

# A complexidade das medidas cautelares no Direito brasileiro

Davidson Alessandro de Miranda\*

## Sumário

Introdução. 2 Gênese das medidas cautelares. 3 Gêneses da tutela antecipada. 3.1 No Direito europeu. 3.2 No Brasil. 4 Pressupostos da tutela cautelar e da antecipação de tutela. 4.1 Pressupostos da tutela cautelar. 4.2 Pressupostos da tutela antecipatória. 5 Diferenças e pontos de contato entre as tutelas cautelar e antecipatória. 5.1 Diferenças entre as tutelas cautelar e antecipatória na ótica da jurisprudência pátria. 5.2 Diferenças entre as tutelas cautelar e antecipatória na ótica da doutrina pátria. 5.3 Pontos de contato entre as tutelas cautelar e antecipatória. Conclusões. Referências bibliográficas.

## Introdução

A problemática dos efeitos do tempo, decorrente da morosidade da prestação jurisdicional do Estado para assegurar ao cidadão que busca o Poder Judiciário para solução de um conflito qualquer, sempre foi uma das maiores preocupações que afligiu juristas e legisladores. A demora dos ritos processuais, ao lado da tramitação intrincada dos feitos, levam não raramente as partes à autocomposição extrajudicial, à renúncia ou à desistência de sua pretensão resistida. Se por um lado esta atitude desafoga indubitavelmente o Judiciário, por outro não pacifica socialmente, deixando um misto de rancor e descrédito naquele que procurou a assistência da Justiça Pública.

O primeiro instituto voltado a amenizar os potenciais prejuízos dessa espera indefinida pelo *tempo do processo* foi a *ação cautelar*, cujo procedimento veio previsto no Código de Processo Civil de 1973. Aliás, examinando o Direito comparado, Barbosa Moreira afirmou que nenhum diploma processual em vigor deu ao processo cautelar o relevo que ele assumiu no texto brasileiro de 1973, o qual intencionou reconhecer sua plena

individualidade, seja em relação ao processo de conhecimento, seja em relação ao processo de execução.<sup>1</sup>

Mais recentemente, tivemos a inserção em nosso ordenamento jurídico da *antecipação da tutela*, por força da Lei 8.952/1994, com âmbito de atuação restrito às ações de conhecimento. Tal instituto almejou, primordialmente, minorar e até mesmo evitar os danos e prejuízos (algumas vezes irreparáveis) impostos pela demora na prolação da sentença final, desde que, em face de prova inequívoca, fosse constatada a verossimilhança das alegações do autor e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Este trabalho objetiva demonstrar os pontos de contato entre os dois institutos (tutelas cautelar e antecipatória), sob o ponto de vista do princípio da efetividade processual (prevista no art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/1988), almejando precipuamente uma aproximação de ambos com o conseqüente aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, trazendo ainda os exemplos do Direito comparado, a fim de que se possa fazer uma análise crítica de sua aplicação no Direito Processual Civil contemporâneo.

## 2 Gênese das medidas cautelares

A ação cautelar somente surgiu após uma lenta evolução do Direito. Luigi Ferrara, no ensaio *A Execução Forçada Indireta*, lembra o *imperium* do pretor romano, ao qual competia as funções de distribuição da justiça, como a mais completa medida acautelatória do Direito comparado, a qual deu origem ao *contempt of court* do direito inglês.<sup>2</sup> O pretor era o magistrado romano, investido da *jurisdictio* (podendo assim *dizer o direito*) e detentor do *imperium* (que foi o conceito primitivo de cargo público, segundo Mommsen<sup>3</sup>), podendo suprir lacunas existentes na legislação vigente e com o poder de criar direitos não previstos no *jus civile*, o qual era um direito rígido.<sup>4</sup>

\*Agente público do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Assessor jurídico da Secretaria de Defesa Social do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito Público e Empresarial. Professor titular da FASPI (Faculdade de Direito de Piumh) e substituto do Centro Universitário de Formiga (UNIFOR). Professor de curso preparatório para concursos públicos.

<sup>1</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Liber Juris, 1974, p. 229.

<sup>2</sup> FERRARA, Luigi, *apud* FERREIRA, Pinto. *Medidas Cautelares*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 43.

<sup>3</sup> MOMMSEN, *apud* FERREIRA, PINTO: ob.cit. (nota 2), p. 44.

<sup>4</sup> Idem: ob. cit. (nota 2), p. 43.

Pelo *imperium*, o pretor tinha o poder de comandar e utilizar a força para fazer valer sua autoridade, bem como detinha um poder coativo de sorte a impor, pela mesma força, as suas sentenças, ordens e decisões. Por causa de sua autoridade, o pretor “podia tomar medidas acauteladoras em benefício da parte ofendida, assegurando e reservando bens para a futura execução.”<sup>5</sup>

Assim, embora o Direito romano não tenha chegado a elaborar uma teoria geral do processo cautelar tal como existe no Direito moderno, isolando a ação cautelar das demais existentes, a atividade do pretor em Roma, bem como dos governadores das províncias (todos possuidores de um poder geral de cautela) deu ensejo à criação de várias medidas cautelares, tais como o sequestro, o arresto e a *missio in possessionem*, sendo os dois primeiros os mais conhecidos no Direito Processual brasileiro moderno. Devemos esclarecer que a *missio in possessionem* era uma medida preventiva e se assemelhava com o moderno arresto, quando se apreende a coisa para garantir a execução, ocorrendo quando o pretor ordenava a entrega da coisa objeto de um litígio a um litigante ou a um curador.<sup>6</sup>

## 3 Gênese da tutela antecipada

### 3.1 No Direito europeu

Somente no século atual, após verificarmos que a redução do poder geral de cautela a um campo de ação bastante limitado (uma vez que não se admitia sua utilização para satisfação direta de direitos subjetivos das partes), é que os doutrinadores procuraram dar maior elasticidade aos efeitos da tutela cautelar, de forma a dar-lhe um cunho satisfativo, sob o fundamento de que um tardio reconhecimento de uma pretensão jurisdicional equivalia a verdadeira denegação de justiça.<sup>7</sup> Neste interregno, foram criadas ações especiais onde se admitia a possibilidade de liminares satisfativas, como na ação popular, na ação civil pública, na ação direta de inconstitucionalidade, nas ações locatícias, no mandado de segurança, *desde que requeridas em circunstâncias especiais*.

<sup>5</sup> Idem: ob. cit. (nota 2), p. 44.

<sup>6</sup> Idem: ob. cit. (nota 2), p. 44-45.

<sup>7</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Antecipação de Tutela e Medidas Cautelares – Tutela de Emergência. Juris Síntese 19*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

Humberto Theodoro Júnior informa que no Direito europeu, bem antes de 1964, consolidou-se, não sem muita resistência, a ampliação do poder geral de cautela, com a inclusão das medidas urgentes de antecipação de tutela satisfativa.<sup>8</sup> E o professor mineiro, citando Roger Perrot, nos traz o exemplo de três modalidades de *medidas provisórias* que são utilizadas no Direito francês, segundo a doutrina e a jurisprudência daquele país, *verbis*<sup>9</sup>:

a) *Mesures d'attente* (modalidade clássica da *tutela cautelar*), por meio das quais se busca resguardar a situação litigiosa do perigo de dano, mas sem avançar no rumo de qualquer julgamento sobre o mérito (arresto, sequestro, produção antecipada de prova, depósito de bens, etc);

b) *Mesures provisoires que anticipent sur le jugement* (modalidade moderna de *tutela antecipada*), que produzem resultados provisórios de satisfação imediata do direito do litigante;

c) *Mesures provisoires qui anticipent sur l'exécution* (modalidade moderna, também, de *tutela antecipada*), que permite ao juiz, antes do trânsito em julgado, autorizar a provisória execução da sentença ainda pendente de recurso, sempre que considerá-la necessária.

Os Direitos alemão e suíço, da mesma forma, agregaram às tradicionais medidas cautelares previstas em seus ordenamentos jurídicos, de caráter puramente preventivo, outras que correspondem ao poder que ser reconhece ao juiz de assegurar a paz entre os litigantes. O Código de Processo Civil alemão as previu em seu parágrafo 940 (ZPO, § 940), autorizando o Direito germânico até uma *condenação provisória*, para evitar que o direito da parte vencedora seja prejudicado pela espera indeterminada da execução da sentença de mérito.<sup>10</sup>

### 3.2 No Brasil

Com a edição da Lei 8.952, de 13/12/1994, que alterou a redação do art. 273 do Código de Processo Civil, foi introduzido o instituto da antecipação de tutela no ordenamento jurídico brasileiro, aplicável, em tese, a qualquer procedimento de cognição, sob a forma de liminar satisfativa provisória (por expressa disposição de lei), diferindo das liminares de cunho meramente preventivo, típicas das medidas cautelares e, ainda,

<sup>8</sup> Idem: art. cit. (nota 7).

<sup>9</sup> Idem: art. cit. (nota 7).

<sup>10</sup> HABSCHIED, *apud* JÚNIOR, Humberto Theodoro: art. cit. (nota 7).

segundo Humberto Theodoro Júnior, não assumindo o efeito exauriente da tutela jurisdicional final.<sup>11</sup>

Tanto a medida cautelar propriamente dita como a medida antecipatória representam providências de natureza emergencial, executiva e sumária, adotadas em caráter provisório. O que as diferencia substancialmente, todavia, é que a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão distinta do pedido principal, enquanto que a tutela antecipatória realiza, de imediato, a própria pretensão, decisão esta que, embora tenha sua provisoriedade prevista em lei, algumas vezes pode revestir-se de caráter irreversível. Veja-se o seguinte julgado:

*Concurso público. Antecipação de tutela para permitir matrícula em etapa posterior de curso preparatório. Possibilidade. Art. 273 do CPC.* I. Nos termos do art. 273 do CPC, concede-se a antecipação de tutela se, havendo prova inequívoca, o juiz estiver convencido da verossimilhança da alegação e houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. II. Havendo irregularidade no procedimento de julgamento do recurso administrativo, a verossimilhança do direito alegado possibilita a antecipação de tutela para que o candidato matricule-se em etapa posterior do certame. III. Recurso improvido. (TRF 4ª Região. Al 1998.04.01.037190-7/RS. 3ª Turma. Rel. Juíza Luíza Dias Cassales. DJU 02/06/1999, p. 672)

No caso acima, o candidato requereu tutela antecipada para lhe ser deferida matrícula em etapa posterior de determinado concurso. Uma vez concedida a tutela e fazendo o autor a prova respectiva, como reverter tal situação se o fato (que era o objeto da *actio*) já se consumou? Impossível, pensamos nós.

Na prática, é possível até a concessão de tutela antecipada contra a União Federal, e ainda assim inexistir contrariedade à Lei 9.494/1997, pela ausência de prejuízo àquele ente de direito público interno, consoante se vê do julgado abaixo transcrito:

*Agravo de instrumento. Concurso público. Antecipação de tutela contra entidades públicas. Possibilidade. Inaplicabilidade da Lei 9.494/1997. Inexistência de prejuízo para a União.* I. Acompanhando a lição do professor Teori Albino Zavaschi, eminente juiz desta Corte, entendo ser possível a antecipação dos efeitos da tutela contra as entidades públicas, ainda que existam limitações como as previstas na Lei 9.494/1997, que foi considerada constitucional em recente

julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. II. No caso dos autos, o não deferimento da antecipação é mais prejudicial à União do que o seu deferimento. Os agravados foram aprovados já na 2ª fase do concurso pela própria entidade pública, e a decisão está de acordo com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, onde será julgado eventual recurso. III. Haveria sim, o perigo de dano irreparável, se a tese da União prevalecesse, pois se os agravados só forem admitidos após vencerem a demanda, verão reconhecido o direito a atrasados, sem terem prestado os respectivos serviços, ao passo que, deferida a antecipação, e na hipótese remota de serem sucumbentes na demanda, terão recebido por serviços efetivamente prestados. IV. Agravo de instrumento improvido. (TRF 4ª Região. Al 98.04.00209-4/PR. 4ª Turma. Rel. Juiz Germano da Silva. DJU 1º/07/1998, p. 780)

Nesse particular, *data venia*, discordamos de Humberto Theodoro Júnior, quando ele defende a provisoriedade do *decisum* antecipatório, pois as questões práticas revelam-se muito mais abrangentes do que aquelas previstas pela legislação nacional.

## 4 Pressupostos da tutela cautelar e da antecipação de tutela

### 4.1 Pressupostos da tutela cautelar

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

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

O CPC atual criou o processo cautelar (Livro III) como forma autônoma de processo, ao lado do processo de conhecimento (Livro I) e do processo de execução (Livro II).

O processo cautelar é processualmente autônomo, mas materialmente dependente da questão de direito contida no processo principal. É processualmente autônomo na medida em que existe uma típica jurisdição cautelar, com processo específico – contendo ação típica – e traçado por normas especiais,

<sup>11</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1999, p. 370-371.

referidas nos arts. 796 a 889. Processualmente, é distinto; materialmente, é vinculado.

Por seu turno, como os processos cautelares são subordinados a um processo principal, não decidem definitivamente a lide. Dependem, portanto, de um processo principal, podendo suas decisões serem revogadas ou modificadas de conformidade com o decidido naquele. Se o processo principal se encerra, cessa a eficácia da medida cautelar. Assim expressa o Código: “Cessa a eficácia da medida cautelar... III – Se o juiz declarar extinto o processo principal” (CPC, art. 808, III).

Continuando nessa linha de raciocínio, deduz-se que, de fato, todos os processos carecem de pressupostos jurídicos para sua instauração: no processo de conhecimento, há necessidade de um conjunto de elementos que formam e constituem uma pretensão razoável, que será julgada procedente ou improcedente em seu mérito; no processo de execução há um título executivo, com prévio reconhecimento ao correspondente direito material de crédito. No processo cautelar, entretanto, dois são os pressupostos: a) a probabilidade de êxito da pretensão material e b) o perigo de ficar comprometida, irremediavelmente, pela demora processual.

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

A *fumaça do bom direito* é a plausibilidade, a possibilidade da existência do direito invocado.<sup>12</sup> Segundo Marcus Vinícius Rios Gonçalves, na ação cautelar a cognição é sumária, de forma que o juiz não se pronunciará, em termos de certeza, sobre a existência ou não do direito alegado. A exigência de plausibilidade do direito invocado faz-se necessária para evitar a concessão de medidas quando não houver possibilidade do direito ameaçado vir a ser, mais tarde, tutelado.

Assim, quanto ao *fumus boni iuris*, Antônio Vital entende que:

O processo cautelar exige um juízo de probabilidade, como lastro de aplicação da providência requerida. De notar que o processo principal já é, em si mesmo, um instrumento do

Direito material cujo reconhecimento se postula. O processo cautelar é, porém, um instrumento do processo principal: daí ser denominado instrumento do instrumento, circunstância referida por *Calamandrei* como instrumentalidade hipotética, para dar um dos traços marcantes do processo cautelar: meio e modo de garantir um provável direito que, ante essa indicada probabilidade, é considerado como de existência hipotética.<sup>13</sup>

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

Para aferir o preenchimento deste pressuposto, o juiz não faz um exame percuciente da relação jurídica *sub iudice*, de sorte que o desfecho da cautelar não se constitui num prognóstico daquilo que vai ser decidido no processo principal. Assim, é perfeitamente admissível a existência de desfechos diversos, nas ações cautelar e principal.

Já o *perigo na demora*, segundo o Professor Marcus Vinícius, constitui-se na probabilidade de haver dano para uma das partes, até o julgamento final da futura ou atual ação principal<sup>14</sup>. Toda vez que houver a possibilidade de ocorrer danos a uma das partes, em decorrência da demora no curso do processo principal, haverá *periculum in mora* a justificar a concessão da tutela cautelar.

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

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

Antônio Vital também leciona que:

A tutela cautelar é dada, de regra, na sentença com que se encerra o procedimento. É uma sentença meramente instrumental e provisória, com validade somente até o proferimento da decisão de mérito. A questão de fundo, examinada nesta sentença, é

<sup>12</sup> GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Processo de Execução e Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 101-103.

<sup>13</sup> DE VASCONCELOS, Antônio Vital Ramos. *Perfil do Processo Cautelar. Juris Síntese 19*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

<sup>14</sup> GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios: ob. cit. (nota 12), p. 103.

meramente de índole processual, porque diz respeito unicamente ao interesse dos litigantes. Tal sentença não faz coisa julgada material, não confere direito, não produz sucumbência, não acarreta condenação. É proferida depois de um rito célere e de cognição sumária e restrita à sua matéria típica.<sup>15</sup>

No que respeita à impossibilidade de condenação do vencido em honorários advocatícios em sede de processo cautelar, a jurisprudência vem abrandando o entendimento da doutrina pátria, como se infere dos julgados abaixo transcritos:

*Medida cautelar. Condenação em honorários advocatícios. Possibilidade.* I. Este Tribunal tem consagrado o pensamento de que são devidos honorários advocatícios em ação cautelar. II. Recurso especial improvido. (STJ – REsp 57.503-6 – RJ – 1ª T. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – DJU 20/03/1995)

*Embargos de declaração. Honorários de advogado em cautelar. Resistência da fazenda. Verba devida.* Havendo resistência por parte da Fazenda e tornando-se a cautelar litigiosa, cabe a condenação em honorários advocatícios, mesmo que se trate de depósito para suspender a exigibilidade do tributo. (STJ – EDcl-REsp 146.409 – SP – 2ª T. Rel. Min. Hélio Mosimann – DJU 09/03/1998 – p. 68)

## 4.2 Pressupostos da tutela antecipatória

Com relação à antecipação de tutela, a lei impõe requisitos mais complexos que aqueles exigidos para a concessão da tutela cautelar, quais sejam:

a) a prova inequívoca do direito da parte e a verossimilhança de suas alegações (art. 273, *caput*, do CPC). A prova deve ser preexistente, mas não há de ser necessariamente documental. Quanto à verossimilhança, Calamandrei defendia que verossímil é o que tem a aparência de ser verdadeiro, sendo *mais* que *possibilidade* (que é o que pode ser verdadeiro) e *menos* do que *probabilidade* (que é o que se pode provar como sendo verdadeiro), constituindo-se este trinômio, nesta ordem, uma gradual aproximação, uma progressiva acentuação até o reconhecimento do que é verdadeiro.<sup>16</sup> Observe-se que prova inequívoca e verossimilhança das alegações são requisitos bem mais amplos do que a *fumaça do bom direito* do processo cautelar;

b) o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I, do CPC), o qual pode ser, em alguns casos, substituído pelo “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (art. 273, II, do CPC). Note-se, mais uma vez, a complexidade deste requisito quando comparado com o *perigo na demora* do processo cautelar.

## 5 Diferenças e pontos de contato entre as tutelas cautelar e antecipatória

### 5.1 Diferenças entre as tutelas cautelar e antecipatória na ótica da jurisprudência pátria

Após havermos estudados os pressupostos básicos e fundamentais dos institutos da tutela cautelar e da tutela antecipatória, observamos que existem pontos de contato entre os mesmos, não obstante suas dessemelhanças. Com efeito, ainda é grande o número de julgados pátrios que realçam estas diferenças, isolando em compartimentos hermeticamente fechados e inflexíveis as hipóteses de tutela cautelar e de tutela antecipada, à revelia da lei, a qual não previu a existência de tais compartimentos. Vejam-se, a título de ilustração, os seguintes julgados de nossas cortes federais:

a) Produção antecipada de provas

*Restabelecimento de auxílio-doença. Tutela antecipada. Pedido de produção antecipada da prova pericial.* I. As medidas inerentes à tutela antecipada têm nítido e deliberado caráter satisfativo, incidindo sobre o próprio direito e não servindo como meio colateral de ampará-lo, como ocorre com as cautelares. II. Hipótese em que a questão emergente dos autos não enseja o deferimento de tutela antecipada, mas, sim, o exercício de ação cautelar de antecipação de prova, nos termos do art. 846, in fine, do CPC. III. Agravo de instrumento improvido. (TRF 4ª Região. AI 1998.04.01.024330-9/RS. 6ª Turma. Rel.: Juiz Nylson Paim de Abreu. DJU 23/09/1998, p. 663)

*Comentários:* A produção antecipada de provas é medida genuinamente cautelar quando movida em caráter preparatório, pois “satisfaz à necessidade emergencial de evitar ou superar o perigo de se tornar impossível ou deficiente a produção da prova se se tiver de aguardar a propositura da ação principal e a chegada da fase probatória normal.”<sup>17</sup> Todavia, ressalta

<sup>15</sup> DE VASCONCELOS, Antônio Vital Ramos: art. cit. (nota 13).

<sup>16</sup> CALAMANDREI, Piero, *apud* CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 153-154.

<sup>17</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1999, p. 491.

Humberto Theodoro, a ação cautelar antecipatória só se reveste desta feição quando a “pretensão é deduzida em juízo com o caráter preparatório de futura ação de mérito”<sup>18</sup>. Quando já foi interposta ação principal, a coleta antecipada de provas constitui-se em mera deliberação do magistrado, não havendo lugar, no entender do douto professor mineiro, para uma ação cautelar incidental na espécie.

*Perguntamos:* o que impede a parte autora de requerer uma medida cautelar, no bojo do processo de conhecimento e já no curso deste, almejando uma produção antecipada de elementos de convicção e *sem a necessidade de postular medida cautelar incidental*, agilizando assim o feito e evitando, certamente, o perecimento da prova e do direito que persegue? Certamente, a falta de uma legislação autorizadora de tal finalidade. Observemos outros julgados, onde a decisão final foi desfavorável à parte autora por inexistir atualmente, no ordenamento jurídico pátrio, dispositivo de lei permitindo a fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória.

b) Distinção entre os procedimentos da tutela antecipatória e da tutela cautelar

*Processo Civil. Medida cautelar. Tutela antecipada. Pressupostos.* A tutela antecipada não veio substituir a medida cautelar. Os procedimentos são distintos, assim como os requisitos. Ausentes os requisitos da medida cautelar, correta a decisão que indeferiu a petição inicial. A lide deve ser antecipada nos limites em que foi proposta. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp 90439 – RS – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 30/11/1998 – p. 183)

*Processual Civil. Tutela antecipada. Medida cautelar. Impossibilidade. Pressupostos diversos.* I. O tribunal não pode transmutar o pedido de tutela antecipada em pedido de liminar em ação cautelar. II. Recurso provido. (STJ – REsp 163854 – RS – 1ª T. – Rel. Min. Milton Luiz Pereira – DJU 31/05/1999 – p. 84)

*Arrendamento mercantil. Antecipação de tutela. Prequestionamento. Dissídio. Súmula 126 da Corte.* I. O art. 42 do Código de Defesa do Consumidor não foi enfrentado pelo acórdão recorrido, com o que o especial não tem passagem por esse caminho, por falta de prequestionamento. II. O dissídio não pode ser aproveitado porque os paradigmas ou cuidam de medida cautelar, que se não confunde com a tutela antecipada, ou não desafiam a questão jurídica posta nos autos, confinando-se ao ato de inscrição do nome da devedora nos cadastros de proteção ao crédito, que sequer foi incluído no pedido de antecipação de tutela. III. Havendo fundamento constitucional, o

recurso especial somente terá curso se houver sido interposto o extraordinário, a teor da Súmula 126 da Corte. IV. Recurso especial não conhecido. (STJ – REsp 182.527 – SC – 3ª T. – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJU 04/10/1999 – p. 56)

Nos quatro acórdãos examinados, todos os feitos poderiam ter tido desfechos totalmente diferentes, caso os institutos da tutela cautelar e da tutela antecipada estivessem unificados sob um único título, como dois círculos concêntricos, sendo a tutela antecipatória o círculo maior, que englobaria a tutela cautelar (círculo menor).

## 5.2 Diferenças entre as tutelas cautelar e antecipatória na ótica da doutrina pátria

José Eduardo Carreira Alvim entende que existe clara distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória e os provimentos que as veiculam, e defende que:

A tutela cautelar se limita à outorga de providência de índole distinta da pretensão substancial, com o propósito de garanti-la, enquanto que a antecipação da tutela adianta a própria pretensão substancial, que, devendo normalmente ser reconhecida na sentença, tem os seus efeitos antecipados *initio litis*.<sup>19</sup>

Prosseguindo na mesma linha de raciocínio, o autor tentou estabelecer uma linha divisória concreta entre as duas modalidades de tutela jurisdicional, chegando às seguintes conclusões, *verbis*:

a) a entrega de um bem apreendido é antecipação de tutela; a suspensão do leilão desse bem é tutela cautelar;

b) a anulação de uma assembleia (de sociedade ou condominial) é antecipação; a suspensão de sua eficácia é cautela;

c) a entrega do bem na reivindicatória (ou na imissão de posse) é antecipação; o mero sequestro é cautela;

d) a entrega do bem na possessória é antecipação; o sequestro deste bem é cautela;

e) a entrega de valores confiscados é antecipação; o seu depósito em conta judicial é cautela;

f) a baixa de um título protestado é antecipação; a suspensão do protesto é cautela;

g) a anulação de um edital é antecipação; a suspensão da eficácia de alguma de suas cláusulas é cautela;

<sup>18</sup> Idem: ob. cit. (nota 17), p. 492.

<sup>19</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo: ob. cit. (nota 16), p. 179-180.

h) a entrega da guarda de pessoa (ou coisa) é antecipação; a sua apreensão provisória é cautela;

i) a declaração de inexigibilidade do tributo é antecipação; a suspensão da sua inexigibilidade é cautela;

j) a anulação de uma penalidade é antecipação; a suspensão da sua eficácia é cautela;

l) a entrega de um quadro ao seu dono é antecipação; o seu depósito para que não seja alienado é cautela;

m) a matrícula de um aluno numa escola é antecipação; a mera reserva de vaga é cautela. Em qualquer hipótese, o provimento é provisório, dada a cognição sumária em que se apóia, dependendo a sua eficácia da confirmação através de um provimento definitivo.<sup>20</sup>

O Juiz Federal Reis Friede também entende que :

Alguns autores têm, com excessiva (e preocupante) frequência, confundido, entre si, os diferentes institutos da tutela antecipada (de nítida feição cognitiva de jurisdição própria (com incontestes referibilidade extrínseca (material)), índole meritória, satisfatividade finalística, intuito exauriente (ainda que, na hipótese, com grau relativo), e cognição sumária não urgente) e da tutela cautelar (de nítida feição acautelatória de jurisdição imprópria (com incontestes referibilidade intrínseca (processual)), índole não meritória, cautelaridade referencial, intuito não exauriente, e cognição sumária urgente), contribuindo, sobremaneira, neste especial contexto, para o efetivo estabelecimento de uma aparente (e, neste particular, equivocada) similitude entre ambos institutos processuais que, em sua essência, possuem objetivos completamente distintos.<sup>21</sup>

Para reforçar seu ponto de vista, traz à colação diversos julgados pátrios a respeito do assunto, *verbis*:

Tutela antecipada não se confunde com medida liminar cautelar, eis que nesta a providência se destina a assegurar a eficácia prática da decisão judicial posterior, enquanto naquela existe o adiantamento do próprio pedido da ação (Ac. un. da 5ª Câmara do TJRJ de 10/12/1996, no Ag. 4.266/96, rel. Des. Miguel Pachá; RDTJ RJ 32/240).

Não se confundem medida cautelar e tutela antecipada. Na primeira bastam fumaça de bom direito e perigo de dano. Na segunda, exige-se que a tutela corresponda ao dispositivo da sentença; haja prova inequívoca, capaz de convencer o juiz da verossimilhança das alegações; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito

protelatório do réu. Tudo isso mediante cognição provisória, com audiência do demandado, que só pode ser dispensada em casos excepcionais (Ac. un. da 3ª Câmara do TJSC de 17.09.96, no Ag. 96.001.452-7, rel. Des. Amaral e Silva; Adcoas, de 30/04/1997, 8.153.739).

O limite objetivo da tutela é a coincidência em extensão com a prestação definitiva ou a procedência da inicial caracterizada pela provisoriedade, e não se confunde com o provimento cautelar. A semelhança formal que a antecipação de tutela inegavelmente mantém com a pretensão cautelar, da qual efetivamente se distingue não só em razão da vida efêmera desta última, mas, principalmente, em razão do próprio exame do direito afirmado que a primeira comporta, embora resguardada pela provisoriedade, não enseja deferimento alternativo (Ac. un. da 9ª Câmara do 2ª TACivSP de 10/04/1996, no Ag. 456.382-00/8, rel. Juiz Francisco Casconi; RT 729/246; Adcoas, de agosto/1996, 8.151.009).

Não há que se confundir a tutela antecipatória com a tutela cautelar. O processo cautelar revela-se como atividade auxiliar e subsidiária que visa assegurar as duas outras funções principais da jurisdição – conhecimento e execução. A característica mais marcante da garantia cautelar é a de dar instrumentalidade ao processo principal, cujo êxito procura garantir e tutelar. A tutela antecipatória do art. 273 do CPC, deferida em ação de conhecimento, tem como característica a antecipação do resultado que somente seria alcançado com a decisão de mérito transitada em julgado. Se a liminar contiver decisão que apenas garanta o resultado final da lide, de tutela antecipada não se trata, mas sim de tutela cautelar. O sistema processual, a teor do estatuído no art. 292, § 1º, inciso III, do CPC, não admite a concessão de provimento cautelar em processo cognitivo (Ac. un. da 2ª Câmara do TJSC de 26/11/1996, no Ag. 96.008.465-7, rel. Des. Nelson Schaefer; Jurisp. Cat. 77/518).

Não obstante as posições abalizadas dos dois mestres, apresentamos a seguir os pontos de contato que encontramos entre os dois institutos. Prossigamos.

### 5.3 Pontos de contato entre as tutelas cautelar e antecipatória

a) A satisfatividade da liminar concedida em ação de reintegração de posse

A decisão que concede tutela antecipada no processo de conhecimento possui caráter nitidamente satisfativo, em virtude de antecipar integralmente aquilo que a parte autora somente obterá com a sentença de mérito transitada em julgado. A questão já se pacificou em nosso ordenamento jurídico. A respeito do assunto, os seguintes julgados:

<sup>20</sup> Idem: ob. cit. (nota 16), p. 180-181.

<sup>21</sup> FRIEDE, Reis. *Tutelas Cautelar e Antecipada*. Revista Jurídica Consulex 34. Brasília: Consulex, 1999, p. 33.

*Promessa de compra e venda de imóvel. Desconstituição de negócio jurídico. Tutela antecipada. Art. 273, CPC. Impossibilidade. Agravo de instrumento. Antecipação de tutela. A tutela antecipada, na forma do permissivo do art. 273 da lei procedimental, é satisfativa e sua concessão não se ajusta a natureza das ações constitutivas, positivas ou negativas. Recurso provido. AIDS (TJRJ – AI 4900/96 – (Reg. 170697) – Cód. 96.002.04900 – RJ – 9ª C.Civ. – Rel. Des. Luiz Carlos Motta – J. 14/05/1997)*

*Agravo de instrumento. Leasing. Ação de revisão de cláusulas contratuais. Pedido de antecipação de tutela para manutenção do arrendatário na posse do bem objeto do contrato, impedir a inscrição do nome dos devedores em organismos de proteção ao crédito e permitir o depósito das parcelas vincendas pelos valores que entender devidos. Deferimento. Pressupostos ausentes. Recurso provido. "A tutela antecipatória grifada no art. 273 do Estatuto Procedimental Civil constitui-se em provimento tendente a realizar, de forma imediata, o direito afirmado pela parte requerente, antecipando pois, ainda que provisoriamente, os efeitos da prestação jurisdicional a ser entregue a final. Providência eminentemente satisfativa que é, não pode ela extrapolar os contornos do provimento definitivo, buscado pela parte." Omissis. (Des. Trindade dos Santos.) (TJSC – AI 96.004331-4 – Itajaí – Rel. Des. Eder Graf – 3ª C.C. – J. 03/12/1996.)*

Por outro lado, observemos a dicção dos seguintes julgados:

*Embargos de retenção. Benfeitorias. Natureza executiva da reintegração de posse. Antecipação de tutela em medida liminar que concede a reintegração. Cabimento dos embargos de retenção. Ausência de conflito com o art. 744 do CPC. A ação de reintegração de posse possui natureza executiva, sendo a pretensão deduzida em juízo, ordens a serem executadas. O deferimento de medida liminar de reintegração de posse representa antecipação de tutela, isto é, antecipação dos efeitos da sentença. É cabível a ação de embargos de retenção, inexistindo conflito com o art. 744 do CPC. (TRF 4ª Região. AC 96.04.18867-4/PR. 4ª Turma. Rel. Juiz José Germano da Silva. DJU 26/03/1997.)*

*Reintegração de posse. Liminar. Posse velha. Para que se possa ingressar com a ação possessória, seja ela reintegratória ou de manutenção, necessário que a área esteja individualizada, mesmo que não se tenha a sua exata dimensão. Isso significa que se não houver dúvida quanto às confrontações do terreno, a área poderá ser perfeitamente objeto de possessória, e este é o caso da área objeto da presente ação. É possível a concessão de liminar em ação reintegratória por posse velha, de mais de ano e dia, desde que os requisitos necessários à concessão de liminar antecipatória obedeçam o art. 273 do CPC. (TRF 4ª Região. AI 1998.04.01.065148-5/SC. 3ª Turma. Rel.: Juíza Marga Barth Tessler. DJU 20/01/1999.)*

Veja-se que a liminar concedida em ação de reintegração de posse possui nítido caráter antecipatório e, portanto, satisfativo. Esta medida de urgência, prevista no Livro IV (Procedimentos Especiais), art. 928 do CPC, antecipa para a parte demandante um resultado que somente seria obtido ao final do processo de conhecimento. Todavia, a lei fala em *mandado liminar de reintegração* (CPC 928) e, mais adiante, estabelece que o autor promoverá, "nos 5 (cinco) dias subsequentes, a citação do réu para contestar a ação" (CPC 930). Embora este mandado liminar de reintegração possua processualmente natureza cautelar, não poderia ser dito que ele almeja, precipuamente, acautelar o objeto ação principal, porque a referida ação possessória já é a ação principal. Assim, partindo-se deste raciocínio equivocado (caráter cautelar da liminar concedida em ação de reintegração), uma vez concedida referida liminar, qual seria a ação principal a ser proposta? Nenhuma, obviamente, pelo que nos cumpre abandonar tal entendimento.

Com efeito, não obstante algumas semelhanças da decisão concessória em ação de reintegração de posse com a liminar concedida no processo cautelar, quais sejam, o prazo imposto à parte ré para apresentar contestação (cinco dias), idêntico àquele imposto aos procedimentos cautelares (prazo comum, para réus sem privilégios processuais), bem como a menção ao *mandado liminar*, a decisão que concede liminar em ação de reintegração de posse, materialmente falando, traduz-se em *decisum* antecipatório.

Com efeito, como à época em que foi publicado tal dispositivo legal ainda não vigorava no Brasil o instituto da tutela antecipada, fica fácil perceber a feição acauteladora que se tentou emprestar à possessória supramencionada, em razão da ausência de institutos processuais mais apropriados para classificação de tal medida de urgência.

#### b) Cobrança de mensalidades escolares

O Professor Ernane Fidélis dos Santos deixa assentado que, às vezes, sutis são os limites da medida tipicamente cautelar e os da tutela cautelar. Para corroborar sua opinião, faz a seguinte citação do mestre Barbosa Moreira, *verbis*:

Outro fenômeno apontado pelos juízes é o da relativa indistinção, na prática, entre a antecipação da tutela e a tutela cautelar. Providências essencialmente cautelares são às vezes requeridas como providências antecipatórias. Não será de estranhar a confusão, se se tiver em vista a existência de dificuldades, mesmo do ponto de vista científico e dogmático, no traçado de linha

divisória perfeitamente nítida entre os dois terrenos. Importaria aqui apurar como se têm conduzido, diante de situação do gênero, os órgãos judiciais. Em princípio, francamente, desde que não se altere a substância do pedido, não vislumbramos obstáculo irremovível à admissão de um requerimento pelo outro, determinando-se que o procedimento observe a disciplina adequada à verdadeira natureza da matéria. O raciocínio será análogo ao que prevaleceu, no silêncio do Código, a favor da possibilidade de aproveitar-se, em certa medida, recurso inadequadamente interposto no lugar do cabível.<sup>22</sup>

Assim, partindo-se do raciocínio acima exposto, desde que haja razoabilidade na dúvida dos limites das tutelas cautelar e antecipatória, possível é que esta seja deferida como cautelar e aquela como tutela antecipada, de modo a imprimir ao processo moderno maior efetividade. Em qualquer dos dois casos, irrelevante seria a forma, sendo exigíveis, somente, os pressupostos de uma e outra medida para a sua imediata concessão. Um julgado do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, apreciando o Agravo de Instrumento 215.488-1, de 05/06/1996, relator o Juiz César Paduani, trazido à colação pelo Professor Ernane Fidelis dos Santos, pode ilustrar melhor a situação:

*Agravo de instrumento. Tutela antecipada. Cobrança de mensalidades escolares. Legalidade do ato.* A concessão de tutela antecipada depende da existência dos requisitos contidos no art. 273 do Código de Processo Civil. É correta e legal a decisão judicial que concede a liminar possibilitando à aluna matricular-se no estabelecimento e frequentar as aulas enquanto se discute a demanda, eis que nenhum prejuízo acarretará à agravante, vez que, fixado o *quantum* devido, a agravada não poderá eximir-se de pagá-lo.<sup>23</sup>

Comentando o *decisum*, Ernane Fidelis diz que não se tratava, ao que parece, de medida antecipatória,

pois se se discutia preço e não o exclusivo direito à prestação dos serviços escolares, não houve propriamente antecipação, mas cautela, para que a demora da solução não deixasse frustrada a decisão de procedência que poderia socorrer o autor<sup>24</sup>.

De qualquer forma, os fins processuais, a efetividade do processo foi atendida.

c) A nova reforma do CPC brasileiro: o Projeto de Lei 3.476/2000

Trazendo para o nosso ordenamento jurídico o que há de mais moderno, atualmente, no cenário mundial do Direito Processual Civil, o Congresso Nacional apresentou o Projeto de Lei 3.476/2000, que altera a Lei 5.869/1973 (Código de Processo Civil), estabelecendo que as seguintes alterações no art. 273 do CPC, *verbis*:

[...]

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Como se percebe, o Projeto de Lei supramencionado, seguindo o que há de mais moderno na doutrina processualística mundial, veio coroar os esforços de todos aqueles que desejam do processo mais que um instrumento de pacificação pelos meios legais, mas sobretudo um *instrumento efetivo de pacificação social e que impeça, ao máximo, a perpetração de injustiças*.

## Conclusões

Embora apresentando requisitos distintos para a sua concessão (que pode revestir-se de caráter provisório ou satisfativo) e com campos de utilização os mais diversos (e diferentes entre si), o certo é que as tutelas cautelar e antecipatória, haja vista sua finalidade precípua, observada do prisma da efetividade processual, não podem dar azo ao cometimento de injustiças, somente pelo fato de inexistir legislação que permita a fungibilidade dos institutos entre si.

Tal fungibilidade se materializa no fato de que

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 (§ 7º do art. 273 do CPC, na redação dada pelo Projeto de Lei 3.476/2000).

Um exemplo trazido por Reis Friede reflete melhor tal situação, *verbis*:

Um comum exemplo que se aborda, neste prisma, é o de uma criança doente que, necessitando, de forma urgente, de uma transfusão sanguínea (para a garantia de sua própria sobrevivência) se apresenta impedida de obtê-la, em face da negativa de seus pais (ferverosos religiosos de uma crença que proíbe tal conduta)

<sup>22</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *apud* DOS SANTOS, Ernane Fidelis. *Novíssimos Perfis do Processo Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 33.

<sup>23</sup> Idem: ob. cit. (nota 22), p. 33.

<sup>24</sup> Idem: ob. cit. (nota 22), p. 33-34.

em autorizar o procedimento. Nesta hipótese, entendem estes autores que a tutela cautelar, passível de ser obtida, através de requerimento judicial (ajuizamento de ação própria) do Ministério Público, junto ao Poder Judiciário – se deferida liminarmente (ou de qualquer outro modo, antes da decisão meritória) –, importaria em uma eventual autorização que, uma vez concedida (ou seja, realizada a transfusão sanguínea), ensejaria, de forma irreversível (insuperável), uma autêntica medida cautelar satisfativa. Neste caso, objetivando, a todo custo, evitar a pretensa “degradação” do instituto cautelar, estes processualistas indicam como solução prática o ajuizamento de ação cognitiva, com pedido exordial de antecipação de tutela, baseado na inexorável (em suas palavras) presença *in casu* do requisito fundamental da verossimilhança da alegação autoral. De forma diversa, todavia, cumpre assinalar, com necessária veemência, que a hipótese versada alude, de forma sinérgica, a um inconteste risco, objetivamente fundado, de dano processual (vez que a sentença meritória que eventualmente autorizar, a seu tempo, a transfusão em questão será inócua (ou seja, ineficaz) de impossível reparação futura, que caracteriza, sob todos os ângulos, e de forma insuperável, o requisito fundamental da tutela cautelar (ou, em outras palavras, o denominado *periculum in mora*), e não, como desejam estes estudiosos, a denominada prova inequívoca (liminarmente produzida) quanto à razoabilidade da alegação autoral, sob o aspecto meritório, caracterizadora última do instituto antecipatório. Ainda que, em alguma medida, ambos elementos (requisitos) estejam presentes (o *periculum in mora* cautelar e a verossimilhança da alegação (ou *fumus boni iuris* antecipatório para parte de doutrina)), é importante observar que indiscutivelmente prepondera, na hipótese, o fator do risco, como elemento caracterizador derradeiro da tutela de segurança cautelar.<sup>25</sup>

Permitir o inverso seria tarefa árdua (se o requerente, a título de obter tutela cautelar, formulasse providência de nítido caráter antecipativo e satisfativo), mas o certo é que entendemos que o magistrado, sob o argumento de estar atendendo a este ou àquele detalhe acadêmico ou doutrinário, jamais deve deixar perecer o direito autoral perseguido (o que pode até resultar na morte de uma pessoa), posicionando-se assim ao lado do princípio da efetividade, que mais do que decisões judiciais legais, almeja a obtenção de decisões judiciais justas, *que pacifiquem com justiça*.

Na verdade, entendemos que as dessemelhanças existentes entre as tutelas cautelar e antecipatória não podem, em hipótese alguma, constituir-se em

óbice intransponível à realização da plena justiça, mas sim devem atingir o escopo maior do princípio constitucional da efetividade, que não se prende a *filigranas jurídicas*, mas almeja precipuamente a realização da paz social e a distribuição justa dos bens da vida buscados em cada e em toda ação que é protocolizada no Judiciário pátrio.

O projeto de lei acima citado, o qual permite a fungibilidade entre as duas tutelas, é o primeiro passo dado para amenizar as injustiças ocasionadas pela ausência, até então, de uma norma que viesse a preencher a lamentável lacuna legislativa. Oxalá as mudanças continuem, tendo-se sempre em mente o princípio da efetividade defendido neste trabalho.

## Referências bibliográficas

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Ação Monitoria e Temas Polêmicos da Reforma Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

DOS SANTOS, Ernane Fidélis. *Novíssimos Perfis do Processo Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FERREIRA, Pinto. *Medidas Cautelares*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Processo de Execução e Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1999.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1999.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1999.

DE VASCONCELOS, Antônio Vital Ramos. *Perfil do Processo Cautelar. Juris Síntese 19*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Antecipação de Tutela e Medidas Cautelares – Tutela de Emergência. Juris Síntese 19*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

FRIEDE, Reis. *Tutelas Cautelar e Antecipada. Revista Jurídica Consulex 34*. Brasília: Consulex, 1999, p. 33-35.

<sup>25</sup> FRIEDE, Reis: art. cit. (nota 21), p. 34.