O Processo Cautelar. A Tutela Antecipada. Os Institutos Afins

Des. João Carlos Pestana de Aguiar Silva
Decano do Conselho Consultivo da EMERJ

1. Uma síntese informativa do processo cautelar. O poder geral de cautela. A *summaria cognitio.* 2. A celeridade da tutela cautelar. 3. Os desvios pragmáticos da tutela cautelar, afora a satisfatividade. 4. Outros desvios práticos, estes nos procedimentos cautelares em geral. 5. A tutela antecipada como instituto afim do processo cautelar, mas pertencente ao processo de conhecimento. 6. Os cuidados na apreciação da tutela antecipada. A doutrina a respeito. 7. Os efeitos da tutela antecipada. O estudo minucioso, pelo juiz, de sua concessão, denegação e revogação. 8. Onde se torna cabível a tutela antecipada? 9. A tutela específica nas obrigações de fazer e não fazer. 10. Institutos afins do processo cautelar. 11. Conclusão

1. **Uma síntese informativa do processo cautelar. O Poder geral de cautela -** Nos idos de 1974, logo após a entrada em vigor da Lei 5.869 de 11/1/73, que instituiu o vigente *CPC (desde 1º/1/74), elaboramos uma monografia a que denominamos de "**Síntese Informativa do Processo Cautelar**"*, publicada na Revista Forense, vol. 247, págs. 41/52, que nos parece ter sido o primeiro ensaio doutrinário, perante o atual CPC, sobre os princípios gerais da fascinante área normativa do processo cautelar.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Nela discorremos sobre o então novo poder cautelar geral e estabelecemos uma simetria entre o art. 675 do CPC de 1939, este fruto da má tradução do art. 324 do Projeto de *Carnelutti*, e o art. 798 do vigente CPC, a respeito do poder cautelar geral concedido ao juiz *ex-vi legis.*

Lembramos que, nas providências cautelares inominadas, segundo os direitos alemão, italiano e português, o juiz, a seu arbítrio, resolve que medida será necessária para realizar o fim que se pretende, o que passou a se aplicar a nosso direito, até mesmo perante as medidas típicas ou nominadas através do princípio da fungibilidade dos pedidos de medidas assecuratórias, bem ressaltado por *Pontes de Miranda* (Comentários ao Código de Processo Civil, 1949, vol. VIII, pág. 28).

Nessa oportunidade, também realçamos não ser, a sentença cautelar, de *mérito*, mas sim, quando muito, acessória do mérito da ação principal pois, mesmo após proferida a decisão final cautelar, permanece o mérito intacto e indefinido. Sua solução se dará através da sentença na ação principal. Se a primeira se situa no juízo de *probabilidade*, a segunda contém um juízo de *certeza*. Ambas, como bem o adverte *Liebman*, se diferem essencialmente.

Além de analisar o paralelismo diversificado entre a ação cautelar, a medida cautelar e o procedimento cautelar, cuidamos da contracautela, das medidas liminares ou afins na acepção de *Calamandrei*, ao procurar estabelecer "*Dífferenze tra provvedimenti cautelari e istituti affini*", além de estudar as classificações doutrinárias das medidas cautelares em geral. Prenunciamos a intensa multiplicação das medidas inominadas decorrentes do poder cautelar geral do art. 798, quando uma gama infinita de hipóteses seria às mesmas enquadráveis, em previsão cuja diuturna prática forense até os dias atuais evidentemente o confirmou. E concluimos pela possível vinda do procedimento cautelar *satisfativo*, dando como exemplo o julgamento da prescrição ou decadência do direito do requerente (art. 269, IV c/c art. 810 do CPC), em primeira e imprevidente abertura legal da transmudação da finalidade do processo cautelar, ao assumir natureza diversa de sua destinação, pois quando *satisfativa* de direitos, numa composição antecipada do conflito de interesses.

Outra medida cautelar excepcionalmente satisfativa e de muito conhecida é a de *alimentos provisórios*, já que são os mesmos irrepetíveis.

Como podemos deduzir, bem ou mal essa nossa obra prenunciou a imensa progressão das cautelares inespecíficas ou inominadas, deixando

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

entrever a inoculação, nelas, da satisfatividade que após veio ocorrer, deformar sua natureza cautelar e convulsionar seu campo prático, a despeito do fato social, às vezes, inevitavelmente ensejar o recurso a essa deformação.

Hoje a tutela antecipada, como instituto adequadamente integrado ao processo de conhecimento, como veremos, ostenta o merecimento de ter extirpado do processo cautelar a indevida satisfatividade que incomodamente o vinha contagiando.

Fica aqui uma ligeira, sintética e incompleta apreciação dessa nossa monografia de 1974 e que, malgrado despretensiosa, nos anos seguintes foi útil como ponto de referência para razoável número de notáveis trabalhos que se seguiram sobre o processo cautelar.

2. **A celeridade da tutela cautelar** - Malgrado no mais das vezes apareça, na constante prática forense, como tão formidável mecanismo de pretensa pré-realização do bom direito (*fumus boni juris*) através de suas liminares, quanto maltratado e mal aplicado instituto de nosso direito processual positivo, ainda assim, tem o processo cautelar ensejado eficaz e imediata proteção e segurança ao bom direito, quando este se encontra conflitado e sob risco de perecimento.

Por isso mesmo a celeridade de sua essência inspirou a extensão, ao processo de conhecimento, dessas liminares em regra protetivas, mas sob a versão satisfativa, antecedente e temporária na tutela jurisdicional de direitos litigiosos, para que a ação prolongada do tempo não possa causar o enfraquecimento do bom direito, ou a tutela jurisdicional decorrente da coisa julgada material chegar a destempo.

Irrefutavelmente, o filão inspirador da tutela antecipada se encontra nas liminares inominadas e, sobretudo, em veraz *contraditio in adjectio*, naquele desvio da finalidade puramente cautelar, ensejador das anômalas liminares satisfativas, como adiante veremos.

3. **Os desvios pragmáticos da tutela cautelar** - *Luiz Guilherme Marinoni* adverte que, em 1992 já deixara claro, na sua obra "Tutela cautelar e tutela antecipatória", que jurisprudência e doutrina vinham confundindo *satisfatividade* com *definitividade*, quando então disse: "A tutela somente é definitiva, dispensando a ação principal, quando a cognição é exauriente. A tutela satisfativa, quando de cognição sumária, exige a ação principal."

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Na realidade de ontem e de hoje, não devemos confundir a finalidade do processo de conhecimento com a do processo cautelar, no último vindo então sendo a tutela satisfativa um desvirtuamento absoluto do fim cautelar, tanto que este é tão somente assecuratório do direito conflitado.

Como exemplo, *Guilherme Marinoni* citava a ação cautelar se substituindo ao mandado de segurança, quando escoado seu prazo decadencial. O juiz e o doutrinador, como mágicos, adverte, transformavam direito líquido e certo em *fumus boni juris.* Culmina, no quadro representado, com a imaginada ação cautelar portando cognição exauriente com liminar, estando o juiz em condição de proferir sentença capaz de produzir coisa julgada material. Mas continuando a supor que a ação era verdadeiramente cautelar, esse juiz aguardava a vinda da principal e julgava ação cautelar e ação principal no mesmo momento, como não fosse absolutamente ilógico se afirmar que algo é provável e também existe. A ação de cognição exauriente com liminar, do mesmo modo que a ação sumária satisfativa era pensada na prática como "ação cautelar satisfativa", apesar da completa diferença entre as cognições que fundavam as suas sentenças (A Consagração da Tutela Antecipatória na Reforma do CPC - A Reforma do Código de Processo Civil, coletânea adiante enunciada, 1996, pág. 116).

A hipótese acima exposta por *Marinoni* impressiona, pois retrata um dos vários e sérios desvios da finalidade do processo cautelar, em desrespeito ao devido processo legal.

Já lidamos com variadas hipóteses, também desnaturadas e repetidas, como a do processo cautelar antecedente com liminar deferida e que, após a vinda do processo principal de conhecimento, ficou paralisado e abandonado. A sentença foi proferida, no processo principal, ignorando o processo cautelar.

Noutro exemplo, repetitivo na prática e, dentre os muitos que poderíamos pinçar, veio o ajuizamento da ação principal após vencido o trintídio a seguir à efetivação da liminar, o que insistentemente tem acontecido.

A cassação da sentença para o proferimento de outra abrangente do processo cautelar, no primeiro exemplo, e a extinção do processo cautelar, no segundo, serão sempre as soluções inafastáveis em 2º grau.

Sem dúvida o processo cautelar tem cognição exauriente, mas restrita ao fim *cautelar*. Logo, um pedido ao mesmo adaptado com caráter satisfativo, merece ser fulminado de nulidade ou extinção do processo, pela violação ao fim colimado e assim, ao devido processo legal (art. 5º, LIV da Constituição Federal).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A tendência que ocorreu perante certos fenômenos sócio-jurídicos, como no Plano Collor o bloqueio, por tempo indefinido, dos ativos financeiros em aplicações e contas-correntes bancárias do povo em geral, ocasionou o ajuizamento de incontáveis ações cautelares perante a Justiça Federal, todas de cunho satisfativo, já que visavam o imediato desbloqueio. Notáveis juizes federais, em número progressivo, passaram a conceder a medida liminar de levantamento dos depósitos, pela ostensiva inconstitucionalidade desse verdadeiro confisco à propriedade privada em seus ativos líquidos. Os fins justificavam os meios, estes urgentes, mas nada ortodoxos.

Com essa progressão de cautelares satisfativas, outras foram insinuadas e acolhidas na prática pretoriana em geral, desvirtuando-se cada vez mais o processo cautelar.

A tutela antecipada deu consciência genérica a tal realidade.

Por isso *Nelson Nery Junior* e *Rosa Maria Andrade Nery*, em obra recente, acentuaram que a tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito, afastou o expediente das impropriamente denominadas "cautelares satisfativas", o que constitui em si uma *contradictio in terminis,* pois as cautelares não satisfazem (Cód. de Processo Civil Comentado, 1997, art. 273, pág. 546).

4. **Outros desvios práticos, estes nos procedimentos cautelares** - Se o processo cautelar não tem mérito, como pura cautela ou garantia do mérito que é, não comporta um *valor da causa*.

Daí não ter, o art. 801 do CPC, previsto o valor da causa como requisito da petição inicial da medida cautelar.

Contudo, já temos apreciado, em múltiplas oportunidades, o procedimento incidental de impugnação ao valor da causa em pretensão puramente cautelar, que deve ser indeferido ou julgado extinto por juridicamente impossível.

Noutro aspecto, a inserção de um resíduo de mérito no processo cautelar, traduzido no *fumus boni juris* ou aparência de bom direito, nos parece inócua. Melhor será se reconhecer que o processo cautelar é desprovido de mérito e simplesmente prosperável se atendidos os pressupostos processuais para o desenvolvimento válido e regular do processo, assim também as condições de admissibilidade da ação as quais, além das previstas no art. 267, VI do CPC, recebem o acréscimo do *fumus boni juris* e do *periculum in mora.*

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Conseqüentemente, não havendo sucumbimento do vencido, descabe sua condenação em honorários de advogado do vencedor nas cautelares incidentais. Mas nas antecedentes entende *Galeno Lacerda* que serão sempre devidos (Comentários ao CPC, Forense, VIII, Vol., Tomo I, 1980, art. 803, nº 56), o que de caso a caso deve ser aquilatado.

5. **A tutela antecipada como instituto afim do processo cautelar, mas pertencente ao processo de conhecimento** - Já tivemos oportunidade de afirmar ser, a *tutela antecipada*, que também podemos chamar de *tutela diferenciada*, um dos *instituti affini* do processo cautelar, na conhecida expressão de *Calamandrei*, como também o são as liminares dos procedimentos especiais que, perante o CPC de 1939, especializavam o rito.

Inclusive naquela ocasião, no início de 1995, lançamos dúvidas sobre os efeitos práticos benéficos da *tutela antecipada*, pelo perigo de que se reveste ao desequilibrar fortemente os direitos conflitados (*A Procura da Celeridade na Reforma Processual* - Leis nºs. 8.951 e 8.952 de 13/12/94 - Ed. Espaço Jurídico, págs. 32/33).

Mas deixamos então a ressalva de que a diuturna prática pretoriana daria a mais correta resposta. E realmente a deu, plenamente a favor do novo instituto e contrariamente a nossa equívoca premonição, como se vê na melhor doutrina e jurisprudência.

Reformulamos, pois, neste ano de 1998, nosso convencimento, nos penitenciando desse extremado rigor.

Tornou-se axiomático ter o mundo jurídico recepcionado merecida e entusiasticamente a Reforma Processual implantada através de várias leis, dentre as quais ora destacamos a Lei 8.952 de 13/12/94, ao ter dado nova redação aos arts. 273 e 461 do CPC, através dos mesmos instituindo a *tutela antecipada* com caráter geral (art. 273) ou para o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 461).

Confere ao autor, o ainda novo instituto, um instrumento célere de satisfação do seu direito, desde que exista prova inequívoca e convincente da verossimilhança da alegação, haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou a caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, estes dois últimos fatos muito comuns nos procedimentos jurisdicionais, desde que não ocorra a irreversibilidade da medida, tudo a ser devidamente fundamentado pelo juiz.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

O afastamento da antecipação da tutela ocorrerá quando houver esse perigo de irreversibilidade do provimento, o que retrata seu caráter transitório e a possibilidade da reversão do quadro probatório, com revogação ou modificação da tutela a qualquer tempo, em decisão também fundamentada.

O exame da revogação exigirá redobrada atenção pela aparente insegurança na reversão da tutela.

Como tutela jurisdicional diferenciada pela *antecipação* transitória e revogável, não deve ser concedida na sentença de lº grau, por comprometer a própria antecipação.

Contudo, se se verificar o julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC), *Arruda Alvim* a entende cabível nessa sentença, cumulativamente, não tendo aplicação os par. 42 e 52 do art. 273 (Reforma do CPC, coletânea adiante mencionada, pág. 90, nº 21).

Outrossim, não terá, o juiz de 1º grau, competência para concedê-la após, pois *functus est officium judicis*.

Tal não impede que o relator, em 2º grau de jurisdição a conceda, havendo circunstâncias inequívocas, mormente cabendo agravo de instrumento de todas as decisões de 1º grau deferitórias ou indeferitórias da tutela antecipada, como também ocorre nas liminares cautelares.

6. **Os cuidados na apreciacão da tutela antecipada** - Como providência que desequilibra a situação fática antecedente em benefício do autor e prejuízo do réu, convindo lembrar que *ex facto oritur jus,* todos os doutrinadores que têm estudado essa modalidade de tutela diferenciada revelam estar a mesma a merecer o máximo de atenção, cuidado e responsabilidade pelo juiz, em seu acolhimento ou rejeição.

No livro "Reforma do Código de Processo Civil", ed. Saraiva, 1996, uma coletânea de vários autores coordenada pelo Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, encontramos, no trato do assunto, as monografias de *Cândido Rangel Dinamarco* (pág. l); *Kazuo Watanabe* (pág. 19); *J. E. Carreira Alvim* (pág. 53); *Arruda Alvim* (pág.77); *Luiz Guilherme Marinoni* (pág. 113); Ovídio A. Baptista da Silva (pág.129); *Teori Albino Zavascki* (pág.143); *Rodolfo de Camargo Mancuso* (pág. 167); *J. J. Calmon de Passos* (pág.187); *Antonio Cláudio da Costa Machado* (pág. 215); *E. D. Moniz de Aragão* (pág. 233); *Ada Pellegrini Grinover* (pág. 251); *Humberto Theodoro Junior* (pág. 281); *José Rubens Costa* (pág. 303).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Também noutras publicações encontramos *Joel Dias Figueira Júnior - AJURIS*, vol. 65, nov. de 1995, pág. 228; *Adroaldo Furtado Fabrício - AJURIS*, vol. 66, pág. 5; *Nelson Nery Junior* e *Rosa Maria Andrade Nery* - Código de Processo Civil Comentado, Rev. dos Tribunais, agosto de 1997; *Luiz Paulo da Silva Araujo Filho* - Rev. de Jurisprudência - Justiça Federal-RJ, agosto de 1996, pág. 226; *Francesco Conte* - Rev. dos Tribunais, vol. 718, pág. 18; *J. E. S. Frias* - Rev. dos Tribunais, vol. 728, pág. 60; *João Batista Lopes* - Rev. dos Tribunais, vol. 729, pág. 63; *Jaíldo Inácio da Costa* - Rev. da Escola Superior da Magistratura do D.F., edição especial, nº 1996; *Reis Friede* - Rev. da Proc. Geral da República, v.8, jan/jun/96, pág. 21; *Edgard Antonio Lippman* - Rev. de Processo, nº 81, pág. 37; *Renan Kfuri Lopes* - COAD-ADV – Seleções Jurídicas, 12/95; *Alvaro R. D. Perez Ragone* - Rev. de Processo, 81, pág. 135; *Luiz Alberto Rossi* - Rev. Lex, Jurisprudência do STJ e TRF/RS, nº 88, dez/96; *Nagib Slaibi Filho* - COAD-ADV - Seleções Jurídicas, 12/95; *Humberto Theodoro Júnior* - Rev. dos Tribunais, vol. 742, pág. 40; *José Eduardo Carreira Alvim* – Antecipação de Tutela na Reforma Processual, Revista Forense, nº 332, 1995; *Min. José Augusto Delgado* – Tutela Antecipada, Rev. CONSULEX, nº 12, dez./97.

Na doutrina alienígena, além da obra acima de *Perez Ragone* temos, vindos da Itália, recentes trabalhos de *Andrea Proto Pisani - Intervento in la tutela d'urgenza*, 1985; *Giuseppe Tarzia - I procedimenti cautelari*, 1990; *Federico Carpi - La tutela d'urgenza*, 1985, e *Giovanni Verde* - idem, dentre outros.

São todas obras de exuberante densidade jurídica revelando-se, sobremodo os doutos autores nacionais, reitere-se, extremamente apreensivos e preocupados em realçar a imperiosa e inafastável exigência do mais atento e cuidadoso exame da tutela antecipada pelo juiz, seja quando requerida na petição inicial ou no decorrer do processo, tanto para concedê-la quanto negá-la.

Calmon de Passos entende que o pedido de antecipação da tutela jurisdicional requer petição autônoma, autuada em apartado, exigindo, segundo as conclusões de sua obra, o respeito ao contraditório e à instrução, pois não entende possível sua concessão sem audiência da parte contrária.

Todavia, o próprio *Calmon de Passos*, na mesma obra, em trecho anterior admite o sacrifício prévio e momentâneo do contraditório, porque recuperável depois, assegurando-se a tutela que, se não antecipada, se faria impossível no futuro (Da Antecipação da Tutela, - *in* Reforma do Cód. de Processo Civil, págs. 189 e 213).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Parece-nos inquestionavelmente cabível o pedido de tutela na própria petição inicial e com deferimento *inaudita altera parte*, quando houver o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação pela audiência da parte contrária (vide art. 804 do CPC, destinado ao processo cautelar).

Havendo dúvida no foro íntimo do juiz experiente, deverá ser ouvida a parte contrária. Já tivemos em oportunidades recentes, que assim decidir.

Tomemos o exemplo de *Teori Albino Zavascki*, a saber: "Casos haverá, e esses certamente são casos extremos, em que o conflito de direitos é tão profundo que apenas um deles poderá sobreviver, já que a manutenção de um importará o sacrifício completo do outro. Na Justiça Federal, por exemplo, não são incomuns pedidos para liberação de mercadorias perecíveis, retidas na alfândega para exame sanitário que, por alguma razão (greve dos servidores, por exemplo) não é realizado. Nesses casos, a concessão liminar da tutela pedida compromete irremediavelmente o direito à segurança jurídica a que faz jus o demandado (liberada e comercializada a mercadoria, já não há que se falar em seu exame fitossanitário!); e seu indeferimento torna letra morta o direito à efetividade do processo, porque, deteriorando-se o produto, inútil será sua posterior liberação. Em casos dessa natureza, um dos direitos fundamentais colidentes será sacrificado, não por vontade do juiz, mas pela própria natureza das coisas. *Ad impossibilia nemo tenetur*. Caberá ao juiz, com redobrada prudência, ponderar adequadamente os bens e valores colidentes e tomar a decisão em favor dos que, em cada caso, puderem ser considerados prevalentes à luz do direito. A decisão que tomar, em tais circunstâncias, é mais que antecipação provisória; é concessão ou denegação da tutela em caráter definitivo" (ob.cit., pág. 163).

Igualmente admite Ovídio A. Baptista da Silva a imediata tutela, quando diz: "Casos há, de urgência urgentíssima, em que o julgador é posto ante a alternativa de prover ou perecer o direito que, no momento, apresente-se apenas provável, ou confortado com prova de simples verossimilhança. Em tais casos, se o índice de plausabilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador - entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência - esta última solução torna-se perfeitamente legítima. O que, em tais casos especialíssimos, não se mostrará legítimo será o Estado recusar-se a tutelar o direito verossímil, sujeitando seu titular a percorrer as agruras do procedimento ordinário, para depois, na sentença final, reconhecer a existência apenas teórica de um direito definitivamente destruído pela sua completa inocuidade prática" (ob. cit., pág. 142).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A tendência nossa e dos demais autores é, em casos de urgência e atendidos os requisitos do art. 273, pela concessão da medida *inaudita altera parte*, quando demonstrar o autor, convincentemente, o sério risco de dano irreparável se não concedida desde logo. (Nesse exato sentido *Kazuo Watanabe*, ob. cit., pág. 36, nº 23; *Carreira Alvim*, ob. cit., pág. 63; *Nelson Nery Junior* e *Rosa Maria Nery*, ob. cit., art. 273, nº 10).

Observe-se que, afastada a irreversibilidade e sendo, a tutela concedida, passível de revogação ou modificação a qualquer tempo, em decisão fundamentada, não há que se exigir uma prévia e ampla defesa, se patente o risco do perecimento do bom direito, em aparência decorrente da inicial cognição sumária.

7. **Os efeitos da tutela antecipada. O estudo minucioso, pelo juiz, para sua concessão ou denegação. Sua revogacão expressa e tácita** - A tutela antecipada do processo de conhecimento tem, no procedimento ordinário, sumário ou especial, seu leito mais comum e com evidente caráter *satisfativo* mas, por uma antecipação que é passível de reversão e assim, transitória perante um quadro de verossimilhança, só vai traduzir a verdade aparente do presumido bom direito no momento processual em que é concedida através da cognição sumária e assim, incompleta. O exaurimento da cognição ocorrerá no final da instrução, com sentença de mérito que poderá perfeitamente concluir em contrário à própria tutela, ao decidir em prol do direito do réu.

Outra forte preocupação da doutrina já formada perante o regime legal da tutela antecipada, é da subserviência da prática a viciosas deturpações, às quais pode se tornar vulnerável se aplicada sem maiores cuidados, tal como já ocorreu no processo cautelar.

Ovídio Baptista da Silva, em outra monografia mais recente "Antecipação da Tutela (Duas Perspectivas de Análise)" - AJURIS, vol. 70, julho de 1997, pág. 100, não tem ilusão quanto ao risco a que fica exposto o autor que obtém a medida antecipatória de vê-la revogada, liminarmente, até pelo relator de agravo de instrumento.

Não há nela, *nem poderia haver*, a segurança satisfativa perene e ideal. A possibilidade de *revogação expressa* está presente a todo o tempo na marcha processual, seja em 1º ou 2º grau de jurisdição, até mesmo de ofício, na precaução máxima adaptada a um sistema de pesos e contrapesos.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

É assim que se realiza, parafraseando-se *Pontes de Miranda*, a pretensão à segurança da pretensão (*Anspruchssicherung*), embora esteja o grande mestre direcionado para o processo cautelar.

Por seu lado, há também que se analisar a *revogação tácita*, de previsível e não rara incidência prática, sobre o que não vimos quase nada em doutrina. Verificar-se-á na sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito ou por perda de objeto, mas com tutela antecipatória já concedida e cumprida. Em tais hipóteses deverá haver a inevitável e automática reversão do quadro fático modificado pela tutela, com sua revogação expressa ou tácita.

Assim, o trânsito em julgado formal dessa sentença, inclusive havendo silêncio da mesma a respeito, importará na consequente expedição de mandado com retorno ao *statu quo ante*.

Se houver acordo, que as partes prevejam sua revogação ou manutenção total ou parcial.

8. **Onde se torna aplicável a tutela antecipada? -** Há pontos de convergência e de divergência, na doutrina, a respeito da tutela antecipada.

Como ponto de divergência podemos apontar o relativo à aplicação generalizada (ou não) dessa nova modalidade de tutela diferenciada, tal a elasticidade normativa de seu possível campo de aplicação.

Realmente, sua presença no art. 273 do CPC, deixou-a no campo das *Disposições Gerais* do Processo e do Procedimento, com a acentuação tônica genérica conferida pelo art. 270, a alcançar os processos de conhecimento, de execução, cautelar e os procedimentos especiais.

Contudo, seu lugar adequado e fértil se encontra no *processo de conhecimento*, a abranger os procedimentos ordinário, sumário e especiais de jurisdição contenciosa.

Nem por isso devemos afastá-la de todo da área do processo de execução, onde só paralelamente poderá se tornar cabível, quando oferecidos em apenso os *embargos do devedor*.

A execução está realizando a própria tutela jurisdicional. Por isso exclusivamente nessa via especial de conhecimento, no curso da execução, caberá a tutela antecipada.

Perante o processo cautelar existirá absoluta incompatibilidade, já que o processo cautelar só garante, assegura ou previne o risco do perecimento do direito conflitado.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Se a tutela antecipada traz, em sua essência, a *satisfatividade*, ainda que provisória do direito litigioso, malgrado não lhe confira a solução final e se submeta à revogação a qualquer tempo ou à reversão da sentença de mérito pela nova visão global do quadro fático e probatório, não se compadece com a natureza puramente acautelatória do processo cautelar.

Outrossim, sabemos inexistir atos jurisdicionais compulsórios nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, onde só ocorre a administração judicial de interesses privados, pelo que nela não há lugar para a tutela jurisdicional efetiva ou diferenciada.

Pelos mesmos motivos, reitere-se, *a tutela antecipada não pode existir dentro do processo de execução*.

Há também que se analisar, de caso a caso, sua incidência nos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa.

Neles temos, em certos modelos procedimentais típicos, a liminar embutida em sua marcha procedimental.

É o que acontece, por exemplo, no procedimento de nunciação de obra nova, na busca e apreensão do bem dado em alienação fiduciária em garantia, nas vendas a crédito com reserva de domínio, onde a liminar integra a marcha procedimental

Nessas hipóteses procedimentais não nos parece caber a tutela antecipada que possa afetar o campo da liminar, de outro modo haverá o descumprimento do devido processo legal.

Há, porém, hipóteses de procedimentos com rito especial, mas passíveis de presença da tutela antecipatória ou antecipada, tal como ocorre no procedimento especial de alimentos e na ação consignatória em pagamento, nesta última ao já haver a previsão legal do levantamento satisfativo completo e total ou parcial do depósito.

Nas ações possessórias contra possuidor de menos de ano e dia, não se torna necessária a tutela antecipada, já que em seu lugar, e até com caráter satisfativo transitório, há a reintegração ou manutenção de posse liminar.

Já para a posse de mais de ano e dia temos a possibilidade da presença dessa tutela, mas nunca concessível *inaudita altera parte* e preferencialmente seu descabimento, se qualquer mínima dúvida pairar sobre o direito possessório de autor ou réu, ou mesmo se for, a posse do réu, longínqua no tempo, se a discussão for meramente possessória, ou sobre o domínio ou

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

outro direito sobre a coisa, e, finalmente, se a discussão for da posse em função de domínio questionado, vale dizer, sem a evidência do art. 505 do Código Civil.

Nos mandados de segurança já encontramos o absurdo de se supor que, concedida a liminar, perde a impetração seu objeto pelo fato consumado. Tal liminar, porém, jamais deverá ser satisfativa absoluta e *muito menos irreversível*, o que o próprio art. 273 a abomina, mas tão somente satisfativa transitória ou acautelatória do presumido *direito liquido e certo* pois, no julgamento final do *writ*, poderá ficar evidenciada a inexistência desse direito e consequentemente, se impor decisão diametralmente oposta.

9. **Legitimidade para requerer a antecipação e sua concessão de ofício. Juízo competente** - Normalmente, só o autor está habilitado para requerer a tutela antecipada. Também o reconvinte está igualmente habilitado a requerê-la, assim também o autor da declaratória incidental e o réu nas causas de natureza dúplice.

Do mesmo modo, o assistente simples poderá requerê-la, desde que a tal não se oponha o assistido no pólo ativo, assim o assistente litisconsorcial, como o Ministério Público quando parte (art. 81 do CPC) ou fiscal da lei (art. 82 do CPC).

Outrossim, na esteira das lições de *Nelson Nery Junior* e *Rosa Maria Nery*, ob. cit., art. 273, nº 6, é vedado ao juiz conceder de ofício a tutela antecipada, tanto que impera em nosso direito processual, e nos mais adiantados, a regra *ne procedat judex ex officio*.

Acentue-se não excepcionarem, as providências complementares previstas nos parágrafos 4º e 5º do art. 461, a regra acima citada, já que coexistem como medidas necessárias à efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente.

Em consequência lógica, pelo forte relevo dessa tutela diferenciada, o requerimento para sua concessão ou mesmo revogação deve vir com a mais clara exposição fática e jurídica, sobressaindo-se a mais completa prova documental, a exigir do juiz, como já repetidamente alertamos, a maior atenção para, fundamentadamente, deferi-la, indeferi-la ou revogá-la.

Sob outro ângulo de visão das medidas de urgência adaptável à atualidade é a questão lembrada por *Lopes da Costa*, a respeito de seu requerimento perante o juiz do lugar em que deva ser executada, ainda que incompetente. Requerida perante este, não admitia *Lopes da Costa*, refutando lição de *Jorge*

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Americano e *Carvalho Santos*, o cabimento de sua concessão. E concluía que sem dúvida "é lamentável a imprevidência do legislador justamente em matéria de previdência" ("Medidas Preventivas", 1958, nº 29, págs. 33-4).

Cremos estar *Lopes da Costa* dentro da boa ortodoxia. Mas se lidamos com matéria de urgência, não incidiremos em erro se formos mais flexíveis e admitirmos a concessão da medida pelo juiz incompetente, com os notáveis escólios históricos fornecidos por *Pontes de Miranda*, *verbis*: "Se a medida preventiva, retardando-se, ou não sendo pedida e concedida imediatamente, onde se acha o objeto a que ela se refere, perderia toda pertinência, ou estaria quase completamente sacrificada, como se o devedor está a fugir com os bens, ou o pai, ou mãe, ou tutor ou curador, com o menor ou se a separação de corpos é urgente, o problema assaz se complica. *Silvestre Gomes de Morais* ("*Tractatus de Executionibus*", I, 92). Partia do principio: "*Quando est periculum in mora incompetentia non attenditur*, que ele extraia do direito português, citando as Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 54, § 2, as quais admitiam que o juiz incompetente conhecesse do pedido de medida preventiva: a) se havia perigo na mora; b) se o devedor estava a fugir; c) e no caso de flagrante delito. *Manuel Gonçalves da Silva* ("***Commentária***", I, 247) seguiu-lhe as pegadas, reduzindo todos os casos a um só (perigo na mora) e frisando que, fora daí, o conhecimento da coisa pertence ao juiz *coram quo lis pendet, vel pendere debet*. Tal a tradição de nosso direito; e a regra do art. 800 não a elimina, porque o Código, fora da incompetência *ratione materiae*, mantém a política da eficiência e conservação dos atos judiciais." (*Pontes de Miranda*, "Comentários ao Código de Processo Civil", 1976, Tomo XII, art. 800, pág.59).

O art. 800 c/c 807 do vigente CPC não o veda, havendo em *Theotônio Negrão* jurisprudência a respeito (nota nº 3 ao art. 800).

10. **A tutela específica liminar, satisfativa, revogável e transitória nas obrigações de fazer ou não fazer** - Malgrado o art. 461 do CPC tenha redação introduzida pela mesma Lei 8.952 de 13/12/94, seu *nomen juris* diverso e sua regulamentação fornecem a idéia errônea de ser em algo distinta, em sua essência básica, daquela do art. 273, quando a tutela antecipada é a mesma, o que só se explica por ter, a Lei 8.952, tomado de empréstimo o texto do art. 84 da Lei 8.078 de 11/9/90 (Código de Defesa do Consumidor), a sujeitar o intérprete a alguma perplexidade.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Assim, a tutela específica da obrigação de fazer e não fazer tem os mesmos lineamentos básicos da tutela antecipada, em seus efeitos satisfativos, revogáveis e transitórios, como prevista no art. 273, malgrado o modelo da obrigação sobre o qual incide seja diverso.

O novo regulamento do art. 461 merecia, a rigor, melhor adaptação, a si, dos arts. 287, 644 e 645 do CPC.

É bem verdade ter havido, nos arts. 632, 644 e 645, nova redação introduzida pela Lei 8.953 de 13/12/94, onde ficou previsto que o juiz da execução assinará prazo ao devedor, se outro não estiver determinado, ou fixará multa, se *omissa a sentença*, por dia de atraso e a data a partir da qual ela será devida (arts. 632 e 644 do CPC).

Esse acréscimo na execução só ocorrerá se, não requerida ou indeferida a tutela antecipada específica, a sentença exequenda tiver omitido a multa.

Na hipótese do art. 461 temos a previsão da tutela especifica para o cumprimento da obrigação de fazer, qual seja a tutela com caráter satisfativo para cumprimento, pelo devedor, da *obliqatio faciendi*. Será concedida liminarmente e assim, *inaudita altera parte*, ou mediante justificação prévia, citado o réu.

Consequentemente, se a *obligatio* for fungível, poderá ser prestada por terceiro e a multa, mesmo assim, será antes aplicada com prazo certo antecedente para o cumprimento da obrigação e o início de sua incidência processual-aflitiva, o que a sentença o ratificará na eficácia retrocessiva.

A execução coativa especifica *in natura* se cumprirá numa segunda etapa, mas desatendida a obrigação ainda assim, e se revelando a multa incoercível, tal deverá ser apreciado na sentença.

Se a obrigação for infungível e, em conseqüência, o fato só puder ser prestado pelo devedor, impõe-se também a prévia aplicação da multa como meio de coação.

Nesta hipótese, *nemo ad factum precise coqi potest* (ninguém pode ser coagido fisicamente a prestar o fato). Daí lembrar *Moacyr Amaral Santos* que, se ninguém pode ser coagido à prestação do fato, não segue que não possa ser compelido a prestá-lo.

Conduz-se a vontade do devedor, através coercitivos indiretos, a cumprir a obrigação.

Nas duas hipóteses, portanto, à multa se acrescerá, quando se impuserem os meios de sub-rogação, seu valor equivalente, resolvendo-se

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

em perdas e danos o descumprimento da obrigação pelo devedor, *quando o fato não puder ser prestado por terceiro*, passando a ser bem severo o castigo patrimonial a ser sofrido pelo devedor, já que à multa se acrescerá o montante das perdas e danos.

Logo, sintonizando-se os arts. 287, 461, 632, 644 e 645 do CPC, podemos admitir a tutela específica liminar com caráter satisfativo, revogável e temporário, devendo ser ratificada, alterada ou reformada pela sentença de mérito.

Sua ratificação fica implícita no silêncio da sentença de procedência, que nem por isso deve deixar de ser explícita a respeito devendo, o início do prazo da multa, vir computado a partir do momento em que foi descumprida a tutela especifica determinada.

Eis a vantagem coercitiva da tutela específica satisfativa perante a tutela cautelar, aquela comportando esse termo *a quo*, antecedente, do prazo da multa, ao contrário da última.

Não era o que acontecia perante o direito anterior.

Mas a sentença verificará que a multa diária não poderá ultrapassar o valor da obrigação principal (art. 920 do Código Civil), senão irá ao infinito, o que é de todo inadmissível, bastando para tal a constatação de, sem limite, ocorrer a insatisfação indefinida ao direito conflitado.

Por isso mesmo, a essa penalidade decorrente do meio de coação previsto na tutela específica liminar, que é a multa diária, análoga até certo ponto às *astreintes* francesas, quando então poderá se ter revelado incoercível, deverá a sentença acrescentar o meio de sub-rogação adequado ao cumprimento da obrigação de fazer infungível, que poderá se traduzir nas perdas e danos, conforme o autoriza o art. 461 § 2º do CPC.

Acentue-se, porém, ser impossível um acréscimo das perdas e danos na execução, se imprevista na coisa julgada exequenda já que a execução deve se circunscrever aos limites objetivos da *res judicata*.

Não custa ser lembrado o péssimo regramento da execução das obrigações de fazer e não fazer no Código de Processo Civil de 1939.

A despeito de ter havido melhor regulamentação no vigente CPC, ainda houve a supervalorização da pena pecuniária diária (art.287 c/c 644), sobretudo para a execução, o que dilata o cumprimento da *obligatio faciendi*.

Por isso chegou, o art. 287 do CPC, a ser interpretado restritivamente, como só se referindo às obrigações de fazer *infungiveis* (fato que não possa ser realizado por terceiro).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Contudo, com a vinda do art. 461 segundo a redação da Lei 8.952/94, o cumprimento de obrigação de fazer fungivel ou infungivel se submete a um mesmo regime, desde que a *tutela específica* antecipada, quando deferida, sempre se circunscreva à aplicação do meio de coação consistente na multa diária.

O meio de sub-rogação, consistente nas perdas e danos, só ocorrerá na sentença final, esta convertida em coisa julgada, para se proceder a sua execução, sem prejuízo da multa já vencida e cobrável.

Havendo, pois, a concessão da tutela especifica, com aplicação da multa diária e termo *a quo* preestabelecido para sua incidência, descumprida a obrigação e iniciado, antes da sentença, seu intercurso, já estará a multa vencida no todo ou em parte quando da sentença de procedência e de sua execução. Poderá o juiz da execução convertê-la para o meio de sub-rogação consistente nas perdas e danos desde logo, se previsto na sentença e requerido pela parte credora.

Se não tiver havido a tutela antecipada, o melhor seria desde logo se aplicar o meio de sub-rogação correspondente ao inadimplemento, qual seja o cumprimento da obrigação fungível por *terceiro*, este sendo interpretado extensivamente, a abranger o juiz através da sentença, o credor ou o próprio terceiro. Na hipótese em sentido estrito, temos o complicador do art. 634, consistente na expedição de edital de concorrência pública (parágrafos 1º a 5º).

Note-se ser, o objetivo primordial do credor, o cumprimento da obrigação de fazer *in natura* ou, tornando-se impossível, a aplicação célere e assim, eficaz do meio de sub-rogação.

11. **Institutos Afins** - Os institutos afins, na expressão de *Calamandrei*, são normalmente as liminares integrantes ou não da marcha dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, assim também as contracautelas (arts. 805, 925 e 940 do CPC).

As liminares integrantes dos ritos especiais, só por si, o especializam. Todas as liminares, pela tutela de urgência diferenciada a que conduzem, guardam alguma afinidade com o processo cautelar.

Se no início de 1995 tínhamos dúvidas sobre os efeitos benéficos da tutela antecipada, já que convulsionaria o quadro fático dos procedimentos do processo de conhecimento, como disséramos (nº 5 supra), hoje não mais sufragamos tal impressão.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Segundo a linha de raciocínio de *Calamandrei*, a atual tutela jurisdicional antecipada nada mais deve ser que outro instituto afim, tanto que nitidamente germinado no solo fértil das cautelares inominadas de cunho impropriamente satisfativo.

Outros institutos afins do processo cautelar, além das liminares dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa têm aparecido em certos ritos onde haja a antecipação da tutela, como se vê no procedimento monitório, onde a expedição do mandado de pagamento ou entrega da coisa cobrada é deferida de plano suspendendo-se sua eficácia se, no prazo de 15 dias, o réu oferecer embargos nos próprios autos, que independem de qualquer segurança do juízo. Se os embargos não forem opostos, di-lo o art. 1102-C do CPC, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial.

Se o réu cumprir o mandado, ficará isento da condenação em custas e honorários.

A concordância ou a omissão é que conduz ao julgamento antecipado.

Observe-se não haver, a rigor, a preconizada afinidade, sugerida em setores da doutrina, entre a tutela antecipada e o procedimento monitório, tal o leque de diferenciações características e procedimentais.

Outros exemplos similares mais próximos podem ser relacionados, como já vimos, na consignatória em pagamento, quando do levantamento, pelo credor, de parcelas por este incontestadas (nº 8 supra).

12. **Conclusão** - Em suma, a índole satisfativa das tutelas jurisdicionais diferenciadas (tutela antecipada *lato sensu* e tutela específica, também antecipada) das obrigações de fazer e não fazer, sedimentou indelevelmente o fim exclusivo do processo cautelar. Por não ser satisfativo, este normalmente não tem mérito, eis que sua essência se completa na preestabelecida destinação à segurança, prevenção, proteção ou cautela ao direito integrante do mérito do processo de conhecimento, corporificado na pretensão.

Numa única hipótese o processo cautelar se converte em satisfativo, por economia processual, quando nele o juiz acolhe a prescrição ou decadência do direito do requerente, em geral apreciável no processo de conhecimento (art. 810 do CPC).

Na realidade são, as tutelas diferenciadas, novas medidas de urgência detentoras simultaneamente de carga acautelatória e satisfativa, que nem por isso afetam a natureza intrínseca do processo cautelar. Pelo contrário, valorizam-na.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Logo, coexistem perfeitamente entre si o *processo cautelar*, com seu feixe intacto de medidas liminares nominadas e inominadas de urgência, *o processo de conhecimento*, agora dotado das mencionadas tutelas antecipadas, e o *processo de execução*.

Nada impede, pois, que haja a concessão de uma liminar acautelatória em processo cautelar antecedente ou incidental, assim também, em consequência do mesmo litígio, ser a seguir requerida e deferida a tutela antecipada no processo principal de conhecimento, revogando ou mesmo se acrescendo à liminar, tudo com independência e autonomia processuais e procedimentais.

Cada decisão terá sua extensão e sede próprias de proferimento e submissão, segundo o processo a que pertencer.

Não queremos dizer que a sentença do processo de conhecimento não possa abranger, em seus fundamentos e *decisum*, o processo cautelar, o que de muito vem na prática acontecendo.

Outrossim, como dissemos acima (nº 8, final), a Lei 9.494 de 10/9/97, que disciplina a aplicação da *tutela antecipada* contra a Fazenda Pública, tornou-a inaplicável aos casos de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens. Inclusive em tais casos terá efeito suspensivo o recurso voluntário ou *ex-officio* de sentenças de 1º grau.

Eis a sinalização *ex-vi legis*, contra a preconizada amplitude de sua aplicação.

A propósito, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, em que foram requerentes o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal e a Mesa da Câmara dos Deputados, em sessão plenária do dia 11 de fevereiro de 1998, o Eg. Supremo Tribunal Federal proferiu a seguinte decisão:

"O Tribunal, por votação majoritária, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, para suspender, com eficácia *ex nunc* e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10/9/97, sustando, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública, vencidos, em parte, o Ministro Néri da Silveira, que deferia

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

a medida cautelar em menor extensão, e, integralmente, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a indeferiam".

Em suma, sem outros critérios apriorísticos, o intuito desses novos institutos se realiza através da *efetividade* em seus variados matizes, ao objetivar a implantação de um moderno processo de resultados práticos, oportunos, eficazes e destinados, em forma e fundo, à melhor composição dos conflitos de interesses. ◆

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br