

CONSTITUIÇÃO



# JUSTIÇA & CIDADANIA

O que reformar no Judiciário?  
Substitutivo ao projeto da Lei Postal  
Tutela cautelar e Tutela antecipada:  
distinções fundamentais

A eficácia  
dos precatórios

*EDITORIAL: Dívida Pública: descrédito da Nação.*

# Tutela Cautelar e Tutela Antecipada:

## DISTINÇÕES FUNDAMENTAIS

Reis Friede

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, como unanimemente tem reconhecido a jurisprudência a respeito, 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 que naquela existe o adiantamento do próprio pedido da ação" (Ac. un. Da 5ª Câm. do TJRJ de 10.12.1996, no Ag. 4.266/96, rel. Des. Miguel Pachá; RDTJRJ 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 Câm. do TJSC de 17.09.1996, no Ag. 96.001.452-7, rel.

Des. Amaral e Silva; Adcoas, de 30.04.1997, n. 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 Câm. do 2º TACivSP de 10.04.1996, no Ag. 456.382-00/8, rel. Juiz Francisco Casconi; RT 729/246; Adcoas, de Agosto/96, n. 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, inc. III, do CPC, não admite a concessão de provimento cautelar em processo cognitivo." (Ac. un. Das 2ª Câm. do TJSC de 26.11.1996, no Ag. 96.008.465-7, rel. Des. Nélon Schaefer; Jurisp. Cat. 77/518).

"A tutela antecipada nada mais é do que um adiantamento da prestação jurisdicional, incidindo sobre o próprio direito reclamado, e não consiste em uma maneira de ampará-lo, como acontece com as cautelares. O art. 273 do CPC coloca como requisitos para a antecipação da tutela a existência de prova inequívoca da verossimilhança da alegação, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique caracterizada a resistência da parte adversa.

Já no procedimento cautelar não se antecipa a prestação jurisdicional buscada na lide principal, pois isso implicaria atribuir-lhe o caráter de execução provisória da sentença a ser prolatada no processo principal, o que não é possível. Diversamente do que ocorre com a tutela antecipada, instituída pelo art. 273 do CPC, para a admissibilidade da ação cautelar, além dos requisitos que devem ser observados em qualquer demanda, dentre eles os pressupostos processuais e condições da ação, devem estar presentes o *fumus boni iuris*, ou seja, a plausibilidade do direito invocado pela parte e o *periculum in mora* ou o fundado temor de dano a direito de uma das partes.

Assim, não se pode dizer que, com o advento do instituto da tutela antecipada,

o credor não possa vale-se das ações cautelares em entender por bem ajuizar para amparar o direito ameaçado, estando em pleno vigor o Livro III do Código de Processo Civil, que cuida do Processo Cautelar e das medidas cautelares." (Ac. un. da 1ª T. do TJMS de 10.10.95, na Ap. 45.065-3, rel. Des. Chaves Martins; Adcoas, de 20.06.1996, n. 8.150.292).

"A técnica engendrada pelo novo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para situação que descreve, precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir. Não se tratar de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que se assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor" (Cândido Rangel Dinamarco in *A Reforma do Código de Processo Civil*, Malheiros Editores, 1995, p.139)

Neste diapasão, estes aludidos estudiosos da disciplina processual têm apresentado diversos exemplos de aplicação do regramento insculpido no art. 273 do CPC (tutela antecipatória) em hipóteses de flagrante aplicação objetiva da tutela cautelar (arts. 796 e segs. do CPC), sob os mais variados argumentos, dentre os quais a sinérgica impossibilidade de se ter, no mundo jurídico-processual, as denominadas cautelares satisfativas, considerando, sobretudo, que o próprio objetivo do acautelamento inerente à tutela de segurança cautelar seria, em todos os casos, incompatível com a pretensão satisfatividade intrínseca, eventualmente desejada pelo requerente.

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 (fervorosos religiosos de uma crença que proíbe tal conduta) 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, 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 tutelar 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 adversa, todavia, cumpre assinalar, com necessária veemência, que a hipótese versada alude, de forma sinérgica, a um incontestável risco, objetivamente fundado, de dano processual (posto 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.

Desta feita, não obstante o resultado final da aplicação do provimento acautelatório excepcionalmente orientar-se no sentido da satisfatividade da medida cautelar (eventualmente deferida), não se pode deixar de considerar que a mesma não foi conjecturalmente forjada com esta específica motivação, o que, por si só, forçosamente, não ensejaria, in casu, a caracterização finalística proibitiva, que é exatamente o resultado satisfativo (intencional) do direito reclamado, sem a necessária contrapartida relativa à apreciação do merito cause.

(É conveniente lembrar que a tutela cautelar, não obstante não poder ser requerida e muito menos concedida com o propósito deliberado de satisfatividade do direito reclamado (considerando, sobretudo, não ser esta a sua finalidade processual), sempre pode (e deve) ser requerida pela parte interessada e concedida pelo Poder Judiciário com o intuito último de proteção acautelatória relativamente ao pronunciamento judicial de natureza meritória (ou executiva) que será prolatado a seu tempo, independentemente de quaisquer outras considerações, inclusive o eventual (e, nesse sentido, não projetado) resultado satisfativo que a mesma, como genuíno efeito colateral não conscientemente desejado, eventualmente, propiciar em situações práticas. Aliás, este é o entendimento mais técnico a respeito do tema e que, nesta linha de raciocínio, sintoniza perfeitamente com a indiscutível intenção do legislador constituinte de evitar, na moderna processualística, qualquer tipo de restrição ao amplo acesso à tutela cautelar (veja, a propósito, a nova relação conferida ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), que agora passou a expressamente incluir, em seu corpo redacional, o preceito cautelar),

como fator último de concreção à plena efetividade do pronunciamento judicial cognitivo (de índole meritória), permitindo, desta feita, a manutenção da necessária credibilidade do mérito jurisdicional de resolução dos conflitos de interesses, imposto pelo Estado Contemporâneo.)

*“As medidas inerentes à tutela antecipada, como já tivemos a oportunidade de consignar, têm nítido e deliberado caráter satisfativo, sendo impertinentes quanto à elas as restrições que se fazem à satisfatividade em matéria cautelar.”*

Por outro lado, insistir na tese de que mais adequada à hipótese vertente seria a aplicação do instituto processual da antecipação da tutela cognitiva, resultaria, com toda a certeza, na imposição deliberada (e não mais por vias transversas, como na hipótese cautelar do exaurimento pleno do merito cause liminarmente, desafiando, por via de consequência, o sagrado princípio constitucional do contraditório (que, por se tratar de tutela de conhecimento, possui sempre referibilidade ao direito material, sendo, portanto, insuperável (ou seja, implementado sempre a priori) e até mesmo o próprio impedimento legal expressamente previsto no art. 273, § 2º do CPC que inequivocadamente veda, em todos os casos, a concessão da antecipação de tutela quando houver perigo (e, com mais razão, quando não há perigo e sim certeza) de irreversibilidade do provimento antecipado.

Aliás, neste particular aspecto é fato incontestado que a jurisprudência mais abalizada sobre o tema é unânime em afirmar, para todos os fins, a invencível proibição legislativa no que alude à pretensa figura processual do provimento antecipatório irreversível, verbis:

“As medidas inerentes à tutela antecipada, como já tivemos a oportunidade de consignar, têm nítido e deliberado caráter satisfativo, sendo

impertinentes quanto à elas as restrições que se fazem à satisfatividade em matéria cautelar. Elas incidem sobre o próprio direito e não consistem em meios colaterais de ampará-los, como se dá com as cautelares.

Nem por isso o exercício dos direitos antes do seu seguro reconhecimento em sentença deve ser liberado a ponto de criar situações danosas ao adversário, cuja razão na causa ainda não ficou descartada (reversibilidade do provimento antecipado) (...).” (Cândido Rangel Dinamarco in A Reforma do CPC, 1ª ed., Malheiros, SP, 1995, ps. 176/177).

“Urge que a providência antecipada não produza resultados irreversíveis, isto é, resultados de tal ordem que tornem impossível a devolução da situação ao seu estado anterior. Assim dispõe o § 2º, que restringiu o âmbito da tutela antecipada, só a admitindo sem risco de irreversibilidade.” (Sérgio Bermudes in A Reforma do CPC, 1ª ed., Freitas Bastos, RJ, p. 36)

“A antecipação está autorizada havendo ‘fundado receio’ de que ocorrerá dano irreparável ou de difícil reparação e não será concedida se houver ‘perigo’ de irreversibilidade (...)” (J.J. Calmon de Passos in Inovações no CPC, 2ª ed., Forense, RJ, p. 33)

(Neste aspecto, merece ser registrado, todavia, que tanto a tutela cautelar como a tutela cognitiva antecipada, segundo os preceitos normativos aplicáveis às respectivas espécies, não podem suportar os riscos derivados da irreversibilidade de seus efeitos. Não obstante a matéria vertente oferecer algumas dúvidas e controvérsias, é certo, pelo menos, que a irreversibilidade do provimento jurisdicional de segurança cautelar – por possuir referibilidade nitidamente processual – é mais ampla (e, em certo aspecto, absoluta) do que a prevista para a antecipação de tutela, na medida em que esta alude ao próprio direito material controvertido, objetivando, em última análise, a satisfatividade (e não a simples cautelaridade) do próprio provimento com relativo exaurimento do mesmo. Ainda assim, resta dizer que a questão de irreversibilidade do provimento, particularmente em sede cautelar, se encontra, de

forma diversa do instituto antecipatório, adstrita condicionalmente ao efetivo cumprimento prioritário (e insuperável) dos próprios objetivos de acautelamento que, desta feita, não podem deixar finalmente de cumprir o seu desiderato fundamental (de preservação da inteireza do pronunciamento judicial do Estado-Juiz) em decorrência da eventual (e, portanto, não objetivada) satisfatividade da medida, com seu consequente caráter de irreversibilidade).

Também, restaria, de forma sinérgica, prejudicada e plena efetividade de tutela jurisdicional de modo geral, se admitíssemos, por exercício hipotético a tutela antecipatória nestes casos -, conquanto poderia ocorrer in casu que a ação de conhecimento, objetivando o suprimento da autorização patriarcal, já tivesse sido ajuizada, pelo órgão ministerial -, ensejando a urgência imediata de se prover a aludida autorização judicial liminarmente de ofício, o que esbarraria, na hipótese, com o insuperável obstáculo legal, expressa e inequivocadamente previsto no art. 273 caput do CPC, que impede, para todos os fins, a concessão da tutela antecipada, sem a devida provocação da parte autoral.

Mais uma vez, demonstra-se, por efeito, a inexorável adequação da tutela cautelar em seu escopo próprio de atuação, que é exatamente o de garantir a plena efetividade da prestação jurisdicional vindicada (ou, em outros termos, a sinérgica inteireza da sentença final), no exemplo versado, considerando, especialmente, que o regramento acautelatório, por aludir a um contraditório meramente formal (posto que não referido ao direito material posto em discussão), não se encontra adstrito ao chamado princípio da demanda (prevista no art. 2º do Cpc0 ou ao denominado princípio da iniciativa (cosignado, dentre outros, nos arts. 128, 293 (1ª parte) e 460 (1ª parte)), podendo, pois, ser concedida ex ofício pelo próprio julgador, no intuito preservativo de garantir a existência de matéria a ser decidida na sentença cognitiva de índole meritória.

(No presente caso trazido à colação, com exemplo, resta indubitável que a concessão liminar da tutela cautelar, a requerimento da parte interessada

ensejará a indiscutível satisfatividade da pretensão exordial. Todavia, resta esclarecer que, em nenhuma hipótese, a tutela acautelatória será tomada in casu com este propósito satisfativo (vedado em lei); o que ocorrerá, em essência, é um efeito de satisfatividade colateral (e, portanto, não intencional), derivado, por sua vez, do incontestado intuito de se prover uma tutela de segurança acautelatória, garantindo, em última análise, a inteireza do futuro pronunciamento judicial cognitivo, ainda que esta possa se encontrar relativamente esvaziado em termos práticos (porém, não

*“Só a existência de prova inequívoca, que convença verossimilhança das alegações do autor, é que autoriza o provimento antecipatório da tutela jurisdicional em processo de conhecimento”*

perder de vista o propósito específico da tutela antecipada que, não é, à toda evidência, o de preservar a efetividade da tutela jurisdicional (inerente ao escopo de atuação cautelar) e sim o de prover uma tutela provisória nas hipóteses em que, necessariamente -, existia, de plano, uma evidente razoabilidade das alegações autorais (requisito básico e insuperável do instituto antecipatório (art. 273, caput, do CPC)) e, eventualmente -, exista um perigo em relação à demora da prestação cognitiva final (requisito suplementar e alternativo (art. 273, I do CPC), posto que a tutela antecipada também pode ser concedida apenas no sentido material objetivo, em face da caracterização do abuso do direito de defesa). Por via de consequência, a tutela antecipatória possui nítida adequação, apenas e tão somente, quando o risco da demora da prestação jurisdicional plena, embora possa ser relevante, não se constitui no fator fundamental, como no caso em que um beneficiário antigo de plano de saúde privado (e com avançada idade) se vê compelido a pagar um a mensalidade, arbitrariamente aumentada, mas que, mesmo com algum sacrifício,

pode honrá-la durante o espaço temporal relativo ao curso natural da eventual ação de conhecimento ajuizada contra o réu (descaracterizando, nesse sentido, o risco cautelar).

“Só a existência de prova inequívoca, que convença verossimilhança das alegações do autor, é que autoriza o provimento antecipatório da tutela jurisdicional em processo de conhecimento (...)” (Ac. un. Da 6ª Câm. do TJRJ de 25.06.1996, no Ag. 596.085.753, rel. Des. Osvaldo Stefanello; RJTJRS 179/251).

“A antecipação de tutela pressupõe uma pretensão garantida por prova inequívoca, suficiente a demonstrar a verossimilhança da alegação, art. 273 – CPC (...)” (Ac. un. Da 3ª T. do TRF da 1ª R., de 17.12.1996, no Ag. 96.01.06769-8/DF, rel. Juiz Olindo Menezes; DJ de 07.03.1997; Adcoas, de 10.06.1997, n.8.154.270; JSTJ/TRFs 96/374).

“A prova inequívoca de que se trata o art. 273 do CPC deve ser aquela sobre a qual não recaia qualquer dúvida que se basta por si e não exige qualquer complementação. Se necessárias a produção de provas no curso do processo, não há como ser deferida a antecipação da tutela.” (Ac. da Seç. Esp. Do TRT da 2ª R. De 27.08.1996, no MS 342/96-P, el. Juiz José Roberto Vinha; Adcoas, de 10.12.1996, n.8.152.212).

Outra hipótese, de inúmeras com idêntica matiz fundada na verossimilhança da alegação autoral (que se constitui em substância, no pressuposto fundamental lógico do instituto), seria particularmente a de Universidades que, desejando abrir novos cursos fora de sua sede central (referente ao Município), mas dentro do espaço geográfico do Estado, se vêem impedidas, or decisão ilegal do MEC, que será, a seu tempo, corrigida por ordem do Judiciário, sem que este fator temporal, por seu turno, torne inócua a sentença final de caráter meritório.

*Reis Friede é Magistrado Federal, Mestre e Doutor em Direito Público, Professor Titular de Direito Processual Civil e Coordenador-Geral dos Programas de Pós-Graduação em Direito na UNESA/RJ.*