, o caráter urgente, mas sim a circunstância da medida ser concedida no limiar do procedimento, ou, na expressão latina, *in limine litis*.”⁵⁶.

Pois bem. No caso das tutelas antecipadas, como já se observou, é possível sua concessão a qualquer momento do processo.

Discute-se, portanto, a concessão de tutela antecipada liminarmente, ou seja, antes da citação do réu (*inaudita altera pars*). Note-se que não há em nossa lei processual qualquer óbice a essa possibilidade. E não há de existir tal impedimento, tendo em vista que, conforme argumenta Luiz Guilherme MARINONI, “a lei processual não pode vedar a concessão da tutela antes da ouvida do réu, pois nenhuma norma tem o condão de controlar as situações de perigo.” (2008, p. 159); afinal, a concessão ou não da tutela antecipada depende do que é apresentado em cada caso concreto, e não somente da norma dispositiva.

Portanto, se preenchidos os pressupostos legais, nada impede que o juiz conceda a antecipação mesmo que o réu ainda não integre a relação processual, pois, como já dito, não ocorrera a citação. Se há prova inequívoca que leva à verossimilhança da alegação, essa visão unilateral trazida pelo réu já é suficiente para que se conceda a antecipação. Aqui, vale o posicionamento de José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE, a saber:

“Nem mesmo a exigência do contraditório constitui empecilho insuperável à posição ora adotada. São inúmeras as hipóteses de liminar *inaudita* no sistema processual. Tal solução, excepcional evidentemente, não viola o contraditório, pois a parte contrária, ao tomar conhecimento da medida, possui meios prontos e eficazes para alterá-la. E o princípio em questão, como, de resto, todos os demais, deve ser analisado em conformidade com os escopos maiores do sistema processual.” (2003, p. 368).

⁵⁶ LOPES, João Batista, e LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Eficácia imediata das medidas liminares*. in *Tutelas de urgência e cautelares/Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*/coordenador Dornaldo Armelin – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 706.

Luiz Guilherme MARINONI (2008, p. 159/160) relembra que, via de regra, a antecipação se dá após a contestação, ou seja, após a oitiva do réu. Todavia, é possível que a tutela seja concedida liminarmente caso tal oitiva possa causar lesão ao direito do autor, ou seja, quando a mesma “puder comprometer a efetividade da tutela antecipatória”; o mesmo autor recorda que o “contraditório pode ser postecipado para permitir a efetividade da tutela dos direitos”.

Vale destacar que a concessão liminar da tutela antecipada é cabível somente nas hipóteses do inciso I do artigo 273. Nos casos do inciso II, por óbvio, é necessário que se verifique a conduta protelatória ou abusiva do réu, ou seja, pressupõe-se que a citação válida já tenha ocorrido e que o requerido já tenha se manifestado no processo; relembre-se, também, que, nesses casos, não é a *urgência* que justifica a concessão da medida, mas tão somente a conduta inadequada da parte contrária.

4.5.2. Curso do processo, sentença e fase recursal.

Verificada a possibilidade de se conceder a tutela antecipada liminarmente, não se imagina qualquer óbice à sua concessão no curso do processo, ou seja, antes da prolação sentença. Bastaria, para isso, que a parte protocolasse petição simples requerendo a medida, fundamentando o pedido de acordo com os requisitos exigidos pelo Código de Processo Civil.

Pode parecer de certa forma paradoxal, todavia, a concessão de tutela antecipada na própria sentença; afinal, indaga-se como seria possível a antecipação de algo que já está sendo concedido.

Luiz Guilherme MARINONI argumenta que não há porque não se conceder a medida antecipatória após o fim da fase instrutória, ou seja, na sentença; no seu pensar, “(...) não há como se concluir que a tutela do direito é possível antes de finalizado o contraditório em primeiro grau de jurisdição, mas não perante este mesmo grau de jurisdição após as partes já terem exercido de forma plena o direito às alegações e provas.” (2008, p. 161).

Teori ALBINO ZAVASCKI (2009, p. 84) defende que, em sede de sentença, haveria duas soluções: ausentes as hipóteses de reexame necessário ou de interposição de apelação com efeito suspensivo, executar-se-ia provisoriamente a própria sentença, sem necessidade de antecipação de tutela específica. Do contrário (se for caso de reexame necessário ou apelação com efeito suspensivo), a antecipação de tutela deverá ser deferida na própria sentença (o que nada mais significa do que execução provisória).

Relembre-se que o artigo 520, inciso VII, do Código de Processo Civil só retira o efeito suspensivo da apelação caso a tutela antecipada já tenha sido concedida antes de sentença e por ela confirmada. Nota-se, portanto, que a lei nada dispõe sobre eventual efeito suspensivo daquela tutela antecipada concedida somente na sentença. Há casos em que a tutela não é concedida liminarmente por faltar algum requisito necessário; todavia, esses requisitos podem ser preenchidos no curso da instrução, o que permitiria, então, a concessão de tutela antecipada pioneiramente na sentença (MARINONI, 2008, p.161/162).

José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE (2003, p. 371) argumenta que “a antecipação concedida na própria sentença tem como consequência retirar o efeito suspensivo da apelação.”. Isso porque, como se sabe, é regra no direito brasileiro que o recurso de apelação suspenda os *efeitos* da decisão⁵⁷; todavia, a técnica antecipatória antecipa os *efeitos* da tutela, e não ela própria⁵⁸. Defende o doutrinador, ainda, que tal antecipação de efeitos é possível caso se aceite a natureza *cautelar* da tutela antecipada, pois, desse modo, impedir-se-ia que a antecipação fosse atingida pela suspensividade.

Luiz Guilherme MARINONI (2008, p. 162) defende, ainda, que uma sentença pode ser formalmente única, mas materialmente dupla. Por isso, seria possível que o juiz, na mesma sentença, na mesma folha de papel, profira decisão interlocutória concedendo a tutela antecipada e também, ao sentenciar, confirme essa tutela. Não haveria ofensa ao princípio da unirrecorribilidade, pois o *periculum in mora* da tutela antecipada nada tem a ver com os fundamentos para procedência do pedido. Por isso, a

⁵⁷ No projeto original do Novo Código de Processo Civil, existiam propostas que buscavam aplicar ao processo civil a excepcionalidade do efeito suspensivo dos recursos, submetendo-o tão somente ao “grau de probabilidade do provimento”, segundo projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010, ou ao “risco de dano grave ou difícil reparação”, segundo alterações apresentadas pelo relator-geral do projeto, Senador Valter Pereira. (*Quadro comparativo entre a redação original do projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010, o Código de Processo Civil em vigor e as alterações apresentadas no substitutivo do Senador Valter Pereira* – disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>> – acesso em 30.07.2013).

⁵⁸ Nesse sentido, bem ensina Teori ALBINO ZAVASCKI: “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 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.” (2009, p. 87).

decisão que concede a tutela seria atacável por agravo, e a sentença que a confirma seria atacável por apelação.

De forma dissonante, José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE (2003, p. 373) afirma que o capítulo da sentença em que juiz concede a antecipação não deverá ser impugnado mediante o recurso de agravo, por completa incompatibilidade com o sistema recursal. Isso porque, no caso, o processo estaria extinto e, portanto, a decisão configuraria sentença. Não haveria ainda, apesar da dúvida emergente, incompatibilidade entre o fato de a antecipação, baseada em cognição sumária, produzir os efeitos antes de julgamento e o fato de a sentença, baseada em cognição exauriente, ainda se submeter a um recurso de apelação, pois se prioriza a *efetividade* do processo.

Enfim, não obstante tal debate, é pacífica na doutrina, como já se observou, a possibilidade de se conceder a antecipação de tutela em sede de sentença. Conclui-se, portanto, que essa decisão que concede a antecipação é executada provisoriamente, de forma urgente, não sendo atingida pelo efeito suspensivo de eventual recurso de apelação.

Observa-se, portanto, que a antecipação dos efeitos de uma tutela é *mais* do que a própria sentença. A sentença apenas declara ou constitui o direito, ou, quando condena, tão somente prepara o processo para uma eventual execução. Com a concessão da tutela antecipada, a parte passa a imediatamente fruir do bem da vida, do direito no plano das relações humanas, ainda que seja apresentado recurso com efeito suspensivo. Relembre-se, por fim, que, independente da concessão da tutela antecipada, o processo segue sua normal tramitação, nos termos do artigo 273, §5º, do Código de Processo Civil.

Por isso, há de se consignar que é também possível a concessão de tutela antecipada na fase recursal; ora, não há motivo para que se impeça a antecipação neste momento processual, caso preenchidos os requisitos necessários para a concessão. Até mesmo na fase executória é possível a antecipação, tendo em vista que, havendo impugnação, os atos executivos podem ficar suspensos, não se podendo descartar a configuração de situação de urgência já nesse momento (lembrando que os embargos nada mais são do que ação de conhecimento deslocada para a fase executória; ora, tal deslocamento não é impeditivo da medida antecipatória) (ALBINO ZAVASCKI, 2009, p. 86).

4.6. Tutela antecipada concedida de ofício

Há de se observar, também, a possibilidade de o juiz conceder a tutela antecipada *ex officio*, ou seja, sem requerimento da parte, caso o magistrado verifique a necessidade de tal concessão ante o *periculum in mora* e, por óbvio, constate que estão preenchidos os requisitos para tal concessão.

Relembre-se, num primeiro momento, que é possível a concessão de tutelas cautelares de ofício, consoante o artigo 797 do Código de Processo Civil. Todavia, em relação às tutelas antecipadas, é indispensável o requerimento da parte, nos termos do artigo 273 do código de Processo Civil. José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE, apesar de concluir pela possibilidade de se conceder a antecipação de ofício⁵⁹, relembra que, mesmo que se entenda que a tutela antecipada é cautelar, não seria possível a aplicação do artigo 797 do Código de Processo Civil, pois este exige expressa autorização legal (2003, p. 377).

Se observarmos o entendimento da doutrina clássica acerca da tutela cautelar, notaríamos que, de qualquer forma, não seria possível essa analogia. Isso porque, de acordo com tal corrente, a tutela cautelar se presta a assegurar o processo e proteger a jurisdição estatal, ou seja, verificar-se-ia o caráter eminentemente publicístico da tutela cautelar. Por isso, se a tutela antecipada visa tão somente satisfazer o interesse da parte, antecipando os *efeitos* de uma decisão final de procedência, não há que se falar em proteção a jurisdição ou ao processo, mas tão somente àquele direito individual da parte.

Todavia, há de se considerar aquelas situações excepcionais, onde, preenchidos os requisitos e verificada a necessidade de antecipação (em razão de patente *periculum in mora*), a parte deixe de requerer a antecipação da tutela⁶⁰.

Nesses casos, por óbvio, a atuação ativa do juiz é a única forma de se preservar a efetividade do processo, bastando que o magistrado atue dentro daquilo pedido pela parte, ainda que sem o requerimento de antecipação de tutela. Relembre-se que a provisoriedade, mutabilidade e reversibilidade (via de regra) da tutela antecipada protegem o contraditório, podendo a parte se manifestar e o magistrado, convencido da alegação, pode revogar a antecipação (artigo 273, §4º, do Código de Processo Civil). No mais,

⁵⁹ “Nesses casos extremos, em que, apesar de presentes os requisitos legais, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional não é requerida pela parte, a atuação *ex officio* do juiz constitui o único meio de se preservar a utilidade do resultado do processo.” (2003, p. 378).

⁶⁰ Registre-se, ainda, que o artigo 461, §3º, do Código de Processo Civil permite a concessão de tutela antecipada de ofício nas obrigações de fazer, não fazer e dar.

há de se lembrar que, nas hipóteses do artigo 273, inciso II, do Código de Processo Civil, não se mostra cabível a concessão *ex officio* da tutela antecipada, tendo em vista que não há uma situação de risco ou urgência, mas tão somente um comportamento protelatório e abusivo do réu.

4.7. Revogabilidade e mutabilidade da tutela antecipada (artigo 273, §4º do Código de Processo Civil).

O artigo 273, §4º, do Código de Processo Civil, prevê a possibilidade de se revogar ou modificar a tutela antecipada concedida, bastando para isso decisão fundamentada do juiz. Nota-se que o dispositivo se limita tão somente a prever tal possibilidade, sem informar quais seriam os requisitos para tal revogação ou modificação ou quais seriam os efeitos decorrentes de qualquer uma dessas decisões.

Relembre-se que a tutela antecipada tem caráter provisório e é dotada de precariedade, pois baseada em cognição sumária. Por isso, a mudança do estado de fato ou o surgimento de novas circunstâncias, durante o desenvolvimento do contraditório e conseqüente aprofundamento da cognição, podem ensejar a revogação ou modificação da antecipação.

Teori ALBINO ZAVASCKI (2009, p. 136) entende que, ainda que desaparecida a situação de urgência ou cessado o comportamento protelatório/abusivo do réu, não seria justificável a revogação da medida antecipatória, tendo em vista que a verossimilhança da alegação permaneceria intacta. Entende o autor que seria cabível, no máximo, uma revogação *ex nunc*, ou seja, que atingisse os efeitos executivos somente a partir da revogação.

O mesmo autor defende que, em caso de desaparecimento ou alteração da verossimilhança daquilo alegado anteriormente, em razão do aprofundamento da cognição, estaria plenamente justificada a revogação ou modificação da tutela anteriormente concedida.

Registre-se que, no caso de improcedência da ação, ainda que omissa a sentença, a tutela antecipada concedida anteriormente é automaticamente revogada. Tal revogação tem eficácia imediata e *ex tunc* (ALBINO ZAVASCKI, 2009, p. 137). Afinal, não se pode manter um direito que era inicialmente provável se, ao final do processo, após cognição exauriente, verificou-se que tal direito era, na verdade, inexistente.

Luiz Guilherme MARINONI (2008, p. 164) entende que, caso não for interposto agravo de instrumento contra a decisão que concede a antecipação, somente novas circunstâncias poderão ensejar a modificação ou revogação de tal antecipação. O mesmo autor afirma, ainda, que deve haver requerimento do interessado, não sendo possível a atuação de ofício do juiz. De modo divergente, Teori ALBINO ZAVASCKI (2009, p. 137) argumenta que nos casos em que a revogação/modificação beneficiar o demandado, o juiz pode atuar de ofício, pois, afinal, juízos de improcedência podem ocorrer mesmo sem manifestação da parte contrária.

5. AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

5.1. Considerações iniciais

Após essa breve análise das tutelas cautelar e antecipada, observa-se que, não obstante a intensa discussão doutrinária que permeia o tema, não há pacificidade em nosso ordenamento naquilo que se refere às tutelas de urgência. Como apontado anteriormente, ainda que o Código de Processo Civil de 1973 tenha adotado a tutela antecipada como forma de se evitar distorções no uso da tutela cautelar, tal *codex* não se desvencilhou da clássica teoria italiana, que tratava as tutelas antecipatórias e satisfativas como modalidades de tutela cautelar.

Por isso, desde que veio a público o Projeto de Lei nº 166⁶¹, de 2010, do Senado Federal, intensas discussões vêm sendo travadas entre os mais diversos processualistas, ainda que informalmente, sobre quais os rumos deverão ser tomados por esse novo processo civil brasileiro, inclusive naquilo que se refere às tutelas de urgência.

De suma importância, portanto, e após essa breve análise de algumas das características das tutelas de urgência, que se pondere como o tema vem sendo tratado no projeto do novo CPC, de forma que se observe como as discussões doutrinárias explanadas neste trabalho vêm refletindo na elaboração do novo código.

Registre-se que, para fins deste trabalho, será utilizada a mais recente versão do projeto, aprovada pela Câmara dos Deputados em 17 de julho de 2013⁶², daqui em diante designada tão somente por “Novo CPC” (destaque-se que é essa versão mais recente, inclusive, que poderá ser votada pela Câmara dos Deputados ainda no mês de agosto de 2013⁶³). Algumas remissões serão feitas, ainda, ao Projeto de Lei nº

⁶¹ *Projeto de Lei do Senado, nº 166 de 2010 (Do Senador José Sarney) (Proveniente dos Trabalhos da Comissão de Juristas, instituída pelo Ato nº 379, de 2009, do Presidente do Senado Federal)*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=79547&tp=1>>. Acesso em 13.08.2013.

⁶² Câmara dos Deputados. *Comissão Especial destinada a proferir parecer ao PROJETO DE LEI Nº 6.025, DE 2005, ao projeto de lei nº 8.046, de 2010, ambos do senado federal, e outros, que tratam do “código de processo civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973)*. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/substitutivo-comissao-oficial>>, acesso em 13.08.2013.

⁶³ *Novo Código de Processo Civil é destaque do Plenário nesta semana*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/449580-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL-E-DESTAQUE-DO-PLENARIO-NESTA-SEMANA.html>>. Acesso em 19.08.2013.

166/2010, do Senado Federal, alcunhado a seguir como “Projeto original”; o Código de Processo Civil de 1973 será denominado apenas como Código vigente.

Aqui, uma crítica se faz necessária: a pressa na tramitação do projeto, muito motivada por razões de politicagem que imperam no Congresso Nacional, torna difícil até mesmo a localização da versão mais recente ou “oficial” do Novo CPC. O Projeto de Lei se encontra atualmente na Câmara dos Deputados (P.L. 8046/2010) ⁶⁴, mas o número de apensos é gigantesco e não há uma indicação correta, principalmente nos portais *web* da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, sobre qual a versão mais recente aprovada pelas comissões responsáveis pela análise do projeto, sendo que foi necessária certa “garimpagem” para que fosse encontrada a mais nova variante, disponibilizada em 17 de julho de 2013 e de relatoria do Deputado Paulo Teixeira.

Como bem asseverado por Fernando da FONSECA GAJARDONI e outros, ao criticarem o modo pelo qual vem sendo conduzida a tramitação do Projeto e a forma pela qual estão sendo discutidos os pontos cruciais do novo Código:

“O fardo do Novo Código de Processo Civil, leve ou pesado, pesará indistintamente sobre os ombros dos profissionais do Direito, mormente dos jurisdicionados. Aqui não há espaço para corporativismo, erros ou, mesmo, acertos menores. A falibilidade inerente ao que é humano não pode impedir o objetivo de se dar à nação um Código excelente ou, quando menos, melhor do que o contemplado no projeto atual.”
⁶⁵.

5.2. A localização da matéria no Novo Código, de acordo com o Substitutivo Final aprovado pela Câmara dos Deputados

Num primeiro momento, ao se analisar a mais recente versão do Novo CPC, nota-se, *prima facie*, que não há mais um livro próprio que trata especificamente dos procedimentos cautelares, como existe no Código vigente (Livro III). Às cautelares, seria específico tão somente o Título II do Livro V, destinado à regulação de seu

⁶⁴ *Projeto de Lei nº 8046/2010*. Autor: Senado Federal - José Sarney - PMDB/AP; Apresentação: 22/12/2010; Ementa: Código de Processo Civil; Explicação da Ementa: Revoga a Lei nº 5.869, de 1973. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em 15.08.2013.

⁶⁵ *Um convite ao debate: o Novo CPC ainda mais uma vez*. GAJARDONI, Fernando da Fonseca et. al. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/fernandogajardoni/2013/07/14/um-convite-ao-debate-o-novo-cpc-ainda-mais-uma-vez/>>. Acesso em 15.08.2013.

procedimento antecedente ao processo principal. Não há, todavia, previsão de procedimento das cautelares tradicionalmente típicas, como o arresto e o seqüestro, conforme se verá adiante.

Na verdade, o que se observa é que haveria uma total generalização de nomenclatura: as tutelas diferenciadas, sejam elas de natureza satisfativa ou cautelar, estariam previstas em um livro próprio (Livro V do Novo CPC), nomeadas tão simplesmente como “tutela antecipada”.

A distinção equivalente à do Código vigente estaria prevista no *caput* do artigo 295 do Novo CPC⁶⁶, que versa sobre a “tutela antecipada de natureza satisfativa ou cautelar” (grifei). Todavia, há de se destacar que os dois tipos de medida seriam concedidos pelo juiz com base na “urgência e na evidência” (artigos 295, parágrafo único, Novo CPC), ou seja, os requisitos para a concessão de medidas satisfativas ou cautelares seriam os mesmos. O Título I do Livro V, inclusive, trata das disposições gerais e também da “tutela de urgência e da tutela de evidência”, conceitos que serão logo mais analisados.

Enfim, o que se nota e, num primeiro momento, causa certa estranheza, é o fato de que as tutelas cautelares, no Novo CPC, são também designadas por “tutela antecipadas”. Ora, neste trabalho, já se discutiu acerca da *antecipação dos efeitos da tutela final* como característica essencial das tutelas antecipadas⁶⁷, ou seja, relacionada tão somente às tutelas satisfativas, e nunca às cautelares (medidas de natureza assecuratória); em oposição, debateu-se também sobre a possibilidade de antecipação desses efeitos em sede de tutela cautelar⁶⁸.

Desse modo, ao se observar a nova nomenclatura adotada pelo legislador, pode-se imaginar que este adotou o segundo posicionamento: as tutelas de natureza cautelar podem trazer à parte *antecipação dos efeitos* da tutela jurisdicional pretendida, seja por motivos de *urgência* ou *evidência*; ou, ainda, imagina-se que, no Novo CPC, poder-se-ia *antecipar a segurança*.

Conceber dessa maneira causaria grande distorção no conceito assecuratório clássico de tutela cautelar, conforme já discutido neste trabalho.

⁶⁶“Art. 295. A tutela antecipada, de natureza satisfativa ou cautelar, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. Parágrafo único. A tutela antecipada pode fundamentar-se em urgência ou evidência.”

⁶⁷Vide item 4.1.

⁶⁸Vide item 3.3.2.

Por isso, na verdade, penso que o termo “tutela antecipada”, no Novo CPC, se refere tão somente ao momento de concessão da tutela diferenciada: qualquer um antes do pronunciamento jurisdicional definitivo. Ora, o *caput* do artigo 295 do Novo CPC salienta que a tutela antecipada pode ser concedida em caráter antecedente (antes de instaurado um processo principal) ou incidental (no curso de procedimento ordinário já instaurado) – o que revela a acessoriedade, a instrumentalidade e a provisoriedade da “tutela antecipada” (tutela diferenciada, de natureza cautelar ou satisfativa) do Novo CPC.

Senão, vejamos. As tutelas diferenciadas, ou seja, as “tutelas antecipadas” (de natureza cautelar ou satisfativa), do Novo CPC, ainda seriam concedidas com base em cognição sumária e estariam condicionadas a um procedimento dito principal, nos termos dos artigos 297, *caput*, e 300, *caput*, do Novo CPC⁶⁹. Por isso, o caráter *instrumental* da medida é patente, seja ela de natureza cautelar ou satisfativa, não importando o momento de sua concessão.

Também, é possível notar que a *provisoriiedade* é a característica das tutelas diferenciadas no Novo CPC, e não a temporariedade. Isso porque, de acordo com os conceitos de provisório e temporário já discutidos⁷⁰, as tutelas diferenciadas do Novo CPC estão condicionadas a evento futuro que as substituirá, qual seja, o pronunciamento final e definitivo do processo, que poderá mantê-las, modificá-las ou revogá-las.

Todavia, há de se consignar que a expressão “tutela antecipada de natureza cautelar” causa certa estranheza justamente pelo fato de que, conforme defendido por Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, a ideia de antecipação está tradicionalmente relacionada ao conceito de satisfatividade, e não de segurança, não obstante a doutrina tradicional relacionar a possibilidade de antecipação de efeitos da tutela final às tutelas cautelares. Essa relação entre satisfação e antecipação se tornou ainda mais indissociável após o advento da Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994, que trouxe ao nosso ordenamento o instituto da tutela antecipada, de natureza *estritamente* satisfativa.

Por isso, questionável, apesar de compreensível, a atitude do legislador. A redação do Projeto original talvez fosse mais adequada (porém, não longe de controvérsias). De acordo com ele, o Novo CPC trataria as tutelas cautelares e satisfativas

⁶⁹“Art. 297. A tutela antecipada conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.”; “Art. 300. A tutela antecipada será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal”.

⁷⁰Vide item 2.2.3.

simplesmente como “tutelas de urgência” ou “tutelas de evidência”, sem que a expressão “tutela antecipada” impregnasse as tutelas diferenciadas, principalmente as tutelas cautelares.

O Novo CPC traz um Título próprio, do artigo 307 ao artigo 312, para regulamentação das tutelas cautelares requeridas antes da instauração do processo principal (Título II do Livro V). Todavia, aqui, a autonomia dessa modalidade de cautelar é meramente procedimental, mantendo-se o entendimento que impera no Código vigente. No Novo CPC, não havendo mais cautelares típicas, entende-se que tal procedimento é genérico e aplicável, portanto, a toda e qualquer requerimento de medida cautelar antecedente.

5.3. “A tutela de urgência” e a “tutela de evidência”. Generalidades

Como observado, o parágrafo único do artigo 295 do Novo CPC afirma que “a tutela antecipada [de natureza satisfativa ou cautelar] pode fundamentar-se em urgência ou evidência”.

O legislador do Novo CPC, ao generalizar a tutela diferenciada, resolveu subdividi-la em “tutela de urgência” e “tutela de evidência”. A urgência e a evidência seriam, portanto, os fundamentos para concessão das tutelas antecipadas genéricas previstas pelo artigo 295, *caput*, do Novo CPC, de acordo com o parágrafo único do mesmo artigo.

A generalização adotada pelo legislador (ou seja, a submissão das tutelas de natureza satisfativa ou cautelar aos requisitos da urgência ou evidência) se baseia no fato de que as tutelas diferenciadas (antecipadas, de acordo com o novo CPC) podem ser, especificamente, de urgência (quando a tutela é concedida com base no *periculum in mora*, ou seja, quando a demora do procedimento pode causar lesão grave e de difícil reparação à parte, ou quando houver um perigo de dano iminente que enseja a tutela assecuratória) ou de evidência (quando se concede a tutela com base em algo mais forte do que o *fumus boni iuris*, ou seja, na altíssima probabilidade de que a parte tenha razão, probabilidade esta verificada, por exemplo, ante o rico acervo probatório apresentado como base para o pedido). Na tutela de evidência, não se prioriza a urgência, sendo que sua

concessão é fundamentada apenas na “maior ou menor evidência da posição jurídica sustentada por uma das partes no processo” (MARINONI e MITIDIERO, 2010, p. 106).

Aqui, vale salientar que José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE já previa essa nomenclatura de diferenciação entre “urgência” e “evidência”. Enquanto a primeira se basearia no risco de inutilidade prática do resultado final (ante a ameaça iminente de lesão ao direito, o que torna perigosa a demora), a segunda poderia ser concedida independentemente desse risco, contentando-se o juiz com a probabilidade de o autor ter razão. Assim, conclui o autor, com propriedade:

“(...) a tutela diferenciada funda-se ora na urgência na entrega da prestação jurisdicional, ora na evidência de que o direito afirmado existe. Teríamos, pois, como espécies de tutela diferenciada, a tutela de urgência e a de evidência”. (2003, p. 333).

Importante também que se observe o disposto no artigo 298, e parágrafo único, do Novo CPC ⁷¹. O *caput* prevê que o juiz tem poder discricionário (e não arbitrário, conforme discutido anteriormente⁷²) para determinar qualquer medida que se mostre adequada para a efetivação da tutela antecipada; o parágrafo único prevê qual seria o procedimento utilizado para que se alcance tal efetividade, qual seja, o cumprimento provisório de sentença, naquilo que for cabível. Interessante notar que Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA já defendia que a tutela antecipada é, na verdade, forma “*latu sensu de execução urgente*” ⁷³. Como se verá adiante, o cumprimento provisório de sentença, aplicável no cumprimento e efetivação das tutelas antecipadas do Novo CPC é, na verdade, forma *latu sensu* de execução urgente.

5.3.1. A tutela de urgência

A tutela de urgência é prevista pelo artigo 301, *caput*, do Novo CPC:

⁷¹ “Art. 298. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela antecipada. Parágrafo único. A efetivação da tutela antecipada observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.”

⁷² Vide item 2.3.2.

⁷³ Vide item 4.2.

“Art. 301. A tutela antecipada de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional.”

Observa-se, portanto, que o Novo CPC submeteria a necessidade de se evidenciar a plausibilidade do direito à tutela de urgência, de modo que, para a concessão da tutela antecipada urgente, além do perigo na demora, seria necessária a demonstração de tal razoabilidade.

No Novo CPC, portanto, para que o juiz conceda uma tutela de urgência, seja ela cautelar ou satisfativa, não bastaria a demonstração do risco, do perigo, do *periculum* iminente, mas também seria necessária a demonstração da verossimilhança, do *fumus boni iuris*, da plausibilidade do alegado pela parte, que seria demonstrado por algum substrato probatório.

Contudo, entende-se que a tutela de urgência, apesar de necessitar de demonstração de certa plausibilidade do direito pleiteado, é concedida mais pelo fato de que aquele direito se encontra ameaçado de dano iminente, irreparável ou de difícil reparação, de modo que a morosidade do judiciário poderia tornar qualquer demanda ordinária simplesmente inútil (“perigo na demora”). Por isso, para que se cure essa doença, causada pela urgência, o juiz poderia conceder uma medida cautelar ou satisfativa.

Interessante notar a adição da expressão “perigo na demora” como requisito para concessão da tutela antecipada de urgência, expressão repetida em outros artigos que tratam sobre o tema. A redação do Projeto original, primeira “versão” do Novo CPC, previa a manutenção da expressão “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, conforme preconizado pelo artigo 273, inciso I, e parafraseado pelo artigo 801, inciso IV do Código vigente. Nessa redação original, observava-se que o legislador não levava em conta a posição que defendia que o “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” está muito mais ligado à ideia de tutela cautelar, conforme defendido por Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA⁷⁴.

Todavia, nota-se que a expressão “perigo na demora” é, na verdade, uma tradução livre perpetrada pelo legislador, advinda do termo em latim *periculum*

⁷⁴ Vide item 2.2.4.

in mora, classicamente reconhecido como requisito para concessão de tutelas de urgência (notadamente as cautelares, não obstante posições em contrário)⁷⁵.

Por isso, a partir da leitura do artigo 301, *caput*, do Projeto, nota-se que o legislador generalizou também os fundamentos para concessão de tutelas de urgência, sejam elas de natureza cautelar ou satisfativa. O *periculum in mora*, portanto, fundamentaria a concessão de ambas. Não foi levada em consideração a posição defendida, principalmente, por Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, que argumentava que o *periculum in mora* seria requisito necessário tão somente para a concessão de tutelas satisfativas, enquanto que, para a concessão de tutelas cautelares, seria a emergência do dano iminente e irreparável a condicionante dos seus demais pressupostos (o “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”)⁷⁶.

Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO (2010, p. 106/107) criticaram o texto Projeto original, que, segundo os autores, confundia tutela antecipatória com tutela cautelar, pois submetia ambas à demonstração do “risco de dano irreparável ou de difícil reparação”. Os artigos seguintes também teriam cometido tal deslize ao aludirem indistintamente ao “processo principal” e ao “pedido principal”, terminologia ligada tradicionalmente à cautelar, mas não à antecipatória⁷⁷.

Para os autores, o legislador seria mais correto e coerente a essa distinção se houvesse falado em “perigo na demora e em perigo de dano irreparável ou de difícil reparação” (2010, p. 107). Todavia, nota-se que o legislador, na verdade, relacionou somente o “perigo na demora” às tutelas diferenciadas (de natureza cautelar ou satisfativa), excluindo “o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação”. Ou seja, o Novo CPC não traria qualquer discussão nesse sentido, pois fundamentaria a concessão de qualquer tutela de urgência no *periculum in mora*.

Outro ponto interessante trazido pelo legislador, no que se refere às tutelas de urgência, seria a possibilidade de se efetivar a tutela antecipada “mediante arresto, seqüestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra a alienação o de bem e qualquer outra medida idônea para asseguaração do direito” (artigo 301, §3º, Novo CPC).

⁷⁵ Vide item 4.3.2 e item 2.2.4.

⁷⁶ Vide item 2.2.4.

⁷⁷ Para essa corrente, o “risco de dano irreparável ou de difícil reparação” é requisito para a concessão de tutela cautelar, e deve durar enquanto durar o perigo de dano. Por isso é que a tutela cautelar seria temporária. Já a tutela antecipatória tem como requisito o perigo na demora, ou seja, o *periculum in mora*. Afinal, segundo Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO, “quando não se pode esperar, o único remédio é antecipar-se”. A cautela de nada adiantaria. Como a tutela antecipada será substituída por outra ao final, seria provisória. (2010, p. 107).

Nota-se, portanto, que a tutela concedida antes do pronunciamento definitivo poderá ser efetivada mediante qualquer medida de natureza cautelar, ou seja, assecuratória. Para qualquer operador do direito acostumado com os conceitos consagrados pelo Código vigente, tal dispositivo apresenta redação complexa, pois mistura os conceitos de antecipação, efetividade e segurança.

O que se pensa, nesse caso, é que o legislador, na verdade, ao excluir as cautelares típicas, resolveu prever em tal dispositivo toda e qualquer medida cautelar admitida em direito que se preste a proteger a tutela concedida antes do pronunciamento jurisdicional definitivo. Imagina-se, por exemplo, o credor que reclama judicialmente o fato de que seu devedor vem se desfazendo do próprio patrimônio, a fim de se isentar do pagamento da dívida. O juiz, *antecipadamente* ao pronunciamento definitivo, a fim dar *efetividade* à tutela, *assegura* o direito do credor em receber a dívida através da concessão de uma medida cautelar, por exemplo, do arresto ou do seqüestro, blindando o patrimônio do devedor em favor do credor.

O artigo 302 do Novo CPC⁷⁸ preveria, ainda, como condição para concessão de tutelas urgentes, a possibilidade de reversibilidade dos efeitos da decisão. Manteve-se, portanto, e agora genericamente para as tutelas urgentes de natureza satisfativa ou cautelar, o previsto pelo artigo 273, §2º, do Código vigente.

Todavia, apesar da manutenção de elevada prudência por parte do legislador, é certo que tal condicionante jamais será absoluta, pois, como já discutido neste trabalho, há inúmeros casos em que concessão de tutela irreversível é a única forma de se evitar o perecimento do direito, onde poderia haver, ainda, irreversibilidade tanto para o autor quanto para o réu no caso de concessão ou não da medida pleiteada⁷⁹.

Há de se destacar, também, a redação do artigo 303, que prevê a responsabilidade objetiva do requerente de tutela antecipada cautelar. Aqui, foi mantida basicamente a redação de todo o artigo 811 do Código vigente. Contudo, há de se destacar a redação do artigo 303 do Novo CPC, *in verbis*:

“Art. 303. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela antecipada cautelar causar à parte adversa, se:

I – a sentença lhe for desfavorável;

⁷⁸ “Art. 302. A tutela antecipada de urgência não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”

⁷⁹ Vide item 4.3.3.

II – obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de cinco dias;
III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;
IV – o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

§ 1º A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

§ 2º A responsabilização civil do requerente da tutela antecipada satisfativa observará o procedimento do cumprimento provisório de sentença.”

Tal dispositivo inova ao trazer a possibilidade de se responsabilizar civilmente o requerente de tutela antecipada satisfativa que, concedida, causou prejuízos ao réu e, ao final do processo, foi revogada. Como observado, atualmente, há posicionamento doutrinário que defende a aplicação análoga do artigo 811 do Código vigente às tutelas antecipadas do artigo 273⁸⁰.

O cumprimento provisório de sentença é previsto entre os artigos 534 e 546 do Novo CPC. A remissão feita pelo artigo 303, §2º, se refere basicamente ao artigo 534, inciso I, que, identicamente ao previsto pelo artigo 475-O, inciso I, do Código vigente, dita que “corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido”. A diferença, portanto, está no fato de que o Código vigente não faz essa relação entre responsabilidade civil do requerente e tutela satisfativa; o Novo CPC, com a remissão do artigo 303, §2º, preveria tal possibilidade.

Segundo Luiz Guilherme MARINO e Daniel MITIDIERO (2010, p. 111), essa previsão de responsabilidade objetiva do requerente é, de certa forma, injusta, pois, lembre-se: a concessão ou não de uma tutela de urgência pode prejudicar tanto o autor (quando este não tem sua tutela concedida e, ao final do processo, procedente a ação, verifica-se o dano causado) quanto o réu (quanto este sofre uma antecipação de tutela e, ao final, verifica-se a improcedência da ação, causando-lhe dano). Por isso, segundo os autores, “é evidente que aí há tratamento desigual entre as partes”; a solução seria, ainda segundo os doutrinadores, a extensão do regime de responsabilização objetiva para o réu ou a aplicação responsabilidade *subjetiva* ao autor que fruir da tutela sumária.

⁸⁰Vide item 4.3.3.

5.3.2. A tutela de evidência

Luiz FUX também já analisava a tutela de evidência antes de sua colocação legislativa, afirmando que a mesma estaria vinculada “àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente.” (2000, p. 01/02).

Por isso, na tutela de evidência, a concessão de uma medida cautelar ou satisfativa se justificaria tão somente pelo fato de que aquilo alegado pela parte é altamente plausível, ou seja, possui um alto nível de verossimilhança, acima, ainda, do *fumus boni iuris*. Tal plausibilidade estaria aliada também à injustificada demora que o processo ordinário demanda para que se satisfaça o direito da parte, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, tendo em vista que injusta a espera determinada.

Luiz FUX cita exemplo bastante didático acerca da tutela de evidência, onde há plausibilidade do direito alegado, porém não há risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Senão, vejamos:

“Observemos o caso prático que nos foi dado examinar. Um cidadão adquiriu imóvel mobiliado, por escritura pública, tendo pago o preço adiantado no ato da escritura, conforme lavrado pelo notário. Sessenta dias após aguardar a mobília em seu imóvel ingressou em juízo alegando que, por força do negócio pago adiantadamente, desfizera-se de todos os seus móveis de seu imóvel, por isso encontrava-se em dificuldades, sem dispor de uma residência mobiliada conforme o pactuado e quitado. O juízo cível deferiu uma liminar satisfativa, determinando a colocação de toda a mobília no prazo de cinco dias, impondo-se esclarecer que o comando restou cumprido.” (2000, p. 2/3).

Nota-se, no caso, e conforme concluído pelo autor⁸¹, que, além de não ser necessária a concessão de medida cautelar, pois nada carece ser assegurado, somente a evidência do direito é que justificou a concessão da medida satisfativa. Ora, isso porque não é *justo* que a parte, que tinha o direito líquido e certo à mobília pactuada em

⁸¹ “O caso, em essência, reclamava uma providência ‘justa’ no sentido de não revelar-se razoável que um jurisdicionado, portador de um direito líquido e certo como o inserido na escritura, tivesse de aguardar as delongas do procedimento ordinário para a definição do seu direito, superando a instância recursal, para após executar a obrigação de fazer com todas as alternativas previstas, com o que, de certo, obteria a realizabilidade prática de sua pretensão após bons longos anos... De imediato, em contrapartida à evidência do direito lesado, demonstrou-se a ‘injustiça da espera’...” (2000, p. 3/4).

negócio jurídico, tenha que aguardar as delongas de um procedimento ordinário, que envolve as fases de conhecimento, recursal e executória. Nesse sentido, destaca o autor, que “a tutela do direito evidente pertence ao campo da ‘justiça’, e não estritamente ao campo do direito”.

A tutela de evidência é prevista no Capítulo III do Título I, Livro V, pelo artigo 306, *in verbis*:

“Art. 306. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, quando:

I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

Parágrafo único. A decisão baseada nos incisos II e III deste artigo pode ser proferida liminarmente.”

Observa-se, à primeira vista, que a tutela de evidência poderá ser concedida sem que seja necessária a demonstração do perigo da demora, ou seja, do *periculum in mora*.

O inciso I do supracitado artigo se refere, basicamente, à chamada “defesa inconsistente” do acusado e tem previsão idêntica ao artigo 273, inciso II, do Código vigente. Aqui, interessante notar que o legislador foi atento às lições de Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA. Isso porque, conforme argumentado pelo doutrinador⁸², tal hipótese de concessão da tutela antecipada não tem caráter punitivo contra a litigância de má-fé. Na verdade, a conduta do réu nesses casos eleva o grau de verossimilhança para um grau próximo da certeza, daí porque seria possível a antecipação da tutela, pois *se evidencia* ainda mais o direito do requerente. Por se tratar de hipótese que necessita de participação do réu, ativa ou passiva, é a única modalidade da tutela de evidência que não pode ser concedida liminarmente, conforme prevê o parágrafo único do artigo 306.

O inciso II do artigo 306 se refere à possibilidade de se conceder a tutela antecipadamente com base em matéria já amplamente discutida

⁸² Vide item 4.3.2.

judicialmente e, por isso, pacificada, seja tal pacificidade constatada em razão da repetitividade do caso ou por intermédio de súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Tal inciso já era previsto no Projeto original, e foi criticado por Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO (2010, p. 110). Isso porque, segundo os autores, tais hipóteses são limitadoras, sendo que o dispositivo deveria prever a possibilidade de julgamento nos casos em que houvesse “firme precedente nos tribunais superiores no sentido do pedido”⁸³.

O inciso III se refere às hipóteses de concessão de tutela antecipada quando o depositário não restitui a coisa ao final do pacto de depósito; trata-se, portanto, dos casos de depositário infiel. Por isso, a evidência, aqui, estaria relacionada à “prova documental adequada do contrato de depósito”, que bastaria para que o magistrado concedesse medida liminar de reintegração da posse do bem custodiado injustamente pelo depositário.

5.4. Da tutela cautelar antecedente

Como já mencionado, o Novo CPC reservaria às tutelas cautelares, de forma específica, tão somente o Título II do Livro V, que trata do procedimento de tutela cautelar requerida antes de instauração do procedimento principal.

Analizados os artigos de referido Título, nota-se, novamente, que foram mantidas as características da tutela cautelar consagradas no Código vigente e defendidas pela doutrina tradicional, rejeitando-se, portanto, o posicionamento capitaneado, principalmente, por Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA.

⁸³ Aqui, vale uma pequena observação. Ainda que criticável, a redação de tal dispositivo demonstra uma tendência do Novo CPC: a tentativa de celerização e sumarização máxima dos procedimentos judiciais. Tais objetivos são louváveis, mas o que se deve observar, e aqui se faz nova crítica à maneira que vem sendo conduzida a tramitação do projeto do Novo CPC, é que não é somente o *codex* que deve ser reformado, mas, de certa forma, o Poder Judiciário como um todo. O que se vê no cotidiano (e a comarca de Ribeirão Preto é um exemplo, principalmente na área estadual) é que a estrutura das varas é limitada, assim como o número de servidores, oficiais e demais funcionários. O que se vê são cartórios abarrotados de processos, demora para o cumprimento de simples tarefas (como juntadas de petições), funcionários sob pressão (devido ao enorme volume de trabalho e à cobrança por celeridade de partes e advogados), demandas intermináveis (em razão também dessa falta de estrutura), entre outros inúmeros problemas. Por isso, reitere-se: a reforma do Código de Processo Civil pode ajudar, e muito, a mudar esse panorama, mas não causará nenhuma revolução no sistema judiciário do país. E é também por isso que um Novo Código de Processo Civil deve atender a todos esses anseios, devendo ser discutido em cada detalhe, sem que questões de politicagem interfiram no seu desenvolvimento e apressem erroneamente sua tramitação, relativizando a discussão de cada ponto problemático do projeto.

Senão, vejamos. O artigo 307 do Novo CPC disporia da seguinte forma:

“Art. 307. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito que se visa assegurar e o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional.”

Mostra-se, a partir da leitura do dispositivo, que a tutela cautelar, no Novo CPC, manterá a característica da instrumentalidade e acessoriedade, tendo autonomia meramente procedimental, como no Código vigente. Isso porque a inicial cautelar deverá indicar a lide principal, conforme disposto no *caput*.

Os artigos seguintes que versam sobre o tema também fazem referência ao “pedido principal” da lide. O artigo 310⁸⁴ é claro ao dizer que a parte *deve* formular o pedido principal no prazo de trinta dias após a efetivação da medida cautelar, sob pena de ineficácia desta última (artigo 311, inciso I, Novo CPC)⁸⁵.

A acessoriedade tem previsão mantida, também, quando se observa a redação do artigo 312 do Novo CPC⁸⁶, que diz que o indeferimento da cautelar não interfere o pedido principal e o julgamento deste; mantém-se a ideia, portanto, de que o acessório segue o principal e que o primeiro não exerce influência no segundo, conforme já exposto neste trabalho⁸⁷.

A provisoriedade também é característica das cautelares no Novo CPC, pois, como já exposto, submete-as a evento futuro que as substituirá, qual seja, a decisão definitiva do processo principal, que poderá mantê-las, modifica-las ou revoga-las.

No mais, há de se destacar a repetição da expressão “perigo na demora” que, conforme discutido anteriormente, é requisito genérico para a concessão das tutelas antecipadas de natureza satisfativa ou cautelar no Novo CPC; vencido,

⁸⁴ “Art. 310. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de trinta dias. Neste caso, será apresentado nos mesmos autos em que veiculado o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.”

⁸⁵ “Art. 311. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: I – o autor não deduziu o pedido principal no prazo legal;”

⁸⁶ “Art. 312. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.”

⁸⁷ Vide item 2.2.2.

mais uma vez, o posicionamento doutrinário que defendia que o *periculum in mora* seria requisito tão somente para a concessão de medidas satisfativas⁸⁸.

Interessante notar também a previsão de revelia no procedimento cautelar e a ordinarização deste caso haja contestação da parte contrária, nos termos do artigo 309, *caput*, e parágrafo único do Novo CPC⁸⁹. Ou seja, observa-se que o procedimento cautelar, na verdade, seguiria os trâmites de um procedimento comum.

Por isso, nota-se que não seria possível, de acordo com o Novo CPC, a concessão de medida cautelar antecedente *inaudita altera pars*, nos termos do artigo 308, que é claro ao dizer que “o réu será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir” (grifei).

Os casos de revogação da medida cautelar (cessação de eficácia) seriam previstos pelo artigo 311 e incisos do Novo CPC, *in verbis*:

“Art. 311. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

I – o autor não deduziu o pedido principal no prazo legal;

II – não for efetivada dentro de trinta dias;

III – o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.”

Como já observado, os incisos de referido artigo novamente revelam a instrumentalidade e acessoriedade da tutela cautelar antecedente, pois revogam a medida no caso de não apresentação do pedido principal ou efetivação deste dentro de trinta dias, ou, ainda, quando o processo principal for extinto, com ou sem resolução de mérito.

O parágrafo único do supracitado artigo revela a necessidade de “novo fundamento” para que se renove o pedido de tutela cautelar cujos efeitos já cessaram. Acredita-se, portanto, que o Novo CPC irá manter a regra geral de que a decisão que concede ou denega a tutela cautelar não faz coisa julgada, exceto nos casos em que ocorrer decadência ou prescrição⁹⁰.

⁸⁸ Vide item 5.3.1.

⁸⁹ “Art. 309. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de cinco dias. Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum”.

⁹⁰ Vide item 2.2.6.

Já se discutiu nesse trabalho, também, a questão dos “novos fundamentos” na tutela cautelar. Mantém-se o pensamento aplicável ao artigo 808 do Código vigente: não são apenas novas provas ou fatos que permitem que a medida cautelar anteriormente revogada ou cessada venha a produzir efeitos novamente, mas também novos meios de demonstração de fatos antigos, conforme defendido por Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA. O que o artigo 808 do Código vigente visava reprimir (e tal idéia se repete no artigo 311, parágrafo único do Novo CPC) é a reiteração de fatos já descartados como potenciais causadores de situação perigosa ou de fatos que já foram utilizados para concessão de tutela cautelar que perdeu a eficácia, conforme defendido, também, por Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio CRUZ ARENHART⁹¹.

Por fim, há de se destacar igualmente a redação do artigo 307, parágrafo único, do Novo CPC. Conforme será analisado a seguir, tal dispositivo, ao fazer referência ao procedimento do artigo 304 do Novo CPC, aplica expressamente o princípio da fungibilidade às tutelas antecipadas de natureza cautelar ou satisfativa, conforme já é defendido por grande parte da doutrina, sob o prisma do Código vigente⁹². Registre-se que tal dispositivo acaba com a discussão sobre a possibilidade ou não da fungibilidade na via inversa, tendo em vista que o artigo 273, §7º, do Código vigente, prevê que é aplicável fungibilidade somente para a concessão de tutelas cautelares no lugar de tutelas satisfativas. Isso porque o artigo 307, parágrafo único, do Novo CPC, já preveria expressamente a possibilidade de substituição da cautela pela satisfação, mas não o contrário. Entende-se, todavia, que, se o Novo CPC permite a substituição da *segurança* pela *satisfação*, não haveria qualquer motivo que impedisse que o juiz substituísse a *satisfação* pela *segurança*.

5.5. A tutela antecipada satisfativa antecedente

O Novo CPC traz entre os artigos 304 e 305 hipótese de concessão de tutela de urgência satisfativa antecedente à lide principal. O que se nota aqui é que, preenchidos certos requisitos, seria possível a instauração de procedimento autônomo (porém, ainda dependente de um processo principal) que visasse à concessão de tutela satisfativa, em moldes relativamente parecidos com aqueles previstos para o procedimento da tutela cautelar antecedente, conforme visto anteriormente.

⁹¹ Vide item 2.2.6., p. 28

⁹² Vide item 3.1.

Senão, vejamos a redação dos artigos 304 e 305 do Novo

CPC:

“Art. 304. Nos casos em que a urgência é contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá limitar-se ao requerimento da tutela antecipada satisfativa e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição sumária da lide, do direito que se busca realizar e do perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o *caput* deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação da sua argumentação, juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em quinze dias, ou em outro prazo maior que o órgão jurisdicional fixar;

II - o réu será citado imediatamente, mas o prazo de resposta somente começará a correr após a intimação do aditamento a que se refere o inciso I deste § 1º.

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o *caput* deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor terá, ainda, de indicar, na petição inicial, que pretende valer-se do benefício previsto no *caput* deste artigo.

§6º Caso entenda que não há elementos para a concessão da tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial, em até cinco dias. Não sendo emendada neste prazo, a petição inicial será indeferida e o processo, extinto sem resolução de mérito.

Art. 305. A tutela antecipada satisfativa, concedida nos termos do art. 304, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§1º No caso previsto no *caput*, o processo será extinto.

§2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada satisfativa estabilizada nos termos do *caput*.

§3º A tutela antecipada satisfativa conservará seus efeitos, enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o §2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o §2º, prevento o juízo em que a tutela satisfativa foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no §2º deste artigo, extingue-se após dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do §1º.”

Os primeiros requisitos que se observam, constantes do *caput* do artigo 304, são que “a urgência deve ser contemporânea à propositura da ação” e que

a petição inicial deve limitar-se a requerer a tutela satisfativa e indicar o pedido de tutela final. Ou seja, trata-se de procedimento no qual a tutela satisfativa pode ser concedida anteriormente a um pedido principal, mas será a este sempre vinculado.

Hoje, sob o Código vigente, nota-se que, via de regra, tutelas satisfativas são requeridas *liminarmente* entre os pedidos principais de uma ação ordinária, ou ainda, costuma-se pedir pela concessão liminar do pedido principal, baseando-se o autor no instituto da tutela antecipada do artigo 273. Não há, todavia, regulamentação específica para aqueles procedimentos realizados nos moldes do procedimento cautelar, mas que, na verdade, têm natureza satisfativa, como o exemplo de “cautelar satisfativa” trazido a este trabalho ⁹³.

Por isso, poder-se-ia imaginar que os artigos 304 a 306 visam regulamentar, finalmente, as chamadas “tutelas de urgência satisfativas autônomas”. Todavia, há de se constatar que, na hipótese dos artigos 304 e 305, não há previsão de autonomia, mas sim de *acessoriedade*, pois a efetividade da tutela antecipada satisfativa depende de *aditamento* da petição inicial pra complementação do pedido de *tutela final*, conforme preconiza o artigo 304, §1º, inciso I.

O que se observa, portanto, é que tais dispositivos preveem uma hipótese de procedimento autônomo para concessão de tutelas satisfativas, nos moldes do procedimento cautelar antecedente. Registre-se, novamente, que tal hipótese não é prevista no Código vigente, mas a novidade aqui se limita à seara procedimental, sem maiores aprofundamentos nas questões das “cautelares satisfativas” e das tutelas de urgência satisfativas autônomas.

⁹³ Vide item 3.1.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou, por meio de uma breve análise das principais características da tutela cautelar, demonstrar as divergências doutrinárias que permeiam o tema e suas conseqüências no cotidiano prático forense, evidenciando a evolução do instituto dentro do ordenamento jurídico brasileiro, as distorções no seu uso pelo operador do direito (que culminaram no surgimento das chamadas “cautelas satisfativas”) e o surgimento das tutelas antecipadas.

Há de se destacar o posicionamento divergente capitaneado por Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, que, apesar de não adotado nem por este trabalho, nem pelo legislador (seja ele do Código vigente ou do Novo CPC), mostrou-se de fundamental importância para o desenvolvimento e discussão do tema, pois escancarou sua complexidade e apontou para questões que, muitas vezes, eram ignoradas por grande parte da doutrina e jurisprudência, ainda quando afetavam diretamente o operador do direito e o jurisdicionado.

No mais, a básica análise que se fez da tutela antecipada (de natureza satisfativa) buscou demonstrar o motivo pelo qual o instituto foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, incorporação que se originou a partir de distorções no uso da tutela cautelar e buscou criar, a partir da teoria ovidiana, uma divisão entre tutelas satisfativas e assecuratórias. Todavia, como se viu, tal inovação, na verdade, trouxe ao Código de Processo Civil um paradoxo, pois misturou no mesmo diploma teorias doutrinárias distintas acerca do mesmo tema, qual seja, tutelas de urgência.

Por fim, há de se salientar que a análise realizada sobre a mais nova versão do projeto do Novo CPC busca somente apontar qual é a tendência do legislador na redação desse novo diploma. Obviamente, não estava entre os objetivos do estudo o exaurimento do tema ou o apontamento de soluções definitivas, ainda que seja possível criticar o modo pelo qual vem sendo conduzida a tramitação do projeto.

Espera-se que o tema aqui estudado seja analisado com atenção e seriedade pelos legisladores e pelas comissões de juristas responsáveis pela elaboração do Novo CPC. Como observado, há questões ainda não dirimidas (como, por exemplo, a ausência de apontamento e definição do poder geral de cautela, ou de regras para a concessão de tutelas diferenciadas *ex officio*, por exemplo), que clamam por uma solução que

possa atender, primordialmente, o cidadão e a realização de seus direitos, por meio de um processo civil eficiente que atenda os anseios da nação.

O que se constata, após a leitura deste trabalho, é que as tutelas diferenciadas, sejam elas de natureza cautelar ou satisfativa, são aquelas solicitadas nos casos em que um direito está sob ameaça; se um direito está ameaçado, ameaçado está o jurisdicionado detentor desse direito. É daí que se observa a importância do tema dentro do processo civil, importância essa que merece, por isso mesmo, especial dedicação e atenção do legislador.

7. BIBLIOGRAFIA

ARMELIN, Donaldo. *Tutelas de urgência e cautelares/Estudos em homenagem a Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA*. Coordenador Donaldo Armelin. – São Paulo: Saraiva, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. – São Paulo: Malheiros, 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*/Piero Calamandrei; tradução: Carla Roberta Andreassi Bassi – Campinas: Servanda, 2000.

Câmara dos Deputados. *Comissão Especial destinada a proferir parecer ao PROJETO DE LEI Nº 6.025, DE 2005, ao projeto de lei nº 8.046, de 2010, ambos do senado federal, e outros, que tratam do “código de processo civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973)*. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/substitutivo-comissao-oficial>>. Acesso em 13 de agosto de 2013.

Câmara dos Deputados. *Comissão Especial destinada a proferir parecer ao PROJETO DE LEI Nº 6.025, DE 2005, ao projeto de lei nº 8.046, de 2010, ambos do senado federal, e outros, que tratam do “código de processo civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973)*. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/substitutivo-comissao-oficial>>. Acesso em 13 de agosto de 2013.

Câmara dos Deputados. *Comissão especial aprova novo Código de Processo Civil*. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/447844-COMISSAO-ESPECIAL-APROVA-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL.html>>. Acesso em 19 de agosto de 2013.

Câmara dos Deputados. *Novo Código de Processo Civil é destaque do Plenário nesta semana*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/449580-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL-E-DESTAQUE-DO-PLENARIO-NESTA-SEMANA.html>>. Acesso em 19 de agosto de 2013.

FUX, Luiz. *A tutela dos direitos evidentes*. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/894>>. Acesso em: 14 de agosto de 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo cautelar*. v. 4. 4. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Procedimentos cautelares e especiais: ações coletivas, ações constitucionais, jurisdição...* / José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo, Fernando da Fonseca Gajardoni. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações: Tomo VI*. 7. v. – Campinas: Bookseller, 1998.

SILVA, Jaqueline Mielke. *Tutela de urgência: De Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva*. – Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. v. 3 – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. v. 1 – 6. ed. rev. e atual. com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002 – São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. – Campinas: Bookseller, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 7 ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.