

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL E PRÁTICA FORENSE**

**TUTELA ANTECIPATÓRIA:  
Tutela Antecipatória não é Tutela Cautelar**

**Maurício Fernando Dutra  
9212222-1**

**Florianópolis, 02 de junho de 1.997.**

---

**MAURÍCIO FERNANDO DUTRA**

**TUTELA ANTECIPATÓRIA:  
Tutela Antecipatória não é Tutela Cautelar**

**Monografia apresentada para obtenção do  
título de Bacharel no Curso de Direito,  
Centro de Ciências Jurídicas, Departamento  
de Direito Público Processual e Prática  
Forense, Universidade Federal de Santa  
Catarina.**

**Orientadora: Profa. Marilda Machado  
Linhares**

**Florianópolis**

---

*"A justiça atrasada não é justiça, senão  
injustiça qualificada e manifesta."*

**Rui Barbosa**

---

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	05
<b>1. Noções Gerais</b>	10
1.1 - Acesso à justiça	12
1.2 - A Admissão ao processo	12
1.3 - O modo de ser do processo	13
1.4 - A justiça das decisões	13
1.5 - A utilidade das decisões	14
1.6 - A duração do processo	
<b>2. Tutela Antecipatória</b>	18
2.1 - Noções preliminares	24
2.2 - Cabimento	28
2.3 - Considerações sobre a verossimilhança e a prova inequívoca	32
2.4 - Momento da antecipação	35
2.5 - Fundamentação	37
2.6 - Dos pressupostos de admissibilidade	41
2.7 - Da formalização	
<b>3. Tutela Antecipatória não é Tutela Cautelar</b>	43
3.1 - A questão da cognição	47
3.2 - A satisfatividade	49
3.3 - A referibilidade ao direito acautelado	50
3.4 - A provisoriedade	52
3.5 - A instrumentalidade	52
3.6 - Outras considerações sobre a tutela antecipatória e a tutela cautelar	
<b>CONCLUSÃO</b>	54
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	58

## INTRODUÇÃO

O Estado precisa de mecanismos capazes de efetivar a sua função de distribuir a justiça, de forma eficiente e que venham satisfazer as expectativas dos usuários desta função estatal. Expectativa esta, que envolve vários fatores não necessariamente econômicos, mas também sociais, psicológicos e políticos, que irão conduzir, com certeza, o bom andamento das estruturas sociais, pois estas nada mais são, do que o reflexo de um Estado e quanto mais estável o Estado como poder político, mais tranqüila será a sociedade em seu interior.

A tutela antecipatória introduzida em nosso diploma processual legal, recentemente, veio justamente ser mais um mecanismo na tentativa do Estado em propiciar aos litigantes uma forma de encontrar o seu direito satisfeito em menos tempo. Tempo este que pode se tornar inimigo feroz e covarde, na configuração do direito, o qual poder ser exercido pelo seu detentor, sem maiores constrangimentos, como normalmente ocorre.

O presente trabalho tem a finalidade de tentar esboçar um estudo sobre este instituto, analisar algumas de suas características, suas funções, seu emprego e por fim encontrar um limite que o separe de outro instituto de grande importância no direito, mais que não pode em hipótese nenhuma, ser confundido com a tutela antecipatória. Este outro instituto é a tutela cautelar.

Iniciamos o nosso estudo, partindo da problemática do acesso à justiça. O acesso à justiça não pode ser encarado apenas, como sendo a simples admissão ao processo ou a possibilidade de ingresso de alguém em juízo. O sentido é bem mais amplo. O acesso à justiça tem de ser entendido como um conjunto de elementos que irão possibilitar a um maior número de pessoas, o direito de se socorrer no Poder Judiciário, quando verificar que o seu direito esta sendo ameaçado ou lesado por qualquer fator marginal ao normal andamento do processo.

Esta possibilidade de acesso à justiça deve ser direcionada pelas normas legais, tanto no âmbito constitucional, quanto no âmbito das normas infra-constitucionais, e através de princípios elencados nestas duas esferas legais. Princípios estes que se sobrepõem ao poder das normas, sejam elas constitucionais, sejam elas especiais. Estes princípios são sagrados e não podem ser maculados com qualquer desculpa de legitimidade de uma norma posta, pois estes são maiores que qualquer intenção do legislador e devem, portanto, ser respeitados em todo o seu alcance sem limitações oportunistas.

Posteriormente, passamos a analisar os elementos que podem interferir na possibilidade de utilização da justiça, quais sejam, as decisões justas, a utilidade das decisões, a duração do processo, etc, destacando dentre eles a questão da duração do processo. Estes elementos em seu interior podem trazer vícios que prejudiquem qualquer normalidade em se dizer o direito, em se distribuir a justiça. Podem atrasar qualquer intenção em melhorar o sistema que se nos apresenta.

É unanime entre os nossos doutrinadores, que a questão do tempo de duração do processo, tem de ser muito bem estudada para que no possibilite a obtenção de um denominador comum para se encontrar uma solução eficiente para tal problemática.

Em um outro capítulo do trabalho, analisamos o instituto da tutela antecipatória. A inovação do art. 273, do C.P.C., incrementou em nosso direito processual, a possibilidade de, se o juiz verificar alguns pressupostos, poderá a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente, os efeitos da pretensão. Claro, que este deferimento fica condicionado ao preenchimento de alguns requisitos, tais como: prova inequívoca, verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou caracterização de abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

O trabalho passa então, a analisar as características fundamentais da tutela antecipatória. Em quais procedimentos pode ser concedida a tutela antecipatória. Somente no de conhecimento, ou nos demais procedimentos? O que se deve entender por prova inequívoca e verossimilhança da alegação? Obviamente não pode ser qualquer prova que irá convencer o juiz das alegações serem verdadeiras ou falsas. A questão da cognição judicial é talvez a mais importante no momento da avaliação do pedido do autor pela tutela antecipatória.

Por último, analisa-se na presente monografia, a diferença entre a tutela antecipatória e a tutela cautelar.

A confusão provocada por alguns, traz transtornos ao andamento do processo, mas as diferenças às vezes são até óbvias demais. Uma das diferenças pode ser encontrada quando analisamos as funções de cada uma. Para que foi instituída a tutela antecipatória e para que foi instituída a tutela cautelar? Em que momento pode ser solicitada uma e em que momento pode ser solicitada a outra?

Outra questão importante a ser estudada e diferenciada entre elas é a que questiona se a possibilidade de satisfazer o direito é inerente a ambas as tutelas ou apenas uma delas tem caráter satisfativo?

Estas são algumas questões que a presente monografia tenta responder em seu teor. Questões muito importantes e que pedem uma reflexão acentuada, para obtermos uma avaliação segura do que seja um instituto e do que seja o outro, não permitindo que se faça confusão entre ambos. Devemos tentar entender ambos e utilizá-los da melhor maneira possível e torcer para que os magistrados não se utilizem de subterfúgios para denegar o pedido.

## 1. NOÇÕES GERAIS

### 1.1. Acesso à Justiça

Nos casos de controle jurisdicional indispensável<sup>1</sup>, ou quando uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem poderia tê-lo feito, a procura pela solução do conflito através do processo por uma das partes, clama por *justiça* a ambos os participantes do conflito e do processo. Diante desta afirmativa, é que os teóricos concluem que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o *acesso à justiça*, o qual se resolve, na expressão “*acesso a ordem jurídica justa*”.<sup>2</sup>

Não se pode entender o termo acesso à justiça como sendo simplesmente a mera admissão ao processo ou a possibilidade de ingresso em

---

<sup>1</sup> Controle jurisdicional indispensável está aqui posto, na intenção de se referir ao objetivo do Estado de resolver os conflitos de interesses provenientes da sociedade, para que diante de sua intervenção possa manter a situação estável e pacífica dentro desta sociedade.

<sup>2</sup> Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco. Teoria Geral do Processo. pag. 33.

juízo. O acesso à justiça tem que ter um significado mais amplo, tem que haver possibilidades para que um número maior de interessados consigam atingir o seu objetivo de procurar no processo a satisfação de seus interesses, evitando-se dentro desta perspectiva qualquer restrição que possa obstar esta busca pela justiça.

E é através da ordem jurídico-positiva, Constituição e leis ordinárias, que está sendo traçado o caminho para que as partes interessadas possam encontrar a justiça. Isto posto, retira-se a idéia de que o acesso a justiça é assegurado por princípios e garantias, tanto pela ordem constitucional, quanto pela ordem legal e conseqüentemente se possibilita o acesso de um número maior de pessoas à justiça, garantem-se a elas o *devido processo legal*, permitindo assim que possam participar intensamente da formação do convencimento do magistrado que irá promover o julgamento da causa e podendo exigir dele uma efetividade de uma participação em diálogo.

Assim é que temos como Princípios Gerais do Processo, o princípio da imparcialidade do juiz, o princípio da igualdade, princípios do contraditório e da ampla defesa, princípio da ação, princípios da disponibilidade e da indisponibilidade, entre outros.

Na obra, Teoria Geral do Processo, dos autores, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, é colocado que para a efetividade do processo, é necessário tomar consciência dos escopos motivadores do processo e garantir a eliminação dos obstáculos que possam

dificultar e ameaçar a boa qualidade do seu objetivo final. Estes obstáculos serão tratados logo a seguir.

### **1.2. A Admissão ao processo**

Aqui o que interessa para tornar efetivo e capaz o acesso à justiça, é a questão econômica. É sabido que uma pessoa que apresente dificuldades econômicas, não pode arcar com as custas processuais e para isso é necessário assegurar a possibilidade desta acessar a justiça através de mecanismos capacitados para tal. A oferta constitucional de *assistência jurídica integral e gratuita* (art. 5º, inc. LXXIV) é um meio constitucional que procura satisfazer a necessidade de quem tem interesse de ver sua situação analisada pelo judiciário e por este solucionado da mesma maneira que seria, se se tratasse de uma pessoa mais fortalecida economicamente falando. Salienta-se também que, não se pode apenas levar para o campo da estrutura econômica mais também para o campo da situação jurídica. Não se pode permitir que apenas o conflito individual possa ser beneficiado. O sistema jurídico legal não pode ver o conflito de interesses como sendo um conflito de “x” contra “y”.

### **1.3. O modo de ser do processo**

O desenvolvimento do processo deve ser feito de forma a obedecer a ordem legal de seus atos. Que as partes tenham oportunidade de participar em diálogo com o juiz e que este seja sempre participativo na busca de elementos para sua instrução e para encontrar a solução do conflito levado a sua

apreciação. A obediência aos ordenamentos procedimentais do processo irão determinar o bom ou mal andamento do processo, e desta forma teremos a configuração da efetividade do processo.

#### **1.4. A justiça das decisões**

O juiz deve pautar suas decisões na justiça. Os atos por ele praticados não devem e nem podem ser autoritários. Deve encontrar na legislação que lhe é oferecida, a melhor maneira de atender aos interesses das partes envolvidas no conflito, já que o objetivo do processo não é mais do que resolver a situação que se lhe apresenta naquele momento.

O juiz tem a função de julgar sem cometer qualquer injustiça e não pensar que sua posição é a de superioridade em relação às partes. Sua função é tão somente aplicar a distribuição da justiça de forma harmônica, e não a imposição de sua decisão, como se essa fosse revestida da verdade, sem poder haver retoques nela.

#### **1.5. A utilidade das decisões**

Quando alguém procura a justiça para resolver qualquer questão que esteja envolvido e coloca esta questão nas mãos de uma magistrado para a sua resolução, esta confiando neste, ao menos para ver sua situação apreciada pelo Estado. Não poderia ser outra a razão se não esta, que faz com que o

processo deva ser efetivo. Todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter.<sup>3</sup>

Uma dessas maneiras de se chegar a utilidade das decisões seriam as medidas cautelares e mais recentemente introduzida em nosso cenário processual legal, a tutela antecipatória. O uso adequado dessas medidas fará com que o processo possa chegar ao julgamento final com toda a sua efetividade, sem se tornar fracassado e frustrante.

### **1.6. A duração do processo**

Não há um problema em nosso sistema jurídico atual mais importante e que leve tanta consideração por parte, não só dos teóricos especialistas da matéria, como também dos usuários da justiça e dos operadores do direito, como é o tempo de duração do processo. A lentidão do processo deve receber atenção especial de todos os setores ligados ao estudo e a aplicação das normas legais existentes para que se encontre soluções para tentar resolver este problema.<sup>4</sup>

O que pode estar acontecendo é a falta de vontade política para a resolução deste problema. A continuidade desta problemática pode ser vista como uma forma de intimidar a procura por quem precise da justiça. Porém,

---

<sup>3</sup> Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco. Obra citada. Pag. 35.

<sup>4</sup> Assim diz Luiz Guilherme Marinoni em Novas linhas do Processo Civil: "É óbvio que a morosidade processual estrangula os direitos fundamentais do cidadão. E o pior é que, algumas vezes, a morosidade da justiça é opção dos próprios detentores do poder."

deve se afastar por completo a idéia de que o magistrado é o culpado pela demora processual.

O que deve ser entendido é que a demora<sup>5</sup> na resolução dos problemas na esfera processual está muito ligada a estrutura do Poder Judiciário e ao sistema de tutela dos direitos. O funcionamento adequado do Poder Judiciário depende de uma série de fatores.

Devemos entender que a morosidade processual não é provocada apenas pelos atos dos magistrados ou pela estrutura arcaica que se apresenta hoje no Poder Judiciário. As partes envolvidas no conflito também possuem sua parcela de culpa. E esta parcela de culpa é decorrente das armas que o próprio processo oferece. O réu ou o autor tem a sua disposição elementos que o permitem arrastar<sup>6</sup> o processo por anos se for necessário, e aí entra a figura dos advogados. Alguns advogados oferecem aos seus clientes, seja por interesse, seja por imprudência, meios de prejudicar quem efetivamente possui o direito.

Uma conseqüência inevitável que acontece em decorrência deste problema da morosidade, é a descrença que passa a ser incrustada na mente da

---

<sup>5</sup> “O processo de conhecimento, por sua vez, foi ideado para atuar como instrumento de solução das lides, como veículo para que o Estado realize a prestação jurisdicional que lhe compete. Esse procedimento, contudo, ao exaltar (ainda que de maneira necessária) determinados princípios, como o da *ampla defesa*, do qual deriva o contraditório, e o da *cognição exaustiva*, que produz a instrução dialética, acabou por fazer com que os conflitos de interesses fossem solvidos com demora superior à que seria suportável pelas partes. Essa lenteza do procedimento e essa tardança na solução das lides produziram, basicamente, duas reações ou dois fenômenos visíveis: a) justificadas críticas doutrinárias; e b) desvio da finalidade do processo cautelar. Manoel Antônio Teixeira Filho. “As Alterações no CPC e suas Repercussões no Processo do Trabalho. Pag. 51.

<sup>6</sup> As partes envolvidas no conflito de interesses que motiva a lide, podem se utilizar de vários atos processuais que permitem o alargamento do tempo do processo. Assim, uma solicitação de perícia, uma diligência, etc, formas de se prolongar o processo. O legislador deve estar atento para estes problemas.

população, dos usuários da justiça. Estes não mais confiam no Poder Judiciário, pois acreditam que o mesmo não poderá satisfazer seus interesses de forma rápida e segura, no tempo em que se espera. Isto é muito grave, a confiabilidade da justiça esta sendo destruída. O judiciário não tem mais condições de solucionar os problemas que se lhe oferecem.

Para resolver este problema, começam a surgir novas armas para impedir a ação do tempo sobre a efetividade do processo. Efetividade esta que deve ser protegida sobre tudo e com todo esforço que nós, operadores do direito, podemos dispende.

Como diz Luiz Guilherme Marinoni, *in Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*, “É chegado o momento do “tempo do processo” tomar o seu efetivo lugar dentro da ciência processual, pois este não pode deixar de influir sobre a elaboração dogmática preocupada com a construção do processo justo ou com aquele destinado a realizar concretamente os valores e os princípios contidos na Constituição da República.”<sup>7</sup>

Este mesmo autor é categórico em afirmar que toda esta lentidão processual só beneficia um, o réu. Não é concebível que a demora de um processo possa permitir tal injustiça. É até incoerência se afirmar que o processo possa atingir a injustiça quando o que ele procura é a justiça e sua aplicação efetiva.

---

<sup>7</sup> Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. Editora Revista dos Tribunais. Pag. 18.

Nesta perspectiva é que o processo deve se adequar a estas dificuldades e permitir não o direito de defesa, mas de racionalizar a distribuição do tempo e evitar que o réu se utilize de meios para abusar do direito de defesa. E é em função desta demora e da utilização abusiva por parte do réu do direito de defesa, que o legislador introduziu recentemente entre nós a possibilidade da concessão da tutela antecipatória.

## 2. TUTELA ANTECIPATÓRIA

### 2.1. Noções Preliminares

Houve um tempo, em que as situações envolvendo conflitos de interesses eram resolvidas pelos próprios litigantes ou pelo grupo social a que pertenciam, sem alguma interferência estatal, seja porque não existia o Estado como poder político, seja porque, apesar de existente, era incipiente e incapaz de impor a sua decisão aos contendores.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> “Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de *vingança privada* e, quando o Estado chamou a si o *jus punitionis*, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas. A esse regime chama-se *autotutela* (ou autodefesa e hoje, encarando-a do ponto-de-vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido.” Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco. Obra citada. Pag. 21.

Posteriormente, com o surgimento do Estado<sup>9</sup>, este assumiu o monopólio da jurisdição, resolvendo estes conflitos através da figura do processo, deixando que as partes pudessem também resolver os seus problemas interpessoais através da arbitragem.

Com o crescimento da sociedade, foi crescendo também o Estado, e a solução dos conflitos começou a se tornar morosa, dificultada pela procura demasiada ao poder jurisdicional do Estado para a resolução dos mesmos. Desta maneira, iniciou a crescer a preocupação pela presteza da tutela que o processo possa oferecer a quem tem razão. “ *Os interdita do direito romano clássico medidas provisórias cuja concessão se apoiava no mero pressuposto de serem verdadeiras as alegações de quem as pedia, já eram meios de oferecer proteção ao provável titular de um direito lesado, em breve tempo e sem as complicações de um procedimento regular.*”<sup>10</sup>

Devido a está questão temporal, que causa angústia aos litigantes que se dirigem ao Judiciário para a resolução de seus problemas, todo o sistema jurisdicional é questionado constantemente, sofrendo críticas e passando por crises em toda a sua estrutura. Por isso, dar celeridade e garantir mais rapidamente o resultado que satisfaça o senso de justiça, a obsessão por uma

---

<sup>9</sup> “O Estado é a obra da inteligência e da vontade dos membros do grupo social, ou dos que nele exercem o governo e influência. Na história de todas as sociedades chegou um momento em que os homens sentiram o desejo, vago e indeterminado, de um bem que ultrapassa o seu bem particular e imediato e que ao mesmo tempo fosse capaz de garanti-lo e promovê-lo. Esse bem é o bem comum ou bem público, e consiste num regime de ordem, de coordenação de esforços e intercooperação organizada. Por isso o homem se deu conta de que o meio de realizar tal regime era a reunião de todos em um grupo específico, tendo por finalidade o bem público.” Darcy Azambuja. Teoria Geral do Estado. Editora Globo. Pag. 03.

<sup>10</sup> Cândido Rangel Dinamarco. A Reforma do Código de Processo Civil, nº 103, pag. 140.

tutela jurisdicional rápida e eficaz, é objetivo crucial para um bom andamento do processo.

Esta preocupação, faz com que o Código de Processo Civil sofresse alterações da maior importância, que , *“bem compreendidas e aplicadas, visão atender plenamente aos reclamos dos jurisdicionados, mantendo-nos na vanguarda das modernas legislações processuais.”*<sup>11</sup>

Um das estas alterações é a que foi incorporada ao artigo 273, do CPC, o qual passar a ter a seguinte redação:

*“Art.273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação, e :*

*I- haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou  
II- fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.*

*§1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento .*

*§2º Não se concederá antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.*

*§3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos II e III do art. 588.*

---

<sup>11</sup> J. E. Carreira Alvim. Ação Monitoria e Temas Polêmicos da Reforma Processual. N° 02, pag. 149.

*§4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.*

*§5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o feito até final julgamento.”*

Portanto, hoje, com esta nova redação, é possível ao autor obter, ainda que de forma provisória, a antecipação da tutela jurisdicional de mérito, como meio utilizado para a necessidade de promover a imediata defesa do seu direito material, sem que, para isso, precise fazer uso inadequado do processo cautelar.

Uso inadequado do processo cautelar levantada por diversos autores, dentre eles, destacamos o autor de um artigo da revista do direito trabalhista, nº 1, de janeiro de 1.996, o qual diz que *“A incansável busca de uma efetiva e rápida prestação jurisdicional levou à utilização deturpada do instituto das medidas cautelares. Transformaram as medidas acautelatórias, inclusive com a convivência do próprio Poder Judiciário, em remédio contra a ineficiência do procedimento comum; utilizando-as, assim, de maneira indiscriminada, como forma até mesmo de superação dos demais procedimentos imbutidos no Código de Processo Civil”*.<sup>12</sup>

Conseqüentemente, as medidas cautelares foram tomando a forma de um instituto que poderia satisfazer o direito pretendido, e a propositura de

---

<sup>12</sup> Alice Monteiro de Barros. A Tutela Antecipada no Processo do Trabalho. Revista de Direito Trabalhista, nº 05, pag. 24 a 27.

uma ação principal foi se tornando apenas e tão somente, o preenchimento de um ato exigido por lei.

Esta busca de superação do fator preponderante para toda mazela que envolve o processo - o tempo, fez com que se introduzisse em nosso diploma processual, o instituto da tutela antecipatória ou da antecipação da tutela.

Nossos maiores expoentes na teoria nacional, são unânimes em dizer que tal alteração constitui a principal inovação das reformas. Vejamos: *“o Código de Processo Civil sofreu alterações da maior importância, que, bem compreendidas e aplicadas, visam atender plenamente aos reclamos dos jurisdicionados, mantendo-nos na vanguarda das modernas legislações processuais”* ( J.E. Carreira Alvim, *in Código de Processo Civil Reformado.*) *“O novo art. 273 do código de Processo Civil, ao instituir de modo explícito e generalizado a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, veio com o objetivo de ser uma arma poderosíssima contra os males corrosivos do tempo no processo”* ( Cândido Rangel Dinamarco, *in A Reforma do Código de Processo Civil*). *“A inovação mais importante instituída pela lei n.º 8952, de 1.994, foi sem dúvida, a que autoriza o juiz, em caráter geral, a conceder liminar satisfativa em qualquer ação de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos que o novo texto do art. 273 arrola”* ( Humberto Theodoro Júnior, *in As inovações no Código de Processo Civil*).

Percebe-se que a receptividade do novel instituto foi a mais calorosa possível entre nossos mestres e, devemos como operadores do direito, esperar que o magistrado a utilize sem se descuidar na sua aplicação e na sua utilização, visto que o mesmo veio para auxiliá-lo na aplicação jurisdicional, para que a inovação não se torne ao final julgamento do processo um jurisdição vazia, sem a efetividade que se faz necessária e obrigatória.

Não basta apenas a alteração dos mecanismos para a celeridade das decisões jurisdicionais, é preciso também a adequação dos operadores do direito aos novos tempos e às novas armas postas à sua disposição, para que as alterações não se tornem letra morta. Devemos também grifar que, não esperamos que os magistrados fiquem covardes diante da possibilidade de concessão da tutela antecipatória e passem a responsabilidade para um grau superior de jurisdição. Se houver situação em que ficarem caracterizados os requisitos exigidos por lei para a concessão ou não da tutela antecipatória, o magistrado tem é que concedê-la ou denegá-la.

Não podemos nos furtar em considerar a introdução de tal instituto no Direito Processual Brasileiro, uma inovação grandiosa, e que vai permitir, que, o juiz tenha a faculdade de conceder, a requerimento da parte, de forma antecipada, os efeitos da tutela desejada, se preenchidos os requisitos exigidos legalmente.

## 2.2. Cabimento

A antecipação da tutela jurisdicional pode dar-se em qualquer procedimento, ou seja, tanto vale para o procedimento ordinário como para o sumário, bem como para os procedimentos especiais, assim como para a jurisdição trabalhista, em face a autorização expressa no artigo 769, da CLT, o qual assim dispõe:

*“Art. 796 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo, em que for incompatível com as normas deste Título.”*

Porém, esta questão é controvertida entre nossos mestres doutrinadores. J. J. Calmon de Passos, in ***Inovações no Código de Processo Civil*** diz que : *“A antecipação da tutela que se prevê, agora, no título relativo ao processo e procedimento, do livro que cuida do processo de conhecimento vale tanto para o procedimento ordinário quanto para o sumário (o antigo sumaríssimo) e também para os procedimentos especiais, porque subsidiariamente, a estes últimos, são aplicáveis as disposições gerais do procedimento ordinário. Se a antecipação é possível no processo de conhecimento, ela o é por disposição geral, donde ser extensível, subsidiariamente, ao procedimento sumário e aos especiais, salvo havendo absoluta incompatibilidade.”*

Já, Francisco Arno Vaz da Cunha, in *“Alterações no Código de Processo Civil”*, traz que : *“Uma vez que a nova regra faz parte das disposições gerais do processo e do procedimento, a mesma é, em princípio, aplicável ao processo de conhecimento e a todos os procedimentos ao mesmo vinculados, inclusive por aplicação subsidiária; são os casos contidos no artigo 273 do diploma original, o qual teve sua redação antecipada para o parágrafo único do artigo 272.”*

*“Entretanto, é prudente destacar que a antecipação dos efeitos da tutela pretendida não se aplica a todos os tipos de procedimentos; o processo de execução e o processo cautelar, por exemplo, são regidos por procedimentos especiais.”*

Cabe, informar que mesmo antes da reforma processual aludida, algumas ações já encontravam, no próprio código ou em legislação extravagantes, tais como embargos de terceiros, mandado de segurança, ação civil pública, Código de Defesa do Consumidor, uma espécie de tutela antecipada.

No caso da aplicação da tutela antecipada prevista no art. 273, nos feitos de rito especial, faremos uma análise, utilizando-se as ações possessórias.

Se a moléstia a posse é datada de menos de ano e dia, encontram sustentáculo instrumental bem definido em termos de especialização do procedimento. Em outras palavras, o autor da ação, consegue obter

antecipadamente a tutela jurisdicional perseguida, satisfazendo no plano do mundo dos fatos a sua pretensão.

Portanto, não seria viável juridicamente o pedido de tutela antecipada, já que o procedimento deste caso já autoriza a concessão de liminar se a moléstia a posse for de menos de ano e dia. Já outra possibilidade, inclusive levantada por Arruda Alvim, é se já passou de ano e dia, o prazo da moléstia? E ele mesmo nos fornece a resposta : *“Em nosso sentir a resposta é positiva, pois que a fonte da liminar, quando a possessoria é promovida dentro de ano e dia é uma, ao passo que, a razão de ser da tutela antecipada é outra, ou são outras. Mas é evidente que, nesse caso, o juiz devesse avaliar o tempo, as condições da posse etc”*.

Outro ponto importante para ser abordado, é o que se refere ao momento em que pode ser requerida a tutela antecipada? Em que momento do processo pode ela ser concedida pelo juiz?

Parte dos teóricos processualistas civis, ao enfrentar o tema, faz restrições a concessão da tutela antecipada em momento posterior ao da sentença.

*“Não havendo a lei estabelecido um momento preclusivo para a antecipação da tutela, pode ser concedida a qualquer tempo, antes da sentença final...”* J. E. Carreira Alvim, *in Código de Processo Civil Reformado*.

Analisando-se o dispositivo reformado, verifica-se que a lei condiciona a sua concessão a requerimento da parte, afastando, de logo e expressamente, a sua decretação, pelo juiz, de ofício. Na mesma linha de interpretação, não ficou claro, entretanto, em qual momento o autor deve formular o seu pedido, e se ocorrer a ultrapassagem deste tempo, ocorresse a preclusão.

J. J. Calmom de Passos, *in Inovações no Código de Processo Civil*, diz que *“seja possível a postulação logo após a contestação do réu, ou até que seja o feito saneado e, mesmo ele saneado, no curso da instrução ou em grau de recurso.”*

Compartilhamos com a idéia de que, se satisfeitos os requisitos solicitados pelo art. 273 do Código de Processo Civil, não há que se questionar o momento para requerimento da antecipação da tutela.

Sendo requerido, cabe ao juiz analisar a situação e verificar se estão enquadrados os pressupostos necessários para a sua concessão ou não, e sendo a lei omissa quanto ao momento do requerimento, sentimo-nos a vontade para aceitar a conclusão de que poderá ser feita a solicitação até antes da sentença final.

O que o legislador tinha em mente era, promover alterações no sistema processual pátrio capazes de fazer andar mais dinamicamente o processamento dos conflitos de interesses que são levados para o Estado aplicar a sua capacidade jurisdicional.

Óbvio, que o tempo é o grande vilão da história, e que sua atuação em alguns casos é desastrosa, e a tutela antecipatória veio permitir que a parte vendo que o seu direito possa vir a ser suprimido pela ação do tempo, possa solicitar que este seja efetivado, não de forma indiscriminada, antes de uma decisão definitiva do Estado, mas para assegurar que o seu direito não seja prejudicado, e sim efetivamente exercido ao julgamento final da pretensão.

Portanto, cabe tutela antecipatória sempre que a parte encontrar as condições elencadas no art. 273, do CPC e verificar que só com o requerimento da tutela antecipada poderá ter o direito pretendido efetivado, antes que seja tarde.

### **2.3. Considerações sobre a Verossimilhança e a prova inequívoca**

É preciso algumas considerações iniciais sobre as expressões aparentemente antagônicas, “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação”, para que possamos compreender a aplicação do nosso texto processual.

Em todo processo, em toda ação, a verificação da prova fica jungida a análise da cognição.

Esta cognição é possuidora de diversos graus de intensidade, variando de perspectiva, de acordo com o procedimento e ação a ser adotada pelo operador do direito.

No entender de Luiz Guilherme Marinoni, a cognição se apresenta em dois planos distintos: o horizontal, que diz respeito a amplitude de conhecimento do juiz, e vertical, que pertine a profundidade de cognição do magistrado acerca da afirmação dos fatos.

Ele afirma que *“no plano horizontal, portanto, a cognição vincula-se a lide carnelutiana, ou ao conflito de interesses. O processo terá cognição plena ou parcial, segundo se permita, ou não, o conhecimento de todo o conflito de interesses.”*

Já *“a cognição no plano vertical diz respeito a intensidade de relação entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível, ou seja, ao grau de cognição do objeto. Nesta perspectiva, a cognição pode ser exauriente, sumária e superficial.”*

Cognição exauriente é aquela que se faz típica daqueles processos que procuram a definição final dos conflitos que chegam ao conhecimento do magistrado.

A cognição sumária é menos aprofundada e se apresenta própria daquelas situações de aparência, ou dos juízos de probabilidades. Nesta modalidade de cognição não há possibilidades de certeza absoluta, mas sim probabilidade maior ou menor. em consequência disto, quanto maior a probabilidade, menor o risco de erro; entretantes, este sempre haverá.

Já a cognição superficial, para o mestre Marinoni, se apresenta como aquela que é própria dos juízos de verossimilhança.

Todo este breve texto elucidativo, é exatamente com a pretensão de se responder qual destas cognições será utilizada na tutela antecipatória, prevista no novo artigo 273, do C.P.C..

Não há contradição no texto legal referido, uma vez que o mesmo menciona expressamente “prova inequívoca” e “verossimilhança”.

Com a sua indiscutível autoridade e segurança, Calmon de Passos leva a ilação de que a cognição utilizada na antecipação é a do tipo exauriente; vejamos: *“não se criou um momento novo para apreciação do mérito da causa, que não aquele em que ele pode e deve ser apreciado. A antecipação pede a mesma prova inequívoca que pede a decisão definitiva. Onde esta não é ainda possível, não será possível a antecipação. a antecipação é apenas o poder deferido ao magistrado de emprestar eficácia executiva provisória imediata a sua decisão, e será impossível a existência, no processo, de duas provas inequívocas, uma vez que autoriza a antecipação, mas não permite decisão de mérito, e outra que autoriza a decisão definitiva”*.

Porém, a posição do insigne jurista é controvertida. O legislador prevê que, para o deferimento da tutela antecipatória, é necessário a probabilidade, a qual se contrapõe ao juízo de certeza, portanto, a cognição é sumária. Situações de perigo não permitem a cognição exauriente, por isso a tutela cautelar busca um juízo de probabilidade e de verossimilhança.

O novo art. 273, do diploma processual brasileiro, autoriza a concessão de tutela antecipatoria com base na existência de prova inequívoca suficiente para que o juiz “*se convença da verossimilhança da alegação*”.

Interpretação deste dispositivo, se for levada a cabo, em sentido literal, causa a primeira vista uma contradição entre termos empregados. Prova inequívoca é prova tão robusta, sólida, que não permite equívocos ou dúvidas, capaz de dar ao juiz o sentimento da certeza, e não mera verossimilhança. Ao contrário, verossimilhança, não poderia significar mais do que, o juiz convencer-se de que a realidade fática é como a que o autor descreve no seu pedido.

Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273, do Código de Processo Civil (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes a aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes.

Humberto Theodoro Júnior, in *Inovações do Código de Processo Civil*, considera prova inequívoca como sendo aquela que por sua aparência de clareza e se apresentando precisa, faria com que o magistrado, se tivesse que tomar a decisão neste instante, ele o faria de logo. Salieta, porem, que a prova não pode ensejar qualquer dúvida no convencimento do magistrado, no momento da concessão.

Não podemos nos furtar em trazer a tela, a opinião de Manoel Antônio Teixeira Filho. Sua posição, com referência ao tema aludido, é bastante interessante, pois afirma que não há antagonismo no texto legal, ao revés, elas se completam.

Justificando sua divergência doutrinária, argumenta que *“... a prova inequívoca se vincula ao fato constitutivo do direito, e a verossimilhança, a alegação do autor, de que o direito se encontra em estado de periclitância.”* E continua dizendo que *“segundo pensamos, a “prova inequívoca” esta jungida, gramaticalmente, no texto legal, a expressão : “tutela pretendida no pedido inicial”, que a antecede de imediato.”*

Toda esta discussão envolve problemas mais amplos. A questão da estrutura do judiciário, poderia ser levantada, mais não faz parte do escopo do trabalho.

O que fica evidente, é que a lei é clara. Não basta que prova seja inequívoca. É preciso também que ela seja capaz de alicerçar o convencimento do magistrado quanto a procedência da pretensão do autor. Não é exigida a certeza. Se houver certeza, haverá mais que verossimilhança. O juiz antecipa a tutela que já pode conceder.

## 2.4. Momento da Antecipação

No entender do sempre lembrado Calmon de Passos, a tutela antecipada pode ser deferida tanto no processo de conhecimento, como no processo de execução.

Não nos parece esta afirmativa, com respeito ao eminente jurista, correta.

Ora, quando o juiz profere uma sentença, ele não o faz firmado em convicção de probabilidades, ele o faz de forma convencida, ou seja, possui um convencimento absoluto a respeito do fato que foi levado a sua apreciação.

Esta sentença, foi proferida após ter havido todo um processo cognitivo e a fundamentação da sentença baseia-se nas conclusões oferecidas por este processo.

Há que se salientar que, o juiz não antecipa o direito e sim os efeitos da tutela. O que se quer dizer é que, a antecipação da tutela aqui colocada, significa que a concessão dela assegura ao seu requerente o usufruto do direito. Direito este que será confirmado durante o processo cognitivo que se segue independente da concessão ou não da tutela antecipatória.

Tanto é verdade, que após a sua concessão, poderá ser revogada a mesma. Isto porque no decorrer do processo de conhecimento poderá surgir aspectos novos que impliquem na sua revogação. Ou dependendo do estado do

processo, poderá ela ser concedida, se anteriormente havia sido negada. Sua provisoriedade é fundamentada com base no argumento de que ela é fundada em cognição sumária.

Ha uma discussão sobre a possibilidade da tutela antecipada ser concedida juntamente com a sentença.

Primeiramente, é obvio que não. Não podemos entender outro momento para a concessão da tutela antecipada, senão anterior ao da sentença final.

Na sentença, temos que o convencimento do julgador é absoluto, e não apenas provável ou verosimilhante.

A sentença não antecipa a tutela. Ela é a própria prestação jurisdicional. Pela lógica, é impossível e equívoco, prever que ao mesmo tempo se antecipe e se preste a tutela jurisdicional.

Temos também que a sentença não é provisória, no sentido axiologico, ao passo que a tutela antecipada o é.

Outro aspecto que devemos atentar é que a sentença não pode, de ordinário, ser revogada ou modificada pelo mesmo juiz, como pode acontecer com a tutela antecipatória.

No mesmo caminho, Carreira Alvim , alude que *“não havendo a lei estabelecido um momento preclusivo para a antecipação da tutela, pode ela ser*

*concedida a qualquer tempo, antes da sentença final, bastando que se tenha tornado necessária, o que pode vir a ocorrer no curso do processo ou mesmo depois de produzida determinada prova.”*

## **2.5. Fundamentação**

Dispõe o art. 165 do Código de Processo Civil:

*“Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.”*

Na mesma linha dispõe o art. 458, do mesmo diploma legal:” “

*“Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:*

*I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;*

*II - os fundamentos, em que o juiz analisara as questões de fato e de direito;*

*III - o dispositivo, em que o juiz resolvera as questões, que as partes lhe submetem.”*

Temos a nível constitucional o art. 93, inciso IX, que alcançou a obrigatoriedade de fundamentação das decisões. Vejamos as palavras constitucionais sobre a fundamentação da sentença:

“Art. 93. ....”

*“IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, as próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”(grifo nosso)*

Nestas mesmas direções, o legislador adotou a fundamentação na esfera das reformas do Código de Processo Civil.

Podia-se argumentar que o legislador renovador tenha ocorrido em vício tautológico, já que o sistema processual brasileiro adota o princípio da obrigatoriedade de fundamentação nas decisões.

Com base na doutrina mais atualizada, há dois motivos para se exigir, quais sejam: uma de ordem técnica e a outra de ordem política. A primeira, a de ordem técnica, é no sentido de que o juiz deve demonstrar a sociedade, o conteúdo da decisão proferida, para que, de forma autorizada, possam os interessados recorrer, atacando, assim, os fundamentos da decisão.

A outra razão, a de ordem política, esta diretamente ligada a noção de garantia. Isto porque uma das garantias que o Estado de Direito confere ao cidadão é a imparcialidade do juiz, assim, a fundamentação das decisões permite averiguação da legalidades destas, evitando-se e garantindo-se a não ocorrência de decisões arbitrárias.

Mesmo, com todas estas previsões acerca da fundamentação, questiona-se se o porque de o legislador ter exigido a necessidade de fundamentação da antecipação por parte do julgador.

A explicação pode ser dada com base com o que ocorre com as liminares, nas ações cautelares. É que nestas ações especiais há doutrina, enfatizando entendimento, no sentido de não haver necessidade de o juiz fundamentar a decisão concessiva ou denegatória, bastando assim apenas um despacho, como *“concedo a liminar”* ou *“por preenchidos os requisitos legais, concedo a liminar”*, ou *“verificada a existência do “periculum in mora et fumus boni iures, concedo a liminar requerida”*.

## **2.6. Dos pressupostos de Admissibilidade**

São vários os pressupostos que dão possibilidade de admissibilidade do pedido antecipatório da tutela, todos devidamente enumerados na lei, a saber: existência de prova inequívoca<sup>13</sup> conjugada com a verossimilhança, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

---

<sup>13</sup> A prova, em si mesma, não tem qualificativos com conteúdo valorativo. Ela é prova documental, testemunhal, pericial etc. A força de convencimento nela existente é algo que menos nela se situa que no “pensar” do magistrado a seu respeito, ao analisa-la. Assim, entendo que prova inequívoca é aquela que possibilita uma fundamentação convincente do magistrado. Ela é convincente, inequívoca, isto é, prova que não permite equívoco, engano, quando a fundamentação que nela assenta é dessa natureza. J.J. Calmon de Passos. Inovações no Código de Processo Civil. Pag. 15.

A questão da prova inequívoca e da verossimilhança já foi tratada em momento anterior do presente trabalho. Passaremos, portanto, para a abordagem dos outros pressupostos exigidos pelo novo dispositivo do C.P.C..

Assim, o parágrafo segundo do referido artigo traz “o perigo de *irreversibilidade*”.

Analisando a lei nova, entende-se que melhor teria sido que a lei falasse em perigo de dano, pois o termo **receio** caracteriza algo de foro subjetivo.

Para que o efeito indesejado seja afastado, mister se faz, que, através do exame das causas já postas em existência, o mesmo seja objetivamente fundado, calculado, de forma a mais precisa possível. A comprovação de seu fundamento, não obstante não omitir, por sua própria natureza, a certeza, deve permitir a plausibilidade (justificação), sem que o juízo restritivo de probabilidades acabaria, no exercício da prática transmutando-se no genérico e amplo juízo de possibilidade.<sup>14</sup>

É evidente que isto permite ao juiz uma certa margem de discricionariedade, mas jamais arbítrio, que se constituiria através da utilização do juízo da possibilidade de dano, que por ser fundado subjetivamente, seria calculado de forma imprecisa.

---

<sup>14</sup> Reis Friede. Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Tutela Específica e Tutela Antecipada. Pag. 531.

Claro que o magistrado não tem que fazer um exame muito detalhado da situação, para poder conceder ou não a tutela antecipada, já que se assim agisse, melhor a parte requerente aguardar o caminho exauriente normal, até final julgamento do processo.

E se proceder desta forma, acaba todo o sentido da concessão da tutela antecipatória.

A plausibilidade do dano é avaliada pelo juiz, segundo as regras do livre convencimento, de modo que não dispense a fundamentação ou motivação de seu conhecimento, mas isto dar-se-á com muito maior liberdade de ação do que na formação de certeza que se exige no processo definitivo.<sup>15</sup>

Doutrinariamente, é pacífico que o risco de dano é algo que deva desequilibrar efetivamente uma situação pré estabelecida entre as partes, de modo que justifique a tutela antecipatoria pretendida. Concluindo, a decisão deve ser objetiva, ou melhor dizendo, deve atender os fatos provados, dos quais resulte aquela plausibilidade.

O outro requisito que pode, alternativamente, substituir o primeiro - suprimindo os efeitos impeditivos de acesso a antecipação de tutela, derivados de sua eventual ausência - consiste basicamente na constatação, pelo julgador, através de correspondente provocação da parte autora (do representante do Ministério Público ou mesmo do terceiro interveniente), do abuso do direito de

---

<sup>15</sup> Processo Cautelar. Humberto Theodoro Júnior. Processo Cautelar. Pag. 78

defesa, em sentido amplo, incluindo as eventuais manobras, por parte do réu com o intuito manifestamente protelatório em relação a demanda.

Observa-se aqui que o legislador tentou encontrar mais um mecanismo para neutralizar a ação do tempo e os males que ele pode causar.

Há períodos prolongados que são ocasionados por essencialmente pelo caráter formal do processo, mais algumas demoras são ocasionadas pela direta ação do demandado, que por se sentir ameaçado ou em difícil situação provoca retardamentos no processo.

Ora, se isto ocorre, porque não, se utiliza de um meio adequado para evitar que a utilização das vias judiciais venham a retardar o normal andamento do processo e cause prejuízo a outra parte, em função de um propósito meramente protelatório ou se utilize de meios que caracterizem o abuso do direito de defesa.

Este fator de determinação do abuso de direito, tem, além da configuração de dano ao autor da ação, uma tendência a interferir na função estatal de jurisdicionar. Conseqüentemente, o Estado ficará atolado com questões que não andam em função do excesso de pendências que se encontram sob o seu manto para serem resolvidas, e se isto ocorre, a demora para a resolução das mesmas é inevitável, já que o Estado, como é sabido, não apresenta estrutura adequada para suportar tanta demanda.

Logicamente, o momento para a antecipação da tutela com base neste requisito, será após a resposta do réu ter sido apresentada, pois não tem como ser solicitada *“initio litis”*.

Merece também atenção especial, o disposto no § 2º, do art. 273, segundo o qual *“não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”*, pois uma errada exegese desse dispositivo poderá neutralizar o preceito inscrito no *caput*.

A verificação da gravidade ou irreparabilidade do prejuízo depende da natureza e características objetivas das situação antijurídica que se pretende remover.

Na verdade, irreversível não se trata de uma qualidade do provimento, mas da conseqüência fática que dele resulta, pois este é que corre o risco de não ser resposta nos *“status quo ante”*.

O que se chega a concluir, é que se houver um mínimo de chance de a concessão da tutela antecipatória, causar dano de difícil irreversibilidade, esta não será concedida, pois o prejuízo que a sua concessão produzir, poderá trazer mais problemas que a sua não concessão pode oferecer.

## **2.7. Da Formalização**

Um dos nossos mais expressivos mestres da doutrina processual brasileira, Calmon de Passos, acredita que não há dúvida de que o pedido da

tutela antecipatória é feito em peça autônoma, na qual, serão expostos os fatos e os fundamentos de direito da pretensão, com o pedido de antecipação da tutela e continua em sua posição, afirmando que esta peça será autuada em apartado e configurará um incidente da causa, com seu específico procedimento.

Esta sua posição, talvez seja fundada com base em conclusões retiradas da primeira proposta de alteração do Código de Processo Civil, feita pela Comissão de 1985, da qual sua participação, a época, foi efetiva. Esta comissão apresentou a seguinte proposta para o art. 899-F: *“o pedido de antecipação de tutela será autuado em apenso, decidindo o juiz no prazo de 5 (cinco) dias, com posterior ciência aos interessados de sua decisão.”*

### **3. TUTELA ANTECIPATORIA NÃO E TUTELA CAUTELAR**

#### **3.1.A questão da cognição**

A preocupação em se colocar um limite entre a tutela cautelar e a tutela antecipatoria não é novidade entre os nossos doutrinadores, e nem se iniciou com as alterações introduzidas no C.P.C. atualmente.

Luiz Guilherme Marinoni em artigo intitulado “tutela antecipatoria não e tutela cautelar”, publicado na Revista de Processo, 74/981, já tratava desta questão.

Grande maioria dos operadores do direito tem feito confusão e encontrado grandes dificuldades práticas na fixação dos limites entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, havendo quem não distinga entre uma e outra, vendo nesta uma simples modalidade daquela.

---

Por isso se faz necessário uma investigação, ou até mesmo, descobrir as razões que levam parte da doutrina afirmar que a tutela antecipatória é espécie do gênero tutela cautelar.

Inicia-se a pesquisa de tal diferença, pela cognição. Como tratado anteriormente neste trabalho, no entendimento de Marinoni, a cognição se apresenta em dois planos: o horizontal e o vertical.

A que corresponde ao plano vertical (intensidade de relação entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível) pode ser exauriente, sumaria e superficial.

O conjunto doutrinário apresenta entre seus elementos alguns autores que não conseguem entender com transparência que a noção de cognição sumária possa efetivamente transcender a questão de tutela cautelar, visto que a mesma (cognição sumária) caracteriza, em grande parte, a tutela antecipatória.

É sabido, que a concessão da tutela cautelar, não é resultado de um processo de sumarização do procedimento e sim pelo precípuo objetivo de resguardar a plena efetividade do pronunciamento judicial a ser oportunamente proferido.

*“É imprescindível que a tutela não satisfaça a pretensão própria do processo principal para que possa a mesma adquirir o perfil cautelar”.*<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Luiz Guilherme Marinoni. Ob. Cit. pag. 77

*“As medidas propriamente cautelares limitam-se a assegurar a possibilidade de realização, para o caso de vir a sentença final a reconhecer a procedência da pretensão assegurada”.<sup>17</sup>*

Em complementação, deve ser colocado que quando há a característica de satisfatividade na pretensão jurisdicional, através de cognição sumária ou não, o objeto da tutela cautelar estará esvaziado, já que nada há a assegurar.

Também há que se reforçar, que a cognição sumária não é privilégio da tutela de segurança cautelar e sim, em tese, a todos os aspectos de pronunciamentos judiciais possíveis e admissíveis pela legislação em vigor.

A questão cognitiva merece algumas considerações mais aprofundadas e que se fazem necessárias para elucidar eventuais dúvidas.

Na tutela cautelar, o juízo que o magistrado procura estabelecer é fundado em um receio que poderá advir da relação processual ou anterior a ela, receio este, que se caracteriza pela probabilidade de uma parte lesar a outra antes do provimento judicial final esperado e que este futuramente vir a se tornar inadequado, ineficaz e frustrante para a parte que pleiteava a segurança judicial.

O seu convencimento será produto será de uma análise das determinantes que poderão tornar ineficaz o processo principal e futuramente se tornar infrutífero o direito que o processo se incumbia de proteger. Haverá uma

---

<sup>17</sup> Ovídio Batista da Silva, Comentários ao CPC. pag. 66

insatisfação do titular do direito que não poderá exercê-lo com toda a plenitude, por estar o mesmo ferido por alguma artimanha ou dano causado pelo tempo, através da conduta do réu.

A cognição será utilizada portanto com o precipuo fundamento de preservar a efetividade do direito pleiteado, até porque se fosse para preservar a efetividade do processo, não se trataria de tutela antecipatória e sim de tutela cautelar.

A concessão da tutela cautelar, depende de dois requisitos: o *“periculum in mora”* e o *“fumus boni juris”*. Diz-se que tais requisitos são específicos da tutela cautelar em dois sentidos : a) são exigências cujo atendimento impõem-se apenas para a obtenção da tutela cautelar; b) no comum dos casos, a prestação de tutela cautelar se faz através de processo próprio, o qual só pode ser instaurado por iniciativa da parte, através do exercício do direito de ação.

Aqui pretende-se fazer uma análise do que seja a questão que envolve o *“fumus boni juris”* e a *“verossimilhança e a probabilidade”*.

Muito se tem definido o *“fumus boni juris”* como sendo a probabilidade de existência de um direito. Continua tal requisito indefinido, uma vez que não é possível saber em que medida ou em que grau um direito deve ser provável para que se possa considerar como existente o *“fumus boni juris”*.

Na verdade, enquanto que na antecipação da tutela, o juízo de verossimilhança é feito com base em prova inequívoca que leva o magistrado a ter um convencimento de que o direito pleiteado seja provavelmente o que será deferido no final julgamento do processo, o "*fumus boni juris*", requisito da tutela cautelar, trata-se apenas de uma referibilidade de um direito de ação relativa ao processo principal.

É obvio que o grau de convencimento do magistrado em ambos os casos é diferente, o fator subjetivo do magistrado será preponderante. Esperamos que este, ao se deparar com o requerimento da tutela antecipatória, não se acovarde, e faça com que um instituto tão importante introduzido em nosso diploma processual, seja colocado a margem das decisões e se torne apenas mais um dispositivo legal sem uso. Trata-se de uma arma poderosa nas mãos dos magistrados e daqueles que querem ver solucionados os problemas decorrentes das mazelas ocasionadas pelo tempo sobre o processo.

### **3.2. A Satisfatividade**

A tutela cautelar surgiu de uma necessidade de sumarização cognitiva proveniente da busca de uma tutela jurisdicional efetiva em face de situações de perigo e a tutela cautelar foi então destinada a satisfação antecipada da pretensão que só poderia ser alcançada através da ação principal.

A provisoriedade não é característica exclusiva da tutela cautelar, pois esta, ocorre também na tutela antecipatória, já que pode ser revogada a

qualquer momento. Basta que a tutela não satisfaça a pretensão própria do processo principal para que possa adquirir o perfil de cautelar.<sup>18</sup>

O que ocorre é que a tutela cautelar recebe uma satisfatividade que não pode ter e isto caracteriza uma distorção no objetivo desta tutela.

Enquanto, que a tutela antecipatória, vem antecipar os efeitos do direito posto em causa, ainda que de forma provisória, a tutela cautelar vem tão somente ter uma função de segurança, assegurando a possibilidade da realização, caso a sentença final venha dar procedência ao pedido assegurado por ela.

*“Se a tutela antecipatoria dá aquele que afirma ter o direito que deve ser realizado de modo urgente, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter, como podemos aceitar a afirmação de Calamandrei no sentido de que a tutela antecipatória constitui apenas um meio para a atuação do direito, ou ainda a tese de que a tutela antecipatória visa assegurar o resultado útil do processo, se o único resultado útil que se espera do processo - obviamente do ângulo do autor - é realizado no momento em que é efetivada a tutela antecipatória.”<sup>19</sup>*

Como é de conhecimento de todos, a tutela cautelar visa a preservação e segurança da possibilidade de o processo satisfazer a pretensão.

---

<sup>18</sup> Luiz Guilherme Marinoni. Tutela cautelar e Tutela antecipatoria. Pag. 77.

<sup>19</sup> Luiz Guilherme Marinoni. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência. Pag. 54.

Assim, por extensão racional, conclui-se logicamente, que se houver uma satisfação da pretensão não há que se falar em tutela cautelar, pois mais nada há de ser assegurado e nenhuma função cautelar é cumprida.

Se a tutela antecipatória, por sua função de antecipar os efeitos da pretensão, esta satisfazendo-a e, portanto, esta além de assegurar, realiza assim uma prestação jurisdicional satisfativa (não definitiva) sumaria, o que não é compatível com a tutela cautelar.

### **3.3. A referibilidade ao direito acautelado**

Em tratando-se de tutela cautelar, há sempre referibilidade a um direito a ser acautelado. então, se surgir uma situação em que inexistente referibilidade, ou direito referido, não há direito acautelado e sim satisfatividade.

No caso da tutela cautelar, onde não há efetiva jurisdição e lide meritória, há sempre um aspecto de referibilidade processual a um direito efetivo que se deseja, a seu tempo, ver confirmado no processo principal.

Esta característica de cautelaridade referencial, que se opõe a denominada satisfatividade relativa ou absoluta exauriente pretendida no processo de conhecimento, que deve ser perseguida e encontrada necessariamente na tutela assecuratória para permitir e viabilizar sua plena identificação.

Há uma grande porção da doutrina, que entende haver na tutela cautelar uma certa satisfatividade, chegando-se ao absurdo de afirmar que o processo cautelar, com a introdução do novo instituto em nosso direito processual, poderia ser extinto, já que se o juiz pode antecipar a tutela no processo de conhecimento, não mais se justifica ação cautelar inominada incidental.

Em suma, então temos que a cautelaridade é indicativa de referibilidade, e por conseqüência esta tem como característica a instrumentalidade, não permitindo a dispensa da ação principal. ao contrário, a não referibilidade acena para a satisfatividade, e, desta forma, para a tutela antecipatória.

#### **3.4. A Provisoriedade**

A tutela cautelar não possui esta característica. E isto se dá por uma razão óbvia. Uma execução provisória fundada em "*periculum in mora*" é provisória, mas nem por isso é cautelar. Mesmo que haja um direito acautelado, a tutela cautelar não poderá satisfaze-lo, mesmo que de maneira provisória. A marca característica da tutela cautelar é a referibilidade. Se alguém pede uma tutela cautelar, faz uma referencia a um direito ameaçado, ou seja, ao direito que deve ser acautelado.

No dizer de Marinoni, a tutela antecipatória veio romper com o princípio da *"nulla executio sine titulo"*.<sup>20</sup>

Este princípio dava a falsa idéia, de que um direito somente pode ser realizado após o encontro da certeza jurídica, ou após ter sido declarado.

A provisoriedade é, portanto, uma característica da tutela antecipatória. O que isto significa? Significa que quando foi concedida a tutela antecipatória, esta estará sujeita, a qualquer tempo a ser revogada. Isto ocorre em função de que, se o direito ainda não foi objeto de reconhecimento jurisdicional, não há que se afirmar que se trate realmente de um direito. Uma situação é o direito suposto pela parte e outra é o direito declarado pelo poder jurisdicional. Somente este pode atuar em concreto, ou seja, pode render ensejo a prática de atos executivos.<sup>21</sup>

O art. 273 menciona que a execução da tutela obedecerá o disposto nos incisos II e III do art. 588, do mesmo Código, e este artigo trata da execução provisória, levando-se em conta que a regra é que a execução não levará em sua consecução *"atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósitos em dinheiro."*

A simples remissão feita pelo legislador a este artigo, demonstra que a execução não se trata de uma execução definitiva.

---

<sup>20</sup> Luiz Guilherme Marinoni. *Novas Linhas do Processo Civil*. Pag. 76.

<sup>21</sup> Manoel Antônio Teixeira Filho. *Antecipação da Tutela & Liminares*. pag. 31.

É ilógico pensar-se em execução definitiva no caso. Se uma sentença, exige tudo um processo exauriente para a sua certeza e aí sim, poder ser executada de forma definitiva, como poderia um ato de cognição sumária ser dotado desta capacidade de poder ter uma execução definitiva. faltaria lógica ao sistema.

### **3.5. A Instrumentalidade**

A função principal da tutela cautelar é assegurar uma pretensão, e isto é possível através de sua característica de instrumentalidade.

Assim, a tutela cautelar tem a finalidade de permitir que um processo chegue ao seu final sem o perigo de haver dano para o direito pleiteado. A tutela cautelar serve a tutela do processo, preparando maneiras para que o provimento jurisdicional definitivo seja eficaz, útil e operante.

Já a tutela antecipatória, não serve de instrumento para garantir a efetiva função do processo. A tutela antecipatoria vem apenas anteceder os efeitos da pretensão desejada. A tutela não possui a característica de instrumentalidade em relação ao processo principal.

### **3.6. Outras considerações sobre a tutela antecipatoria e tutela cautelar.**

É necessário fazer-se uma dissociação conceitual entre a tutela cautelar e a antecipação da tutela.

Não bastasse, a questão da satisfatividade, onde a tutela cautelar não apresenta esta característica. A tutela antecipatória, satisfaz, mesmo que de forma provisória, a pretensão desejada pelo autor na inicial.

Por isso, basta que a tutela não satisfaça a pretensão desejada no processo principal para adquirir o perfil de cautelar. Ao contrário, a tutela antecipatória já é a própria satisfação da pretensão desejada.

A tutela cautelar antecipa somente os efeitos que integrarão, mais tarde, a sentença, enquanto a antecipação da tutela, poderia ser vista como sendo a própria, abreviada em seu tempo procedimental.

Outro aspecto que diferencia a tutela cautelar da tutela antecipatoria, é a instrumentalidade. A tutela cautelar serve de instrumento para garantir ao processo principal a sua efetividade. Na tutela cautelar há necessidade da propositura da ação principal, ao passo que a antecipação não necessita da propositura de ação principal.

O art. 273, coloca a regra de que a concessão da tutela antecipatoria esta condicionada ao requerimento da parte. Em outro sentido, o artigo 797, do C.P.C., coloca que em casos excepcionais, o juiz poderá determinar medidas cautelares, que se façam necessárias.

## CONCLUSÃO

A Tutela antecipatória, sem dúvida, foi a inovação mais importante trazida pela Lei 8.952, de 1994, para o interior do nosso Código de Processo Civil.

Sabemos que o processo, com o desenvolvimento da humanidade, tanto social como tecnologicamente se falando, não foi capaz de acompanhar tal desenvolvimento. Aqui, devemos entender que não apenas o processo ficou atrasado em relação a mutação social dinâmica verificada nos últimos anos, mas também o direito num todo, não conseguiu se colocar ao lado de tal desenvolvimento.

Este descompasso entre o direito e o movimento social, é refletido de forma clara, quando nos deparamos com a grande procura pelo Poder Judiciário para a solução de conflitos oriundos desta sociedade em movimento. Esta demanda faz com que o Judiciário fique muito atarefado, e por não possuir

estrutura suficientemente adequada para agüentar sua intensa procura, passa a demorar mais do que o necessário e satisfatório para atuar com sua capacidade jurisdicional.

Esta demora, fez com que doutrinadores e aplicadores do direito procurassem formas de combate-la, e com a Lei supra mencionada, o legislador pátrio tentou amenizar um pouco tal situação.

Agora, o juiz, se preenchidos os requisitos estabelecidos pelo novo art. 273, do C.P.C., poderá a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida.

Apesar de tal instituto, estar enquadrado em um procedimento diferente, alguns acreditam que se trata de mais uma forma de tutela cautelar, o que não configura a verdade.

A tutela antecipatoria, veio, para tentar acabar com os efeitos provocados pelas regras procedimentais postas a disposição dos litigantes. Ela poderia ser caracterizada por uma sanção ao réu, que provoca demora no processo e procura causar um dano ao autor, que efetivamente é dotado do direito pleiteado.

Diferenças entre os dois institutos existem, e as vezes são muito visíveis, que se tornam até obviedades ululantes.

A tutela cautelar tem um caráter instrumental, ou seja, ela serve de instrumento ao processo principal. Explicando melhor, há necessidade de uma

medida para que a efetividade do processo principal possa ser plena, quando for julgado procedente ou improcedente. O instrumento que vai permitir tal efetividade é a tutela cautelar. A tutela antecipatoria ao contrario, não tem a finalidade de servir de instrumento para um processo principal, já que ela irá permitir é que o autor tenha antecipadamente, os efeitos da pretensão antecipados e assim já poder começar a usufruir de tal direito.

A tutela antecipatoria, portanto, ao contrario da tutela cautelar, satisfaz, mesmo que de forma provisória, um direito que possui todas as características de realmente ser daquele que alega ter este direito. Esta característica da tutela antecipatoria é a satisfatividade. Esta satisfatividade não é pertinente a tutela cautelar.

A tutela cautelar é deferida quando o magistrado através de um processo de cognição sumária, obtém a referencia de um direito a ser assegurado. A tutela antecipatória é deferida, quando o magistrado obtém um convencimento robusto, embasado em provas que não deixam duvidas, através de uma cognição sumaria, também, porém esta é exauriente, isto porque a sentença de cognição sumaria não pode ser outra coisa que não sentença provisória sobre a lide; sentença que sequer disciplina a lide e que, portanto, não pode ser apta para a satisfação do direito.

Concluimos, portanto, que a tutela antecipatoria veio para tentar acabar com esta historia de o réu, vendo sua situação colocada em posição

difícil, protela injustamente o processo, pondo em risco o direito do autor, tendo assim a tutela antecipatória a função de criar um clima de devido processo legal.

Esperamos que a tutela antecipatória seja aplicada da melhor maneira possível e que, os magistrados não se esquivem de aplica-la, colocando a decisão para um grau superior de jurisdição, desvirtuando assim, todo o caráter repressivo e assegurativo da tutela pretendida.

## BIBLIOGRAFIA

01. ALVIM, J. E. Carreira. **Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual**. 2ª edição. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.
02. BARROS, Alice Monteiro de. **A Tutela Antecipada no Processo do Trabalho**. *Revista do Direito Trabalhista*, Brasília : Editora Consulex, n° 05, p. 24 a 27, maio, 1996.
03. BORGES, Leonardo Dias. **A Tutela Antecipada no Processo do Trabalho**. *Revista do Direito Trabalhista*, Brasília : Editora Consulex, n° 01, p. 16 a 23, janeiro, 1996.
04. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 10ª edição. São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 1994.
05. CUNHA, Francisco Arno Vaz da. **Alterações no Código de Processo Civil**. 2ª edição. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 1995.
06. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 3ª edição. São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 1996.
07. FIGUEIREDO JÚNIOR, Joel Dias. **Reflexões em torno da Tutela Antecipatória genérica diferenciada satisfativa. A questão de sua aplicabilidade aos procedimentos especiais**. *Jurisprudência Catarinense*. volume 74.

- 08.FRIEDE, Reis. **Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Tutela Especifica e Tutela Antecipada.** 3ª edição. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1996.
- 09.GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o Processo Cautelar.** São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 1995.
- 10.KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos da Metodologia Científica.** 7ª edição. Caxias do Sul : Editora Vozes, 1982.
- 11.LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da Metodologia Científica.** 3ª edição. São Paulo : Atlas, 1991.
- 12.LENZI, Carlos Alberto Silveira. **Comentários às Alterações do Código de Processo Civil.** Brasília : Editora Consulex, 1995.
- 13.MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- 14.\_\_\_\_\_. **Novas linhas do Processo Civil.** 2ª edição. São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 1996.
- 15.\_\_\_\_\_. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência.** Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.
- 16.\_\_\_\_\_. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- 17.\_\_\_\_\_. **Revista de Processo : tutela antecipatória não é tutela cautelar.** N° 74/981.
- 18.NACONECY, Luiz Carlos Macedo. **Curso de Direito Processual Civil.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- 19.OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Alterações do CPC Comentado. Aspectos Processuais Trabalhistas e Cíveis.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- 20.PASSOS, J.J. Calmon de. **Inovações no Código de Processo Civil.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.
- 21.RUIZ, João Álvaro. **Metodologia Científica, Guia para eficiência nos estudos.** 4ª edição. São Paulo : Editora Atlas, 1996.

22. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **As Alterações no CPC e suas Repercussões no Processo do Trabalho**. 4ª edição atualizada. São Paulo: Editora Ltr, 1996.
23. \_\_\_\_\_ . **Antecipação da Tutela & Liminares**. São Paulo: Editora Ltr, 1996.
24. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As Inovações no Código de Processo Civil**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.
25. \_\_\_\_\_ . **Processo Cautelar**. 5ª edição. São Paulo : Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1983.