



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Diferenciação da Tutela Antecipada e Tutela Cautelar

Patricia de Souza Barbosa Rodrigues

Rio de Janeiro
2010

PATRICIA DE SOUZA BARBOSA RODRIGUES

Diferenciação de Tutela Antecipada e Tutela Cautelar

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Mônica Areal
Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

DIFERENCIAÇÃO ENTRE TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR

Patricia de Souza Barbosa Rodrigues

Graduada pela Faculdade de Direito Cândido Mendes. Advogada.

Resumo: É sabido que as tutelas antecipada e cautelar vêm sendo utilizadas com muita frequência e servindo de tema para inúmeras discussões com relação à aplicação correta de cada uma delas. Marcantes são as diferenças técnicas e teóricas entre tais medidas, porém, com as recentes alterações introduzidas pela Lei 10.444/02, que disciplinou o princípio da fungibilidade, tornou-se mais difícil visualizar critério que possibilite a precisa identificação da cautelaridade (tutela cautelar) e da satisfatividade (tutela antecipada).

Assim, de modo a evitar dúvidas quanto ao cabimento de uma ou outra, inclusive a possibilidade de sucumbência por equívoco na formulação do pedido, é imprescindível a compreensão das distinções e divergências acerca deste tema.

Palavras-chave: cautelaridade, satisfatividade

Sumário: Introdução; 1. Histórico da Antecipação de Tutela no Direito Brasileiro; 1.1. A Tutela Antecipada; 1.2. Pressupostos; 1.3. Requisitos inseridos nos parágrafos do art. 273 do CPC; 1.4. Antecipação de Tutela contra a Fazenda Pública; 2. Tutela cautelar; 3. Distinções entre a Tutela Antecipada e a Tutela Cautelar; 4. Fungibilidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Identificar o correto manejo das tutelas cautelar e antecipada nunca foi tarefa das mais fáceis para os operadores do direito. Com as alterações introduzidas pela Lei 10.444/02, aumentou-se ainda mais essa zona nebulosa existente entre os dois institutos, ao disciplinar o princípio da fungibilidade, acrescentando-se um novo parágrafo 7º ao artigo 273, do Código de Processo Civil.

Justamente em razão da dificuldade em distinguir, em circunstâncias concretas, as diversas espécies de tutela de urgência, a jurisprudência, com amparo no mencionado

parágrafo 7º do art. 273 do Código de Processo Civil em vigor, tem admitido a fungibilidade procedimental entre as medidas cautelares e satisfativas atípicas, estando presentes os requisitos essenciais, e levando-se em conta o preceito constitucional do acesso à ordem jurídica justa e a efetividade da jurisdição. Todavia, há quem recuse a fungibilidade quando haja erro grosseiro na apresentação do pedido, e quem não admita a apreciação de pedido de tutela satisfativa veiculado por meio do procedimento cautelar, já que o novo dispositivo contempla expressamente apenas a hipótese inversa.

De modo a evitar erros graves, e assim a possibilidade de sucumbência por equívoco na formulação do pedido, é imprescindível a compreensão das distinções e divergências acerca do tema. Sendo assim, alguns cuidados podem ser assumidos de modo que as medidas sejam aproveitadas, mesmo quando consideradas inadequadas, por força da admissão legal e jurisprudencial da fungibilidade.

Por força de expressa dicção legal, tem o julgador a oportunidade de antecipar a tutela almejada pela parte; contudo, impõe-se, desde logo, diante da força que a *mens legis* (Espírito da Lei) inspira, assentar fundamental diferença entre a antecipação de tutela e a cautela.

Dessa forma, o presente trabalho visa analisar a diferenciação entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, destacando-se a possibilidade de aplicação e seus efeitos.

1. HISTÓRICO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO DIREITO BRASILEIRO

Pode-se dizer que, desde há muito tempo, existe a previsão de medidas urgentes.

O direito romano já apresentava instrumentos que, de forma provisória, buscavam proteger o direito do requerente, como por exemplo, as *interdicta*, que constituíam ordens emanadas do pretor em cognição sumária, provisória, e que tinham caráter proibitório, exhibitório ou restitutivo. Outros instrumentos ainda surgiram no direito romano, apresentando

enorme similaridade com as tutelas de urgência atuais. Porém, somente nos tempos modernos a tutela de urgência tornou-se um dos elementos principais no cotidiano da atividade jurisdicional, dada a agilidade da vida moderna, em descompasso com a lentidão da prestação da tutela jurisdicional,

A tutela antecipada já existe no ordenamento processual brasileiro bem antes de sua introdução no art. 273 do CPC, o que se deu com a micro-reforma realizada em 1994, especificamente por meio da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994.

Já houve reconhecida a antecipação de tutela desde o CPC de 1939, com a possibilidade de decisões liminares nas ações possessórias, sendo tais medidas de urgência uma “execução para a garantia”, entregando ao requerente, enquanto pende o processo, o bem da vida que busca receber ao final, satisfazendo antecipadamente o direito perseguido.

Diversas outras situações de satisfação antecipada do direito do requerente foram reconhecidas pelo legislador antes e após o CPC de 1973, seja ao permitir a tutela liminar em sede de mandado de segurança, seja ao admitir a execução dos títulos executivos extrajudiciais ou mesmo a possibilidade de liminares em sede de ação civil pública. Outros exemplos que podem ser citados como situações particulares em que havia a antecipação de tutela, são as liminares em ação de busca e apreensão (Decreto-Lei nº 911/69), em ação de despejo etc.

Dessa forma, pode-se afirmar que o art.273 do CPC não criou efetivamente o instituto da tutela antecipada, mas apenas converteu em regra geral o que já estava prescrito para aquelas situações particulares.

1.1 A TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada é uma forma de tutela jurisdicional satisfativa, prestada com base em juízo de probabilidade, tratando-se de fenômeno próprio do processo de conhecimento.

A forma tradicional de prestação da tutela jurisdicional se dá por meio dos chamados procedimentos comuns, e no processo de conhecimento esses procedimentos são dois: ordinário e sumário. O procedimento ordinário, porém, é quase que onipresente em nosso sistema de direito positivo, uma vez que, nos termos do artigo 272, parágrafo único, do CPC, suas disposições são aplicáveis subsidiariamente a todos os demais procedimentos do processo de conhecimento. Ocorre que, esse procedimento é por natureza longo, visto que o juiz é chamado a proferir, nos processos que o seguem, julgamentos baseados em juízo de certeza.

Há, porém, muitas situações em que não se pode esperar o tempo necessário à formação do juízo de certeza, exigido para a prolação de sentença no processo cognitivo, havendo a necessidade, para se tutelar adequadamente o direito material, de se prestar uma tutela jurisdicional satisfativa mais rápida.

De acordo com MARINONI (2008), a tutela antecipatória é satisfativa do direito material, permitindo sua realização, e não a sua segurança, mediante cognição sumária ou verossimilhança. Na verdade, a tutela antecipatória tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença de que é lastreada em verossimilhança e, por isso, não fica acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material. A tutela antecipatória é a tutela final antecipada com base em cognição sumária.

Assim, se a tutela antecipada permite o gozo ou fruição de um direito, mesmo que em cognição sumária e provisória, fundada em juízo de aparência, ela é satisfativa da pretensão de direito material, em parte ou totalmente.

A tutela jurisdicional antecipada, consistente em permitir a produção dos efeitos da sentença de procedência do pedido do autor desde o início do processo (ou desde o momento em que o juiz se convenceu da probabilidade de existência do direito afirmado pelo demandante), exige alguns requisitos para a sua concessão. Não basta estar presente a probabilidade de existência do direito alegado, fazendo-se necessário que haja uma situação capaz de gerar fundado receio de dano grave, de difícil ou impossível reparação, ou que tenha ocorrido abuso de direito de defesa por parte do demandado (art. 273, I e II, CPC).

Trata-se, pois, de tutela jurisdicional diferenciada, que por isso mesmo deve ser considerada como excepcional. A tutela antecipada só poderá ser prestada nos casos em que se faça estritamente necessária, ou seja, nos casos em que esta for a única forma de prestação da tutela jurisdicional adequada à tutela do direito substancial.

1.2 PRESSUPOSTOS

Impõe o art. 273, caput do CPC, a observância dos pressupostos genéricos, para qualquer hipótese de antecipação de tutela.

Inicialmente, fala a lei em “prova inequívoca”, que convença o juiz da “verossimilhança da alegação”. Prova inequívoca não é aquela que conduza a uma verdade plena, absoluta, real, já que essas são atingidas tão-somente após uma cognição exauriente. Trata-se de prova robusta, consistente, que conduza o magistrado a um juízo de probabilidade, o que é perfeitamente viável no contexto da cognição sumária.

No entanto, a antecipação não deverá ser concedida à base de simples alegações ou suspeitas. Haverá de apoiar-se em prova preexistente, que, todavia, não precisa ser necessariamente documental. Terá que ser clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável.

É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo. No momento, pode haver prova suficiente para a acolhida antecipada da pretensão do autor. Depois, porém, da resposta e contraprova do réu o quadro de convencimento pode resultar alterado, e o juiz terá de julgar a lide contra o autor.

No que tange à verossimilhança da alegação, essa refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno do quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no que concerne ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.

Assim, como a certeza é obtida através de cognição exauriente, e a verossimilhança é alcançada na cognição rarefeita, ao unir estes dois conceitos radicalmente opostos, pretende a lei a afirmação de um conceito que se coloque em posição intermediária entre aqueles dois: a cognição sumária, a qual leva à formação de juízos de probabilidade.

Portanto, conclui-se que o primeiro requisito para a concessão da tutela antecipatória é a *probabilidade de existência do direito afirmado pelo demandante*.

Exige, também, o art. 273 do CPC, o pedido do interessado para a concessão da tutela antecipada. Veda-se, assim, a tutela antecipada *ex officio* (de ofício). Trata-se de regra coerente com o princípio da congruência adotado pelo nosso Código nos arts. 128 e 460.

No entanto, há casos em que o pedido de concessão da tutela antecipada se reputa como *implícito*, como, por exemplo, o pedido de fixação de alimentos provisórios em ação de alimentos (art. 4º da Lei Federal nº 5.478/1968).

Não parece ser possível a concessão *ex officio*, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em lei, não só em razão de uma interpretação sistemática da legislação processual, que se estrutura no princípio da congruência. A efetivação da tutela antecipada dá-se sob

responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela, que deverá arcar com os prejuízos causados ao adversário, se for reformada a decisão. É preciso que a parte requeira a concessão, exatamente porque, assim, conscientemente se coloca em uma situação em que assume o risco de ter de indenizar a outra parte, se restar vencida no processo.

As partes legitimadas a pleitear a antecipação de tutela jurisdicional deverão ser verificadas. O autor, obviamente, poderá fazê-lo. Isto decorre do fato de se permitir, com o art. 273, a antecipação de tutela pretendida no pedido inicial, e este, como parece óbvio, é o formado pelo demandante. Pode, ainda, pleitear a antecipação da tutela o assistente, simples ou qualificado, uma vez que este dispõe dos mesmos poderes da parte assistida (art. 52 do CPC). Não nos parece possível, de outro lado, que o Ministério Público, atuando como *custus legis*, possa postular a tutela antecipada, o que decorre de sua posição de sujeito imparcial do processo.

O réu não poderá pleitear a antecipação da tutela jurisdicional, salvo nos casos em que tenha ajuizado demanda ele próprio (como nos casos de reconvenção, ou de pedido contraposto formulado na contestação, o que é possível, por exemplo, no procedimento sumário), mas nesses casos, o réu se torna demandante, sendo tratado como se autor fora.

A lei permite que a antecipação da tutela jurisdicional seja total ou parcial, sendo assim, pode o juiz, ao início do processo, e com base em cognição sumária, conceder desde logo tudo aquilo que o autor pleiteou, ou apenas parte do que fora pedido. Basta pensar numa demanda em que se peça a condenação de réu ao pagamento de uma certa quantia em dinheiro. Presentes os requisitos da antecipação de tutela jurisdicional, poderá o juiz conceder, desde logo, tudo o que foi pedido, ou apenas parte daquele valor.

O aludido dispositivo do CPC (art. 273) condiciona o deferimento da tutela antecipada a dois outros requisitos, a serem observados de maneira alternativa, além dos pressupostos genéricos de natureza probatória acima mencionados. São eles: “o fundado receio de dano

irreparável ou de difícil reparação” (inc. I); ou “o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (inc.II).

Estes dois requisitos, como dito anteriormente, são alternativos, bastando a presença de um deles, ao lado da probabilidade de existência do direito, para que se torne possível a antecipação da tutela jurisdicional.

Já o fundado receio é o que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave.

Com efeito, os simples inconvenientes da demora processual, não podem, por si só, justificar a antecipação de tutela. É indispensável a ocorrência do risco de dano anormal, cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.

Dessa forma, além de ser provável a existência do direito afirmado pelo autor, existe o risco de que tal direito sofra um dano de difícil ou impossível reparação (art. 273, I, do CPC). Este requisito nada mais é do que o *periculum in mora* (perigo na demora), tradicionalmente considerado pela doutrina como pressuposto da concessão da tutela jurisdicional de urgência. Diante do risco do direito substancial sofrer dano de difícil, deverá o juiz conceder antecipação da tutela jurisdicional.

É de se notar que tal hipótese não se trata de tutela cautelar, não sendo possível a confusão entre as duas modalidades de tutela jurisdicional. Isto porque tanto a tutela cautelar como a tutela antecipada, prestada com base neste inciso I do art. 273, têm como fundamento de concessão o *periculum in mora*, o risco de dano. Ocorre que, na tutela cautelar, o que corre o risco de sofrer dano irreparável (ou de difícil reparação) é a efetividade do processo, do provimento jurisdicional. O direito substancial, nesta hipótese, não está em risco. Já na tutela antecipada o que corre risco de perecer é o próprio direito material.

O abuso do direito de defesa se dá quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor, totalmente infundada ou contra direito expresso ou, ainda, quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa. Esse abuso, tanto pode ocorrer na contestação, como em atos anteriores à propositura da ação, como notificação, interpelações, protestos ou troca de correspondência entre os litigantes.

Já na própria inicial pode o autor demonstrar o abuso que vem sendo praticado pelo réu, para pleitear a antecipação da tutela. Especialmente em torno de atos extraprocessuais é que se pode falar em caracterização do “manifesto propósito protelatório do réu”.

Assim, esta modalidade de tutela antecipatória, prestada com fulcro no inciso II do art. 273, do CPC, não tem relação com o estado de perigo do direito, razão pela qual se mostra inadequada a denominação “tutela de segurança”. Trata-se de hipótese em que, ao lado da probabilidade de existência do direito do autor, ocorre abuso do direito de defesa do demandado, o qual apresenta defesa manifestamente protelatória.

Nesse caso, pode-se dizer que há verdadeira *antecipação- sanção*, já que a tutela antecipada atua como sanção contra o abuso do direito de defesa. A rigor, não há sanção mais grave para quem pretende protelar, do que imprimir uma maior aceleração à entrega da prestação jurisdicional. Foi o que fez o legislador, criando-se, deste modo, uma técnica sancionadora, eficiente contra o abuso do direito de defesa.

Dessa maneira, se o réu apresenta a defesa com o único propósito de protelar a entrega da prestação jurisdicional, deve-se tutelar antecipadamente o direito substancial que, em razão da defesa abusiva, mais do que provável, já se revela evidente. Constitui exemplo uma “ação de despejo por denúncia vazia”, em que o réu contesta tão-somente para alegar a “injustiça” da denúncia imotivada da locação. A defesa, claramente, é despida de fundamento sério que permita sua apreciação. Trata-se de defesa protelatória, que permite a imediata prestação da tutela jurisdicional, através da antecipação dos efeitos da sentença de mérito.

Cabe ressaltar que, nesta última hipótese, só se pode admitir antecipação de tutela jurisdicional após o oferecimento da contestação do demandado, ao contrário da hipótese de tutela antecipada de segurança, em que se torna possível a concessão de medida *inaudita altera parte*, ou seja, antes da manifestação do réu no processo.

1.1. REQUISITOS INSERIDOS NOS PARÁGRAFOS DO ART.273 DO CPC

Determina o parágrafo 1º do art. 273 do CPC que, a decisão que antecipa a tutela jurisdicional seja fundamentada de modo claro e preciso. A necessidade de fundamentação, obviamente, se estende também às decisões que indeferem a antecipação, por força do princípio da motivação das decisões judiciais, previsto no art. 93, IX, da Constituição da República.

O parágrafo 2º cuida da irreversibilidade dos efeitos da tutela, norma segundo a qual não se pode antecipar a tutela jurisdicional quando esta puder produzir efeitos irreversíveis.

Em primeiro lugar, há que se afirmar que não trata a norma, apesar de sua expressão literal, de irreversibilidade de provimento jurisdicional que antecipa a tutela, mesmo porque tal provimento não se torna irreversível, já que pode ser modificado ou revogado a qualquer tempo (art. 273 § 4º). É da irreversibilidade dos efeitos da tutela jurisdicional antecipada que trata a lei, erigindo-a à condição de requisito de concessão da tutela jurisdicional.

Deseja a lei que o direito ao devido processo legal, com os seus consectários do contraditório e ampla defesa, seja preservado, mesmo diante da excepcional medida antecipatória.

A necessidade de valoração do princípio da efetividade da tutela jurisdicional não deve ser pretexto para a pura e simples anulação do princípio da segurança jurídica. Adianta-se a medida satisfativa, mas se preserva o direito do réu à reversão do provimento, caso a final seja ele, e não o autor, o vitorioso no julgamento definitivo da lide.

O *periculum in mora* (perigo na demora) deve ser evitado para o autor, mas não à custa de transportá-lo para o réu. Em outros termos, o autor tem o direito a obter afastamento do perigo que ameaça seu direito. Não tem, todavia, a faculdade de impor ao réu que suporte tal perigo. A antecipação de tutela, em suma, não se presta a deslocar ou transferir risco de uma parte para a outra.

Nos termos do parágrafo 3º do artigo 273, “a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 475-O, 461, §§ 4 e 5, e 461-A”. Significa isto, que a efetivação da decisão concessiva de tutela antecipada se fará, quando se tratar de obrigação pecuniária, na forma do art. 475-O, do CPC; tratando-se de tutela antecipada referente à obrigações de entregar coisa diversa de dinheiro, será aplicável o disposto no art. 461-A.

Essas regras, todavia, são aplicáveis apenas “no que couber”, o que significa dizer que as mesmas devem ser vistas como “parâmetros operacionais”, cabendo ao juiz, se verificar que alguma das regras aí referidas não é adequada à efetivação da tutela antecipada em determinado caso concreto, determinar que a atuação da medida se dê pelo meio que se revele mais eficiente, e que atenderá à exigência constitucional de tutela jurisdicional efetiva e adequada.

O parágrafo 4º do art. 273 trata da possibilidade de revogação ou modificação a qualquer tempo da tutela antecipada. De acordo com o disposto neste parágrafo, observamos que a lei processual impõe que a decisão que antecipa a tutela jurisdicional pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, desde que em decisão fundamentada.

Esta possibilidade de revogação ou modificação é consequência da natureza sumária da cognição exercida pelo juiz para o fim de conceder a antecipação da tutela jurisdicional, sendo possível toda vez que surgirem novas circunstâncias - de fato ou de direito - que sejam capazes de alterar a convicção do juiz.

Convém mencionar, todavia, que a revogação ou modificação da tutela antecipada exige requerimento da parte interessada, não podendo se dar de ofício.

Dispõe o parágrafo 5º do artigo em análise, que se concedida ou não a antecipação da tutela jurisdicional, deverá o processo seguir até o final julgamento. Trata-se de regra afinada com a ideia de que no processo de conhecimento a obtenção de certeza quanto à existência ou inexistência do direito do autor é um dos objetivos a serem alcançados, e tal só será possível com o exercício, pelo juiz, de cognição exauriente. Por esta razão, deverá o processo seguir até a prolação da sentença, a qual estará embasada em juízo de certeza, e permitirá o encerramento do processo com a integral satisfação da pretensão.

A possibilidade da concessão da tutela antecipada com relação a pedidos incontroversos encontra-se prevista no parágrafo 6º, introduzido no artigo 273, pela Lei 10.444/02. Tal dispositivo determina que “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”. Na realidade, essa norma significa que toda vez que uma parcela do objeto do processo tornar-se incontroversa, deverá o juiz, com relação a tal parcela, proferir imediata decisão, prosseguindo o feito apenas com relação ao que ainda é controvertido.

Convém mencionar que, se todo o objeto do processo se torna incontroverso, não é o caso de se pensar em tutela antecipada, mas em julgamento imediato de todo o mérito (arts. 329 e 330 do CPC). Basta pensar, por exemplo, no caso de reconhecimento da procedência do pedido, ou de confissão por uma das partes de todos os fatos narrados pela outra, não aduzindo o confitente qualquer outro fato em seu favor. Nessas hipóteses, deverá o juiz proferir a sentença, não sendo aplicável este § 6º, do art. 273.

Porém, existem casos em que o objeto do processo é composto (quando são formulados dois pedidos cumulados) ou decomponível (quando se formula um só pedido, o de condenação do demandado a entregar uma certa quantidade de coisas divisíveis, como no

caso de pedido de condenação pecuniária). Nessas hipóteses, pode acontecer de uma parcela do objeto do processo tornar-se incontroversa, como por exemplo, quando o réu reconhece a procedência de um dos pedidos cumulados, ou reconhece a parcial procedência do pedido (quando o autor quer ver o réu condenado a pagar cem e o demandado contesta dizendo dever apenas trinta).

Nesses casos, forma-se um juízo de certeza, baseado em cognição exauriente, quanto à parcela incontroversa do objeto do processo, o que deve levar o magistrado a proferir imediata decisão a respeito da mesma.

Pode-se observar que, o caso do §6º, do art. 273, a decisão antecipatória é interlocutória, sendo, pois, impugnável por agravo (na forma do art. 522 do CPC). Trata-se, porém, de decisão baseada em cognição exauriente, capaz de declarar a própria existência ou inexistência do direito material, razão pela qual será tal provimento, ao se tornar irrecorrível, capaz de alcançar a autoridade de coisa julgada material. Não se tratando de uma antecipação provisória, mas de uma antecipação definitiva da tutela, a tutela antecipada concedida com fulcro no dispositivo em questão, pode ter natureza meramente declaratória, constitutiva ou condenatória.

Por fim, cumpre analisar o parágrafo 7º, de forma breve, já que será objeto de análise específica em item próprio. O referido parágrafo, acrescentado também pela Lei nº 10.444/02, dispõe acerca da fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, e representa importante inovação, pois, não permite que o juiz indefira uma medida cautelar sob o fundamento de que ela deveria ter sido requerida em processo autônomo, bem como proíbe ao juiz o indeferimento de tutela sumária satisfativa, sob o fundamento de que esta não deve ser postulada em demanda autônoma, mas incidentalmente ao processo de conhecimento.

1.2. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Assim que editada a lei instituidora da antecipação genérica dos efeitos da tutela, intensa discussão doutrinária surgiu sobre a possibilidade de se anteciparem os efeitos da tutela de mérito contra a Fazenda Pública.

Atualmente, parece não haver mais discussão sobre a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela em face do Poder Público, haja vista a existência de uma lei que a disciplina (Lei Federal nº 9.494/1997).

Em princípio, como corolário do direito fundamental do acesso à justiça, a antecipação da tutela haveria de ser disciplinada pelas leis infraconstitucionais, e por isso, a Lei nº 9.494/1997 regulou a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, proibindo-a em certos casos. Se uma lei veio regulá-la é porque a antecipação é possível.

Aqueles que defendiam o não-cabimento arguíam que o reexame necessário configuraria um obstáculo à admissibilidade de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, pois, se a sentença final contra a Fazenda só pode produzir efeitos depois de confirmada pelo tribunal, uma decisão antecipatória, meramente interlocutória, jamais poderia produzir efeitos imediatamente. Alegavam, também, que o regime de pagamentos em dinheiro da Fazenda Pública, que se dá por meio dos precatórios (art.100, CPC), seria um óbice à antecipação dos efeitos da tutela, pois impediria a satisfação imediata das obrigações pecuniárias.

Tais argumentos, desfavoráveis a concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, segundo DIDIER JR. (2008), revelam-se descabidos. Entende o referido autor que, isto se deve, pois, a necessidade do precatório para o pagamento de quantia não pode servir como empecilho para a admissibilidade da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, sendo que, na pior das hipóteses, a decisão antecipatória já colocaria a parte vitoriosa na “fila de

espera” para a sua expedição, cujo procedimento findaria com o depósito judicial da quantia, que somente poderia ser levantada em caso de procedência definitiva da demanda.

Com efeito, o problema dos precatórios diz respeito, apenas, às demandas condenatórias a uma prestação de pagar quantia, espécie executiva em que a Fazenda goza de prerrogativas procedimentais. Quanto às demais prestações (fazer, não-fazer e entregar coisa) não há qualquer diferença no formalismo processual.

Não há apenas demandas condenatórias contra a Fazenda Pública, sendo plenamente admissíveis as meramente declaratórias e constitutivas, cujos efeitos podem ser perfeitamente antecipados.

Ademais, há dívidas pecuniárias do Poder Público, oriundas de decisão judicial, que não se submetem ao regime dos precatórios, como por exemplo, as dívidas de pequeno valor (art.100, §3º, CF/88); os créditos provenientes de sentença de mandado de segurança, relacionados a parcelas vencidas após o ajuizamento da ação (art.1º, §2º, Lei Federal nº 5.021/1966); dívidas contratuais ou já previstas no orçamento, como as dívidas salariais e outras.

Não se justifica o argumento da imposição do reexame obrigatório das decisões proferidas contra o Poder Público, haja vista que o duplo grau obrigatório só se refere às sentenças, sendo que a tutela antecipada é concedida por meio de decisão interlocutória. Além disso, já se demonstrou que a tutela antecipada não é novidade em nosso ordenamento, pois, havia previsão em alguns procedimentos especiais.

Dessa forma, é possível a concessão da tutela antecipada em face da Fazenda Pública.

2. TUTELA CAUTELAR

Como detentor da jurisdição, ao Estado, não basta apenas garantir a tutela jurídica, instituindo o processo e assegurando o socorro a ele por meio da ação.

Para que se atinja o objetivo maior do processo, que é a paz social, por intermédio da manutenção do império da lei, não se pode contentar com a simples outorga, à parte, do direito de ação. Urge assegurar-lhe, também e principalmente, o atingimento do fim precípua do processo, que é a solução justa da lide.

É importante lembrar que, se os órgãos jurisdicionais não contassem com um meio pronto e eficaz para assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não atingido o estado último da prestação jurisdicional, ela correria o risco de cair no vazio, ou de transformar-se em providência inócua. Daí a necessidade do processo cautelar.

O processo cautelar exerce função auxiliar e subsidiária, servindo à tutela do processo, onde será protegido o direito.

A atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e ao profícuo resultado das atividades de cognição e de execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição.

Dessa forma, não tendo a finalidade de solucionar o litígio e sendo seu objetivo tutelar o próprio processo, a função cautelar tem por escopo servir o interesse público na defesa do instrumento criado pelo Estado para compor lides, isto é, a defesa do processo.

Diante da presença de um processo cautelar como forma de exercício da jurisdição, existe, também, uma ação cautelar, no sentido processual da expressão, ou seja, no sentido de direito subjetivo à tutela jurisdicional; mas a tutela cautelar, diversamente da tutela de mérito, é, por sua própria natureza, provisória e subsidiária.

A ação cautelar corresponde ao direito da parte, de provocar o órgão judicial para que se realizem providências para conservar e assegurar a prova ou bens, ou para eliminar de outro modo a ameaça de perigo de prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer, a ação cautelar consiste no direito de assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil.

Pode-se dizer que, o processo cautelar possui como características a acessoriedade, a provisoriedade, a revogabilidade e a instrumentalidade.

A eficácia da medida preventiva obtida por meio da ação cautelar é essencialmente temporária e provisória, ou seja, dura apenas enquanto se aguarda a solução do processo de cognição ou de execução, que é o principal, o que soluciona realmente a lide; e destina-se forçosamente a ser substituída por outra medida que será determinada, em caráter definitivo, pelo processo principal.

É por isso mesmo que a admissibilidade do processo cautelar pressupõe sempre a do processo principal, cuja eficácia há de ser assegurada pelo primeiro.

Nesse sentido, dispõe, textualmente, o art. 796 do nosso Código de Processo Civil que, embora o procedimento cautelar possa ser instaurado antes ou no curso do processo principal, aquele é deste sempre dependente.

Pode-se dizer que toda medida cautelar é caracterizada pela provisoriedade, a fim de que a situação preservada ou constituída mediante o provimento cautelar não se revista de caráter definitivo. Essa provisoriedade significa que as medidas cautelares têm duração temporal limitada àquele período de tempo que deverá transcorrer entre a sua decretação e a superveniência do provimento principal ou definitivo. Por sua natureza, estão destinadas a ser absorvidas ou substituídas pela solução definitiva do mérito.

A sentença proferida em processo cautelar não faz coisa julgada material, que é a eficácia material que torna imutável e indiscutível a sentença de mérito não mais sujeita a

recurso (art. 467). Isto se deve, pois, à sumariedade da cognição exercida no processo cautelar.

É característica da medida cautelar, como provimento emergencial de segurança, a possibilidade de sua *substituição* (art. 805), *modificação* ou *revogação* a qualquer tempo (art. 807).

A mutabilidade e a revogabilidade da medida cautelar são inerentes à sua própria natureza e objetivos. Se desaparece a situação fática que levou o órgão jurisdicional a acautelar o interesse da parte, cessa a razão de ser da precaução.

O processo principal (execução ou cognição) e o processo cautelar existem para atuar sobre uma mesma lide, mas diferem quanto ao seu escopo, porque o processo acautelatório serve para garantir o bom resultado do processo definitivo, ao passo que este serve imediatamente à composição da lide.

Daí a mais importante característica do processo cautelar, sua instrumentalidade, que significa que a medida cautelar não tem um fim em si mesma, mas sim, em relação a uma providência definitiva que há de sobrevir e cujos efeitos antecipa, para que assim possa evitar-se o dano que derivaria da demora na prolação da futura sentença de mérito.

Atualmente, a doutrina majoritária, não mais reconhece à tutela cautelar o caráter de antecipação provisória da satisfação do direito material.

Pode-se afirmar que, enquanto o processo principal serve à tutela do direito, o processo cautelar serve à tutela do processo.

Não são medidas satisfativas, pois seu fim direto e imediato não é a satisfação do direito substancial da parte, mas apenas servir imediatamente ao processo principal, preservando situações e garantindo-lhe o resultado útil.

Cumprir analisar os requisitos para a concessão da tutela cautelar, quais sejam, o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo na demora).

Requisito de concessão da tutela jurisdicional cautelar tradicionalmente reconhecido por toda doutrina nacional e alienígena, é o designado pela expressão latina *fumus boni iuris*, que pode ser traduzida como “fumaça do bom direito”.

Conforme mencionado anteriormente, a tutela cautelar constitui modalidade de tutela de urgência destinada a assegurar a efetividade de um provimento jurisdicional, a ser produzido no processo principal. Faz-se necessária a existência da previsão da tutela cautelar em razão da demora na entrega da prestação jurisdicional, pleiteada no processo principal, que pode gerar o risco de que o futuro provimento seja incapaz de alcançar os resultados práticos que dele se esperam.

Desta maneira, a concessão da medida cautelar não pode estar condicionada à demonstração da existência do direito substancial afirmado pelo demandante, devendo o Estado-Juiz contentar-se com a demonstração da aparência de tal direito. Assim, o que se quer dizer é que a tutela jurisdicional cautelar deve ser prestada com base em cognição sumária, o que significa que a medida cautelar será deferida ou não conforme um juízo de probabilidade.

Pode-se observar então, que a tutela jurisdicional cautelar será prestada com base em cognição sumária, e não em cognição exauriente (como se dá, em regra, com a tutela jurisdicional de natureza cognitiva). Para que a tutela cautelar não se torne um instrumento absolutamente inútil, não há que se falar em exigência de certeza quanto à existência de direito substancial para sua prestação.

Convém mencionar que não é pacífica a doutrina quando se trata de definir o *fumus boni iuris*. Há quem afirme tratar-se ele da mera “aparência do bom direito”. Outros autores, por sua vez, definem o *fumus boni iuris* como a “plausibilidade do direito”. Parte da doutrina, ainda, refere-se a este requisito de concessão das medidas cautelares como a verossimilhança do direito afirmado pelo demandante. Todos estes conceitos, embora tenham sutis diferenças entre si, conduzem todos, a uma mesma ideia de que a cognição a ser realizada no processo

cautelar é sumária, não se exigindo a certeza quanto à existência do direito substancial. Assim, nos parece mais adequado definir o *fumus boni iuris* como a “probabilidade da existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar.

O *fumus boni iuris* não se apresenta apenas como requisito da tutela jurisdicional cautelar, sendo sua presença necessária para a concessão de qualquer modalidade de tutela jurisdicional sumária, como a já referida tutela antecipatória do art. 273, do CPC.

Porém, a probabilidade de existência do direito não é requisito suficiente para a concessão da tutela cautelar, sendo necessário, também, o *periculum in mora* (perigo na demora).

Esse requisito consiste na situação de perigo iminente que poderá provocar a inefetividade do processo principal. Esta iminência de dano irreparável (ou de difícil reparação) não é capaz de afetar o direito substancial, mas gera perigo, tão-somente, para a efetividade do processo. Há, porém, dois tipos de situação de perigo: a que gera risco de dano irreparável (ou de difícil reparação) para o direito substancial, e a que provoca risco de dano (também aqui irreparável ou de difícil reparação) para a efetividade do processo. No primeiro caso, adequada será a tutela antecipatória; no segundo, a tutela cautelar.

Cabe ressaltar, no entanto, que também não é pacífica a doutrina quanto à forma de definir o *periculum in mora*. Alguns processualistas, ao definir este requisito, limitam-se a afirmar que o mesmo deve ser entendido como “probabilidade de dano a uma das partes de futura ou atual ação principal, resultante da demora no ajuizamento ou no processamento e julgamento desta”, sem fazer distinção entre o perigo para a efetividade do processo e o perigo para o direito substancial.

No entanto, outros autores expressamente afirmam que, tanto nos casos em que haja perigo para o direito material, como naqueles em que há risco para a efetividade do processo, estará presente o requisito da tutela cautelar. Há autores, por fim, que no estudo do *periculum*

in mora, como requisito de concessão da tutela jurisdicional cautelar, ligam-no apenas ao direito substancial.

Assim sendo, havendo o fundado receio de que a efetividade do processo venha a sofrer um dano iminente, grave, de difícil ou impossível reparação, estará presente o *periculum in mora* autorizador da concessão da tutela cautelar.

Presentes, então, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, será concedida pelo Estado-Juiz a tutela jurisdicional cautelar.

3. DISTINÇÕES ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E A TUTELA CAUTELAR

As medidas cautelares e as antecipatórias são tecnicamente distintas, apesar de suas características comuns e da sua identidade quanto à função constitucional que exercem. Tendo por base o art. 273 do Código de Processo Civil, pode-se definir medida antecipatória como a medida pela qual o juiz antecipa, “total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”. Ao lograr-se identificar, no conjunto das medidas de tutela provisória, as que apresentam essas características, pode-se, ainda que por exclusão, distingui-las das demais, sujeitas ao regime do processo cautelar.

Tendo em vista a estruturação do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, ficou reservado Livro próprio para o “Processo Cautelar” e nele o legislador, além de disciplinar diversos procedimentos especiais, alguns, inclusive, sem natureza genuinamente cautelar, atribuiu ao juiz o que se convencionou denominar poder geral de cautela, ou seja, o poder de determinar as medidas provisórias que julgar adequadas quando houver fundado receio de que uma das partes, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (art. 798 do CPC). A interpretação desse instituto sempre foi controvertida na doutrina, especialmente no que respeita o alcance e conteúdo das tais medidas provisórias

adequadas. A polêmica girou em torno de se saber se essas medidas eram apenas consistentes de garantias do processo, restritamente consideradas, ou se, ao invés, poderiam comportar também providências que representassem a própria antecipação do direito material afirmado pelo interessado. Questionou-se, portanto, sobre a legitimidade ou não, no âmbito do processo cautelar, das chamadas *medidas cautelares satisfativas*.

Atualmente a doutrina se inclina no sentido de que o processo cautelar consiste em instrumento de proteção a outro processo. O que se quer dizer é que, com o processo cautelar, combate-se situações em que existe risco para a efetividade de um processo. E, quando o tempo de duração do processo gerar uma situação de perigo para o próprio direito material, não será adequada a utilização do processo cautelar, mas sim do instituto da tutela antecipatória. Assim, por exemplo, pode-se vislumbrar a hipótese em que alguém vá a juízo pedindo a condenação do demandado a pagar um tratamento médico de que o demandante necessita, sendo essencial que o tratamento se realize desde logo, à custa do demandado, sob pena de o demandante não sobreviver. Neste caso, como parece óbvio, o que sofre risco de dano se não for tutelado de imediato é o próprio direito substancial do demandante, razão pela qual terá o Estado de prestar a ele a tutela jurisdicional antecipatória. Situação diversa seria aquela em que o demandante já tivesse se submetido ao tratamento, e pretendesse ser ressarcido dos gastos que teve, verificando-se que o demandante, para se furtar ao pagamento, estivesse se desfazendo de todos os seus bens penhoráveis. Neste caso, seria a efetividade do futuro processo executivo que estaria sofrendo o risco, pois nenhuma utilidade se pode esperar de uma execução se o executado não dispõe de bens de valor suficiente para assegurar a realização do crédito do exequendo. Seria necessário, então, a realização de uma apreensão de bens do devedor, tantos quantos fossem necessários para assegurar que, na futura execução, seu patrimônio fosse ainda capaz de assegurar a realização do direito material do credor.

Na hipótese em que se pretende assegurar de forma mediata a tutela jurisdicional, evitando-se a consumação do dano que a efetividade do processo poderia sofrer, será cabível a tutela jurisdicional de índole cautelar.

Desta maneira, o processo cautelar é, pois, instrumento através do qual se presta uma modalidade de tutela jurisdicional consistente em assegurar a efetividade de um provimento a ser produzido em outro processo, dito principal. Ao contrário do que ocorre com os outros dois tipos de processo (cognitivo e executivo), o processo cautelar não satisfaz o direito substancial, mas apenas garante que o mesmo possa ser realizado em momento posterior, permitindo assim, uma forma de tutela jurisdicional mediata.

4. FUNGIBILIDADE

Diante da alteração, já mencionada anteriormente, introduzida pela Lei nº 10.444 de 2002, que disciplinou o princípio da fungibilidade ao acrescentar um novo parágrafo 7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil, identificar a correta aplicação das tutelas cautelar e antecipada tornou-se tarefa mais complexa.

O parágrafo 7º prevê 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 no processo ajuizado”.

Por constituírem modalidades de tutela jurisdicional de urgência distintas, não significa que não se possa ter um sistema unificado de prestação das mesmas, o que permite a simplificação do processo, evitando-se que por razões de técnica processual se deixe de prestar a tutela jurisdicional adequada.

No entanto, surgiram interpretações distintas acerca do novo parágrafo, no que tange à sua fungibilidade. Alguns doutrinadores entenderam que não seria correto falar, no caso, em fungibilidade de procedimentos, como está na justificativa do projeto. O procedimento

poderia ser até o mesmo, ou seja, a disciplina formal dos atos processuais a realizar, porém, não se trata de proceder de um modo, havendo o autor pedido que se procedesse por outro. Trata-se de autêntica fungibilidade de pedidos, no sentido de que, nominalmente postulada uma daquelas medidas, ao juiz é lícito conceder a tutela a outro título. Desta forma, entendem que não existe fungibilidade em uma só mão de direção.

De maneira oposta, afirmam outros que, a fungibilidade estabelecida no parágrafo 7º do art. 273, tem mão única, e, diz respeito tão-somente à medida cautelar, que pode ser deferida em caráter incidental. Sendo que não autoriza, todavia, o contrário, ou seja, que a medida antecipatória possa ser requerida, como a cautelar, por ação autônoma. Se assim fosse entendido, estar-se-ia atentando contra a lógica do sistema atual, um dos principais avanços trazidos pelo movimento reformador do sistema, que é a de concentrar em uma única relação processual, tanto quanto possível, toda a atividade jurisdicional.

Convém mencionar que, segundo CARREIRA ALVIM (2004), a introdução do parágrafo 7º do art.273 foi o ponto mais importante da última reforma, sendo legítima manifestação do que ele denomina fenômeno do sincretismo processual. Segundo o referido autor, o sincretismo processual traduz uma tendência do direito processual de combinar fórmulas e procedimentos, de modo a possibilitar a obtenção de mais de uma tutela jurisdicional (de forma simples e imediata), no bojo de um mesmo processo com o que, além de evitar a proliferação de processos, simplifica a prestação jurisdicional.

Assim, diante das várias opiniões doutrinárias, cabe também demonstrar essa questão em âmbito jurisprudencial. Essa inovação veio consagrada em acórdão unânime da 12ª Câmara do 1.º TACSP, proferido no julgamento do Agravo de Instrumento 806.046-6, relatado por José Roberto Bedaque, do qual se extrai que, tratando-se de tutela de urgência e provisória, faz-se possível a incidência da regra da fungibilidade, cabendo ao julgador adotar

a solução mais adequada à preservação da utilidade do resultado final, desde que atendidos os limites objetivos da demanda.

Portanto, pode-se observar que, estando presentes os requisitos essenciais, o juiz deverá aplicar o princípio da fungibilidade dos pedidos.

CONCLUSÃO

Tendo em vista esclarecer a correta aplicação da medida cautelar e da medida antecipatória, por meio de critérios que possibilitam a precisa identificação da cautelaridade e da satisfatividade, pode-se concluir que, tanto a medida cautelar propriamente dita (objeto de ação cautelar) como a medida antecipatória (objeto de liminar na própria ação principal) representam providências, de natureza emergencial, executiva, e sumária, adotadas em caráter provisório.

Todavia, o que as distingue, em substância, é que a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão, enquanto a tutela antecipatória realiza de imediato a pretensão.

Dessa maneira, pode-se dizer que, na tutela cautelar o que corre o risco de sofrer dano irreparável ou de difícil reparação é a efetividade do processo, do provimento jurisdicional. Porém, na tutela antecipada o que corre risco de perecer é o próprio direito material. A tutela cautelar é uma modalidade de tutela do processo, enquanto a tutela antecipada é destinada a proteger o direito substancial.

Cabe ressaltar, por fim, que esses dois institutos do nosso direito processual são fungíveis como determina o parágrafo 7º do art. 273 do Código de Processo Civil, o que significa dizer que, é defeso ao juiz indeferir uma medida cautelar sob o fundamento de que ela deveria ter sido requerida em processo autônomo e não incidentemente ao processo em que se busca a tutela satisfativa, bem como não permite ao juiz o indeferimento de tutela

sumária satisfativa sob o fundamento de que esta não deve ser postulada em demanda autônoma, mas incidentalmente ao processo de conhecimento.

Talvez esta regra seja o primeiro passo na formação de uma nova cultura jurídica, que dispense a formação de dois processos (cognitivo e cautelar) para que se obtenha um resultado que pode ser alcançado com um só processo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*, 2004.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v.1. 15.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2. 3.ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FRIEDE, Reis; KLIPPEL, Rodrigo; ALBANI, Thiago. *A tutela de urgência no Processo Civil Brasileiro*. Niterói: Impetus, 2009.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SILVA, Ovídio Baptista da Silva. *As ações cautelares e o novo processo civil*. 2.ed., n. 8, 1974.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 23.ed. São Paulo: LEUD, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. São Paulo: Saraiva, 2009.