

coordenadores

Cassio Scarpinella Bueno
Elias Marques de Medeiros Neto
Olavo de Oliveira Neto
Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira
Paulo Henrique dos Santos Lucon



Tutela provisória no CPC

*Dos 20 anos de vigência
do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*

2ª edição
2018

saraiva  jur

347.98/95(81)

T966p

1. ed.

ISBN 978-85-472-3075-3

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
ANGÉLICA ILACQUA CRB-8/7057

Tutela provisória no CPC : dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015 / coordenação de Cassio Scarpinella Bueno...[et al.]. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

1. Direito processual civil - Brasil 2. Medidas cautelares 3. Tutela jurisdicional 4. Tutela antecipada I. Bueno, Cassio Scarpinella.

18-0013 CDU 347.922.33(81)

Índices para catálogo sistemático:

- 1. Brasil : Tutela jurisdicional : Direito processual civil 347.922.33(81)
- 2. Brasil : Medidas cautelares : Direito processual civil 347.922.33(81)

Data de fechamento da edição: 11-4-2018

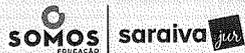
Dúvidas? Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

CL 604843 CAE 626527

1125679

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BIBLIOTECA M. OSCAR SARAIVA	
Nº	DATA
1125679	29/08/18



Av. das Nações Unidas, 7.221, 1º andar, Setor B
Pinheiros – São Paulo – SP – CEP 05425-902

SAC 0800-0117875
De 2ª a 6ª, das 8h às 18h
www.editorasaraiva.com.br/contato

Vice-presidente Claudio Lensing

Diretora editorial Flávia Alves Bravin

Conselho editorial

Consultor acadêmico Murilo Angeli Dias dos Santos

Gerência

Planejamento e novos projetos Renata Pascual Müller

Editorial Roberto Navarro

Edição Daniel Pavani Naveira

Produção editorial Ana Cristina Garcia (coord.)

Luciana Cordeiro Shirakawa

Rosana Peroni Fazolari

Arte e digital Mônica Landi (coord.)

Claudirene de Moura Santos Silva

Fernanda Matajs

Guilherme H. M. Salvador

Tiago Dela Rosa

Verônica Pivisan Reis

Planejamento e processos Clarissa Boraschi Maria (coord.)

Juliana Bojczuk Fermino

Kelli Priscila Pinto

Marília Cordeiro

Fernando Penteado

Tatiana dos Santos Romão

Diagramação e revisão Fabricando Ideias Design Gráfico

Comunicação e MKT Carolina Bastos

Elaine Cristina da Silva

Capa Casa de Ideias / Daniel Rampazzo

Produção gráfica Marl Rampim

Sergio Luiz Pereira Lopes

Impressão e acabamento Bartira

Os coordenadores dedicam seu trabalho à saudosa memória de Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, sem quem o processo civil não teria recebido tanto e tão generosamente; sem quem o processo, mais recentemente, tanto perdeu.

2 • TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA NO CPC: REMANESCE A NECESSIDADE DE DISTINÇÃO ENTRE ANTECIPADAS E CAUTELARES?

Arlete Inês Aurelli*

INTRODUÇÃO

Neste texto, pretendemos analisar a natureza jurídica das tutelas provisórias de urgência, buscando verificar se ainda persiste a necessidade da diferenciação dos institutos, sob a ótica do CPC.

Conforme o art. 5º, XXXV, da Carta Magna, o Estado tem obrigação de possibilitar o acesso à justiça a todos, prestando tutela jurisdicional efetiva e concreta. Para cumprir esse mister, desde 1995, a tutela antecipada foi trazida para o sistema, para, ao lado da tutela cautelar, possibilitar a concretização da jurisdição. Antes de 1995, a tutela cautelar já era prevista no CPC de 1973, mas muitas vezes não tinha o condão de satisfazer as necessidades da parte, não porque não se pudesse, com ela, garantir o resultado útil do processo, mas sim porque para isso era preciso mais que garantir a eficácia do processo principal, era preciso entregar o direito pleiteado de imediato.

Como não havia previsão expressa, com base no poder geral de cautela, os juízes passaram a conceder essas medidas que possibilitavam a própria fruição, a satisfação do direito de imediato. Eram as chamadas tutelas cautelares satisfativas. Após o advento da tutela antecipada, todas as medidas que eram requeridas como cautelares satisfativas passaram a ser pleiteadas como tutela antecipada, pelo que deixaram de subsistir no sistema. No entanto, até hoje se encontram muitos acór-

dados nos tribunais que ainda utilizam equivocadamente o termo “cautelares satisfativas” quando deveriam se referir a tutelas antecipatórias¹.

Embora se possa dizer que em geral a criação da tutela antecipada tenha trazido avanços nessa seara, com muitos benefícios para os jurisdicionados, nesses vinte anos surgiram muitas dúvidas, notadamente no que tange à diferenciação

¹ Confira-se: “PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE COMODATO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CAUTELAR SATISFATIVA DE BUSCA E APREENSÃO. RETOMADA DOS BENS OBJETO DO CONTRATO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. 1. A possibilidade de ajuizamento de medida cautelar satisfativa é medida excepcional no ordenamento jurídico, devendo haver previsão legal expressa para o seu cabimento. 2. A observância desses preceitos, longe de apego excessivo a formalismo, na verdade resguarda o devido processo legal e assegura o direito pleno de defesa, com possibilidade ampla de produção de provas, pois o processo cautelar, com nítido escopo de garantia e acessoriedade, tem por finalidade apenas assegurar a eficácia do provimento a ser proferido na demanda principal. 3. Com efeito, à ausência de previsão legal, descabe o ajuizamento de ação de busca e apreensão absolutamente satisfativa, com o escopo de retomar bens móveis objeto de contrato de comodato, razão pela qual, se inexistente ação de conhecimento ajuizada no prazo do art. 806 do CPC, mostra-se de rigor a extinção da ação cautelar, sem resolução de mérito. 4. Recurso especial a que se nega provimento” (STJ, 4ª T., REsp 540.042, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10-8-2010, DJe 24-8-2010).

“PROCESSUAL CIVIL. CAUTELAR SATISFATIVA. BLOQUEIO DE MATRÍCULA DE IMÓVEIS. ARQUIVAMENTO PROVISÓRIO DOS AUTOS. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO OBJURGADO NÃO ATACADOS. SÚMULAS 182/STJ E 284/STF. 1. Na hipótese em exame, o Tribunal de origem entendeu ser possível o bloqueio cautelar de matrícula de imóvel, porém sempre como medida provisória, sendo incabível o arquivamento do processo sem garantir aos proprietários o contraditório e a ampla defesa. 2. Em Recurso Especial o recorrente deixa de impugnar especificamente todos os fundamentos da decisão objurgada. Incidência das Súmulas 182/STJ e 284/STF, aplicadas por analogia. 3. As medidas acautelatórias – sejam elas de natureza jurisdicional, sejam de natureza administrativa, mas que atingem a esfera jurídica de terceiros – não podem ter caráter permanente, ainda mais quando não existe processo regular em curso destinado a dirimir, em caráter definitivo, a controvérsia ou a dúvida jurídica que deu suporte à restrição imposta. Precedente do STJ. 4. Agravo Regimental não provido” (STJ, AgRg no REsp 1.408.475, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 27-3-2014, DJe 15-4-2014).

“APELAÇÃO CÍVEL. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CAUTELAR SATISFATIVA. COMPROVAÇÃO DA APARÊNCIA DO BOM DIREITO E DO PERIGO DA DEMORA. DESNECESSIDADE. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. DOCUMENTO NÃO COMUM. Em ações cautelares de exibição de documento, é desnecessária a comprovação da

* Doutora e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professora de Direito Processual Civil nos cursos de Graduação e Pós-Graduação *stricto sensu* da PUC-SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Centro de Estudos Avançados de Processo. Advogada.

dos institutos, a ponto de ter sido necessária a alteração na legislação para permitir ao órgão julgador receber a tutela antecipada como se fosse cautelar, a fim de evitar o perecimento do direito da parte ante a dúvida sobre qual dos institutos seria o cabível na hipótese.

Agora, durante a vigência do atual Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015, a questão é saber se a dúvida permanece ou foi superada, se a maneira de se diferenciar os institutos é a mesma, consagrada na doutrina, em face do diploma anterior, ou devemos passar a entender os institutos de outra maneira.

Enfim, essas e outras indagações são fruto de nossos questionamentos e que pretendemos responder no presente texto.

1. TUTELAS PROVISÓRIAS NO CPC

Com certeza pode-se afirmar que o tema das tutelas provisórias é um dos que mais sofreu alterações, debates e discussões, ao longo da tramitação do projeto do CPC.

Tanto é assim que o título do Livro em que inseridas as tutelas de urgência foi modificado muitas vezes para finalmente optar-se por tutelas provisórias. De fato, as disposições variaram desde conter um regime único para tutelas antecipada e cautelar, passando pela distinção entre tutelas de urgência cautelar e satisfativa, bem como de evidência, até restarem contidas no Livro V, primeiro com título “tutela antecipada” e finalmente, na redação final, como “tutela provisória”.

Enfim, na redação final, optou-se por subdividir a tutela provisória, conforme o art. 294, em tutela de urgência e de evidência.

No texto definitivo do CPC, houve uma reorganização, uma sistematização, que nos parece adequada porque trata, em primeiro lugar, de diferenciar as tutelas provisórias em urgência e evidência (art. 294) e depois, as tutelas de urgência entre antecipadas e cautelares. No entanto, no lugar de tratar de ambas as tutelas de urgência, em regime único, como parecia ser a ideia inicial do anteprojeto, na versão definitiva, o legislador preferiu tratá-las em capítulos próprios, deixando o

aparência do bom direito e do perigo da demora, por se tratar de cautelar satisfativa. A notificação prévia, que deve ser enviada ao consumidor avisando-o da negatização de seu nome, não é documento comum, de maneira que é incabível o pedido de sua exibição. Recurso provido” (TJMG, AC 10693130006390001, 10ª Câmara Cível, rel. Des. Gutemberg da Mota e Silva, j. 10-12-2013, DJ 10-1-2014).

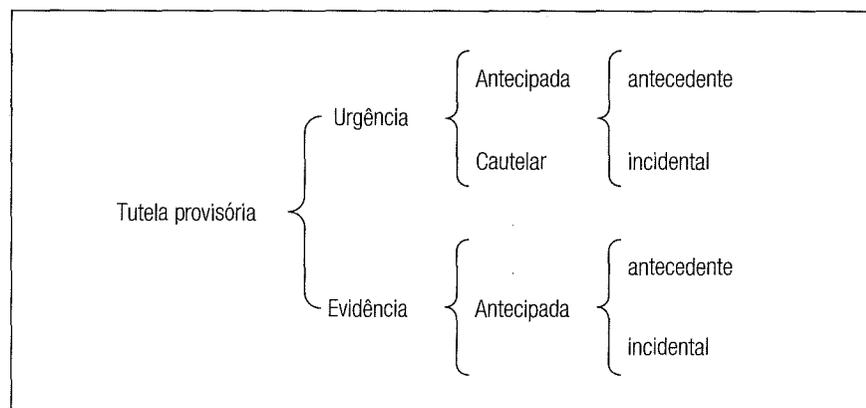
Capítulo II para a tutela antecipada e o Capítulo III para a tutela cautelar, com procedimentos diversos.

Na verdade, parece-nos que o legislador foi tímido porquanto na versão final, no tocante às cautelares, não há muita diferença do processamento do CPC de 1973. O regramento parece ser rigorosamente o mesmo. Há formação de processo quando se faz o pedido cautelar antecedente. Temos processo sincrético em que o pedido principal será formulado nos mesmos autos. Talvez seja a única diferença.

Ambas podem ser concedidas de forma antecedente à propositura do pedido principal, como ser requeridas incidentalmente, embora, no caso da tutela da evidência, a possibilidade de requerimento antecedente, no nosso modo de ver, fique restrita a apenas duas hipóteses, como veremos abaixo.

Uma dúvida que surge seria saber se a tutela da evidência poderia se referir tanto a tutelas satisfativas do direito pleiteado como a tutela cautelar. Em nosso sentir, não haveria hipótese concreta em que se pudesse conceder tutela provisória cautelar de evidência. Outra questão seria saber se haveria fungibilidade entre tutela de urgência e de evidência. Essa é outra dúvida que tentaremos resolver a seguir.

Então, esquematizando, teríamos:



Pela normatização do CPC, verifica-se que, enquanto a tutela antecipada poderá ser extinta caso o autor não adite a inicial no prazo de quinze dias ou em outro prazo maior fixado pelo juiz (art. 303, § 2º) e estabilizada caso o réu não venha apresentar recurso contra ela (art. 304), no caso da tutela cautelar, se o autor não deduzir o pedido principal, no prazo de trinta dias, ela perderá a eficácia (art. 308) e, caso não contestada pelo réu, ocorrerá a aplicação dos efeitos da revelia (art. 307).

Antes de passarmos a analisar as tutelas de urgência e averiguar a necessidade de diferenciar tutela cautelar de tutela antecipada, seria interessante também tratar, de forma breve, das tutelas da evidência.

1.1. Tutela da evidência

O CPC contém título próprio (III) para tratar da tutela da evidência. De fato, enquanto no CPC revogado a tutela da evidência era apenas uma espécie da tutela antecipada, no CPC atual a tutela da evidência é tratada como uma espécie de tutela provisória, que tanto pode ser antecipada como cautelar.

A tutela da evidência (art. 311) poderá ser concedida independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

- I) Ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte.
- II) As alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.
- III) Tratar-se de pedido reipersecutório, fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.
- IV) A petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Em todos esses casos verifica-se que o direito restou evidente, não sendo mais passível de impugnação, conferindo juízo de certeza ao órgão julgador, mas a cognição ainda não é exauriente, posto que a decisão é provisória.

A primeira dúvida que poderia surgir seria por que o juiz nesses casos já não proclamaria o julgamento antecipado da lide, proferindo sentença definitiva. Em primeiro lugar, para que o princípio do contraditório e da ampla defesa não seja ferido. Veja-se que legislador teve um grande cuidado nesse sentido porque estabeleceu que somente nos casos II e III é que o juiz poderá decidir liminarmente.

Assim, nos casos de abuso do direito de defesa, atitudes protelatórias e petição inicial instruídas com documentos suficientes dos fatos constitutivos do direito, somente após a contestação do réu é que o juiz poderá conceder a medida. O motivo é óbvio, eis que, nos dois casos, somente após a manifestação do réu é

que se poderá saber se suas atitudes são protelatórias, se age com abuso do direito de defesa ou se os documentos que juntou são suficientes a conferir juízo de certeza.

Ao depois, se se tratasse de julgamento antecipado de mérito, haveria flagrante inconstitucionalidade, eis que haveria julgamento de certeza sem que tivesse sido dada oportunidade ao réu para se defender, o que feriria de morte o modelo constitucional do processo.

Nesse sentido, Leonardo Greco afirma:

Com efeito, se o acolhimento definitivo do pedido do autor, em razão da evidência do seu direito fosse concedido liminarmente, sem a prévia audiência do réu, essa especial tutela da evidência seria irremediavelmente inconstitucional, pois somente a urgência, ou seja, o perigo iminente de lesão grave ou de difícil reparação a bem da vida de especial valor pode justificar a postergação, jamais a supressão completa, do contraditório ou do exercício do direito de defesa, que são garantias constitucionais cujo respeito se afigura absolutamente imperioso e inafastável. A liminar possessória e os alimentos provisórios sempre foram justificados pela excepcional relevância do direito tutelado, constituindo provimentos provisórios, sujeitos a ratificação subsequente, após regular contraditório².

Outra dúvida que nos assalta seria entender a razão, saber de que adiantaria conceder a tutela provisória se o juiz, após ouvir o réu, já poderia proferir julgamento antecipado da lide ou, ainda, o julgamento parcial de mérito. A vantagem é que, conforme os arts. 1.012, V, e 1.013, § 5º, do CPC, a apelação, nos casos em que a tutela provisória seja concedida na sentença, não terá efeito suspensivo, passando a produzir efeitos imediatamente.

Alguns doutrinadores entendem que essa forma de tutela provisória sempre será incidente³ e outros opinam pela possibilidade de concessão antecedente⁴.

² A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14541>>, ISSN 1982-7636. Acesso em: 25 abr. 2016.

³ É o caso de Leonardo Greco. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015*. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14541>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

⁴ Nesse sentido: MEDINA, José Miguel Garcia. *CPC – Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Entendemos que há possibilidade de concessão liminar antecedente para a tutela da evidência, eis que o CPC é claro em determinar que nas hipóteses II e III, ou seja, quando alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, bem como quando se tratar de pedido reipersecutório, fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, o juiz poderá conceder liminarmente a tutela da evidência. Ora, se pode conceder liminarmente, não há nada que impeça que em sede de pedido antecedente se possa deferir o pedido de tutela da evidência.

Veja-se que, nas hipóteses dos incisos II e III do dispositivo citado, não há necessidade de se aquilatar se as atitudes do réu foram eivadas de abuso do direito de defesa, se houve prática de ato procrastinatório, bastando ao órgão julgador verificar a existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, além de prova documental, ou se se trata de pedido reipersecutório, fundado em prova documental adequada do contrato de depósito. Portanto, entendemos que nessas hipóteses é plenamente cabível a concessão de tutela da evidência em caráter antecedente.

Outra questão que surge seria saber se a tutela da evidência poderia ser considerada tutela de urgência. Entendemos que se trata de modalidades diferentes de tutela provisória, com hipóteses bem delimitadas para a sua concessão. A tutela da evidência é baseada apenas na altíssima probabilidade de o requerente da medida ter razão, dispensando a demonstração de perigo de dano. Assim, o que se protege é o próprio direito que salta aos olhos, que fica demonstrado pela caracterização das hipóteses previstas em lei, autorizando que o juiz o conceda imediatamente. Mas, a concessão não se dá porque há qualquer perigo de dano, mas apenas para que aquele portador de direito evidente não tenha que esperar por todo o processamento do feito para obter a satisfação de seu pleito.

Por outro lado, entendemos que não cabe tutela da evidência de natureza cautelar nesse tipo de tutela. A proteção se dá para o processo, e não para o direito em si. Assim, não há que se falar em evidência do direito para possibilitar a cautela do processo.

De outra banda, no nosso sentir, nada impede seja aplicado o princípio da fungibilidade entre tutela da evidência e tutela de urgência. Assim, se o requerente faz o pedido de antecipação de tutela baseado na urgência, que se revela inexistente, mas a hipótese se enquadra entre as previstas em lei para tutela da evidência, o juiz poderá deferir a medida, usando o poder geral de cautela que lhe é conferido.

1.2. Distinção entre as tutelas provisórias: antecipada e cautelar

Em nosso sentir, na redação final do CPC, não houve alteração substancial no que tange à caracterização e à natureza jurídica das tutelas provisórias antecipada e cautelar.

Em todos os momentos em que trata das tutelas de urgência, verifica-se que o legislador usa a expressão “realizar o direito” para tutelas antecipadas e “acaute-lar” para tutelas cautelares.

A tutela antecipada não se confunde com a tutela cautelar, porque a tutela antecipatória não se limita a assegurar o resultado útil e eficaz do processo, nem garantir a satisfação do direito, mas sim conceder o próprio pedido formulado⁵. Já a tutela cautelar se refere à proteção ao processo, garantindo-se um resultado útil. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco explica que a distinção entre a tutela antecipada e a tutela cautelar pode ser vista em relação ao processo e ao sujeito: quando o mal é causado ao processo, o remédio é a cautelar e quando ao sujeito, a tutela antecipada⁶.

Enfim, para se entender, de forma mais simplificada, que tipo de tutela é prestada na tutela antecipada, basta lembrar que na inicial o autor promove dois tipos de pedido: imediato e mediato. O primeiro representa o tipo de providência jurisdicional que será proporcionada pelo juiz e o segundo representa o bem da vida, a vantagem prática pleiteada. Ocorre que na tutela antecipada o órgão julgador entrega o bem da vida, a vantagem prática, ou seja, apenas o pedido mediato. Jamais haverá a entrega do pedido imediato, pois, nesse caso, o juiz já preferira a sentença, o julgamento antecipado da lide.

William Santos Ferreira afirma que

⁵ Nessa linha de raciocínio, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery asseveram que “a tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou os seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC 273, I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor)”. *Comentários ao Código de Processo Civil – novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 841-842.

⁶ *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 67-68.

ocorre que a tutela cautelar destina-se a assegurar a eficácia (prática) do processo de conhecimento ou de execução, não se concedendo, portanto, o próprio bem da vida almejado, mas apenas assegurando que, uma vez reconhecido judicialmente o cabimento de tal pretensão, aí sim o bem da vida seja entregue e isto será possível porque a viabilidade do alcance do bem da vida foi protegida ou acautelada. Como já dizia Piero Calamandrei, a medida cautelar destina-se a dar *tiempo a la justicia de cumplir* eficazmente sua obra. Na tutela antecipada não se antecipa o provimento judicial em si (que definirá a relação jurídica), nem apenas se assegura o resultado. O que se verifica é a antecipação dos efeitos do provimento definitivo, o que é a representação do bem da vida almejado pelo autor. É a tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito. Conforme sustentamos anteriormente o que o autor obtém, ainda que provisoriamente, é a admissão de seu pedido mediato e não do seu pedido imediato, já que este último só na sentença é que será apreciado. Em síntese, enquanto na tutela cautelar concede-se no presente a proteção do bem da vida que provavelmente será obtido no futuro, na tutela antecipada concede-se no presente o próprio bem da vida que só provavelmente será obtido no futuro⁷.

Assim, enquanto na tutela antecipada se proporciona à parte a própria fruição do direito pleiteado, entregando, na verdade, o pedido mediato formulado pelo autor, na tutela cautelar nada disso é feito, o juiz apenas fornece uma medida que venha garantir o resultado útil do processo, ou seja, que a tutela seja ao final concedida de maneira concreta e efetiva. Ao fim e ao cabo a medida cautelar tem apenas o fito de garantir a satisfação do direito discutido no processo dito principal, mas não pode antecipar a decisão sobre o direito material. Essa característica pertence somente às tutelas antecipadas. Ora, se a medida satisfaz, não é cautelar. Esse é justamente o caso da liminar no mandado de segurança.

Em suma, pode-se dizer que o que caracteriza a tutela antecipada é a satisfatividade, enquanto o que caracteriza a tutela cautelar é a referibilidade, ou seja, deve haver referência a um direito acautelado⁸.

Teori Albino Zavascki explica que

⁷ Responsabilidade objetiva do autor e do réu nas cautelares e antecipadas: esboço da teoria da participação responsável, *RePro*, n. 188, p. 13.

⁸ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 110-112.

as situações de risco à efetividade da prestação da tutela definitiva são essencialmente três. Há situações em que a certificação do direito material é que está em risco, já que a prova de sua existência encontra-se ameaçada em face da demora de sua coleta pelos meios ordinários. Quando ocorrerem, será urgente medida para antecipar a produção da prova, que, todavia, não importa qualquer antecipação dos efeitos da futura sentença. Por outro lado, há situações em que o perigo ameaça, não a certificação, mas a futura execução forçada do direito certificado, com a dissipação das suas indispensáveis bases materiais. Nesses casos, urgente será a medida para garantir a execução, o que, igualmente, não significa antecipar os efeitos da tutela definitiva. Mas finalmente, há situações em que a certificação do direito pode não estar sob risco, como podem não estar sob risco de dissipação os bens destinados à execução do direito certificado: o perigo de dano ao direito decorre, unicamente, da demora na sua efetiva fruição. Presentes essas circunstâncias, será urgente medida para propiciar a própria satisfação do direito afirmado e tal medida, por certo, representará antecipação de um efeito típico da tutela definitiva, própria da futura sentença de procedência.

Em suma: há casos em que apenas a certificação do direito está em perigo, sem que sua satisfação seja urgente ou que sua execução esteja sob risco; há casos em que o perigo ronda a execução do direito certificado, sem que a sua certificação esteja ameaçada ou que sua satisfação seja urgente. Em qualquer de tais hipóteses, garante-se o direito, sem satisfazê-lo. Mas há casos em que, embora nem a certificação nem a execução estejam em perigo, a satisfação do direito é, todavia, urgente, dado que a demora na fruição constitui, por si, elemento desencadeante de dano grave. Essa última é a situação de urgência legitimadora da medida antecipatória⁹.

Portanto, tem-se que nas medidas cautelares existe, no dizer de Ovídio Baptista da Silva, segurança-da-execução e na antecipação de tutela existe execução-para-segurança, sendo este último o caso típico do mandado de segurança¹⁰. Referido autor, confirmando o caráter não cautelar e antecipatório dos efeitos da liminar concedida em mandado de segurança, assevera que o que caracteriza a natureza do provimento de procedência é o seu respectivo conteúdo. Diz ele que

⁹ *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 47-48.

¹⁰ *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, v. 1, p. 392.

se ele antecipar efeitos da sentença de procedência, em demanda satisfativa – ante o fundado receio de dano irreparável – o provimento terá naturalmente caráter também satisfativo, logo não cautelar. Se, ao contrário, ante o mesmo fundado receio de dano irreparável, protege-se o direito, sem satisfazê-lo, apenas assegurando sua futura satisfação (realização), então o provimento será cautelar.

Sabe-se que as sentenças podem conter diversas cargas ou eficácias, algumas das quais são preponderantes. Em função da necessidade da existência do interesse processual é certo que não se poderá admitir tutela antecipada que não seja adequada ao fim a que se destina. Assim, nos casos em que o autor somente possa ser satisfeito quando a tutela for concedida em definitivo, de nada adiantaria concedê-la antecipadamente. Esse é o caso da tutela chamada meramente declaratória ou da meramente constitutiva¹¹.

Conforme Teori Zavascki,

a antecipação de efeitos da tutela somente contribuirá para a efetividade do processo quando, pela natureza, se tratar de efeitos: a) que provoquem mudanças ou b) que impeçam mudanças no plano da realidade fática, ou seja, quando a tutela comportar, de alguma forma, execução. Execução em sentido o mais amplo possível: pela via executiva *lato sensu*, pela via mandamental ou pela ação de execução propriamente dita¹².

Enfim, pode-se afirmar que tanto a tutela antecipada como a cautelar, como tutelas provisórias de urgência, possuem em comum a finalidade de evitar que a passagem do tempo, a morosidade, venham corroer o direito almejado pela parte, seja possibilitando a própria fruição, seja garantindo que o processo tenha um resultado útil e eficaz, mesmo que a entrega do direito demore razoavelmente até que o processo termine.

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco expõe:

É inegável, todavia, que tanto as cautelares quanto as antecipatórias convergem ao objetivo de evitar que o tempo corra direitos e acabe por lesar alguma pessoa: mesmo sem oferecer diretamente ao litigante a fruição do

¹¹ Nesse sentido, o Enunciado n. 28 do FPPC, a saber: “28. (arts. 294 e segs.) Tutela antecipada é uma técnica de julgamento que serve para adiantar efeitos de qualquer tipo de provimento, de natureza cautelar ou satisfativa, de conhecimento ou executiva” (Grupo: Tutela Antecipada).

¹² *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 83.

bem ou de algum benefício que essa fruição poderia trazer-lhe, a tutela cautelar evita que o processo se encaminhe para um resultado desfavorável, como aconteceria se a testemunha viesse a faltar ou o bem penhorável a ser destruído¹³.

Embora não existisse unanimidade, muitos doutrinadores, no regime do CPC revogado, estabeleciam também diferenças quanto ao *fumus boni iuris* e quanto ao *periculum in mora*. No tocante ao *fumus boni iuris* a diferença era estabelecida em função da redação do art. 273 do CPC de 1973, que exigia prova inequívoca da verossimilhança das alegações, o que não era exigido para cautelares. Assim, o *fumus* exigido para a tutela antecipada era mais robusto, forte e veemente do que aquele exigido para a concessão de medidas cautelares. Quanto ao *periculum in mora*, a diferenciação tinha origem no art. 273, II, do CPC de 1973, o qual previa a concessão da tutela antecipada independentemente da urgência ou do risco na fruição do direito. O requisito, nesse caso, era a existência de direito evidente.

A diferenciação entre as tutelas de urgência, no regime do CPC de 1973, era importante não somente pela dificuldade que sempre houve de caracterizá-las, mas principalmente a jurisprudência era controvertida quanto à possibilidade de a admissão da fungibilidade entre elas ser via de mão dupla. Muitos entendiam que haveria possibilidade apenas da chamada “fungibilidade regressiva”, isto é, de antecipação de tutela para providência cautelar, não se admitindo o contrário, ou seja, a “fungibilidade progressiva”¹⁴.

¹³ Regime jurídico das medidas urgentes, *Revista Jurídica*, v. 49, n. 286, Porto Alegre, 2001, p. 15.

¹⁴ Nesse sentido, confira-se: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR. MEDIDA SATISFATIVA. FUNGIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. REMESSA OFICIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO. APRECIACÃO DO RECURSO DE APELAÇÃO PREJUDICADA. 1. No caso dos autos a ação cautelar proposta pelos autores, ora apelados, é destinada a implementar reajuste salarial mediante a aplicação imediata do percentual de 84,32% resultante da variação do índice de IPC de março de 1990 nos seus vencimentos a partir do mês de abril de 1990. 2. Em verdade, a concessão da medida cautelar por sentença importa neste caso na entrega do bem da vida objeto da lide principal, ou seja, o efetivo pagamento do reajuste pleiteado em favor dos Servidores Públicos Federais apelados. 3. Ainda que se pudesse atentar para a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade entre a medida cautelar e a antecipação de tutela, tal providência só seria aplicável em se tratando de medida cautelar requerida equivocadamente como

Já no CPC, o parágrafo único do art. 305 determina que “caso entenda que o pedido a que se refere o *caput* tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303”, que é o artigo que trata do processamento da tutela antecipada, ou seja, receberá a tutela cautelar como tutela antecipada. Assim, temos aqui uma via de mão única invertida. Enquanto no CPC de 1973 havia previsão para a fungibilidade entre antecipada e cautelar, no CPC temos a previsão da fungibilidade entre cautelar e antecipatória. No entanto, em nossa opinião, tanto no regime do CPC de 1973 como agora, trata-se, em realidade, de via de mão dupla. Há espaço para o juiz receber tanto cautelares quanto antecipadas, como, ao contrário, tanto antecipadas quanto cautelares¹⁵.

No CPC essas diferenças deixam de ter importância, uma vez que tutela cautelar e antecipada estão previstas como tutelas de urgência em contraposição à tutela da evidência, sendo que ambas (antecipada e cautelar) exigem o requisito do *periculum in mora* e também o *fumus boni iuris*, este na mesma densidade independentemente do tipo de tutela de urgência. Não há mais que se averiguar se há mera possibilidade de existência do direito afirmado em juízo, quando se tratar de cautelar, ou a grande probabilidade de o direito ser procedente, no caso da tutela antecipada. A aparência do bom direito será analisada em cognição sumária e não exauriente, sendo totalmente despidiada a preocupação com os graus de intensidade com que ele se apresenta, para fins de distinção entre as formas de tutela¹⁶.

forma de tutela antecipada, e não o contrário. 4. Remessa oficial a que se dá provimento, restando prejudicada a apreciação do recurso de apelação” (TRF da 3ª Região, ApCv 93.03.054109-0, 1ª T., rel. Des. Federal J. Di Salvo, DJU 14-9-2005).

¹⁵ Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno, ao comentar o art. 305, afirma que “o parágrafo único evidencia a possibilidade de aplicação do art. 303 se o magistrado entender que o pedido tem natureza antecipada. Trata-se, não há porque negar, de um resquício de fungibilidade que, embora de forma invertida, deriva do § 7º do art. 273 do CPC atual e que, tanto quanto no direito atual, merece ser interpretado amplamente para albergar, também hipótese inversa, qual seja, a e de o magistrado, analisando petição inicial fundamentada no art. 303 (‘tutela antecipada’), entender que o caso amolda-se mais adequadamente à ‘tutela cautelar’. Determinando, por isso, a observância dos arts. 305 e s.”. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 227.

¹⁶ Nesse sentido, o Enunciado n. 143 do FPPC: “Ficou superada a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela antecipada, erigindo a probabilidade e o perigo de demora em requisitos comuns”. “143. (art. 300, *caput*) A redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela

Na verdade, parece-nos que no CPC ficou ultrapassada, pelo menos quanto às tutelas de urgência, a teoria da gangorra referida por Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, em tese de doutoramento defendida perante a PUC-SP, que afirmava:

Para que fique bem entendido nosso raciocínio, faz-se analogia com uma gangorra. Numa das pontas, o *fumus boni iuris*; noutra, o *periculum in mora*. Quanto maior for o *periculum*, menos importância se dará ao *fumus* para a decisão acerca da concessão da tutela de urgência. É claro que precisa haver algum *fumus*, ou seja, algum grau de convencimento do juiz da possibilidade de, ao final, reconhecer o direito invocado. Ambos os requisitos devem estar presentes, mas são os dois variáveis ao sabor das particularidades do caso concreto. A conjugação desses dois fatores, caso a caso, é que convencerá o juiz a deferir, ou não, a tutela de urgência¹⁷.

Em nosso sentir, o órgão julgador não deve ficar preso a distinções referentes aos requisitos de *fumus boni iuris* ou *periculum in mora* para decidir pela concessão da tutela de urgência cautelar ou antecipada. O art. 300 do CPC determina que os dois requisitos, quais sejam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, devem estar presentes para a concessão de ambas as tutelas de urgência. Portanto, não há que se perquirir sobre a densidade do *fumus boni iuris* e nem sobre variação na urgência.

Essa análise, em nosso sentir, não se faz necessária nem mesmo para aferir se se trata de tutela de urgência ou de evidência. De fato, para os defensores da teoria da gangorra, entende-se que, se houver grave risco de perecimento do direito, seja com relação à fruição, seja quanto à execução, trata-se de tutela de urgência. Ao contrário, se não houver *periculum in mora* será caso de o juiz averiguar se estão presentes as hipóteses de concessão da tutela da evidência. Para ambas, deve-se demonstrar o *periculum in mora*, ou seja, risco na fruição do direito ou para o risco ao próprio

cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada” (Grupo: Tutela Antecipada) (O enunciado foi formulado com base na versão da Câmara dos Deputados, aprovada em 26-3-2014; na versão final do CPC de 2015, a redação do dispositivo foi alterada. Na redação, final, o termo “tutela antecipada”, tal como constava da versão da Câmara, foi substituído por “tutela provisória”; de outro lado, o termo “satisfativa”, que constava da versão da Câmara, foi substituído por “antecipada”).

¹⁷ *Tutela jurisdicional de urgência*: regime jurídico único das tutelas cautelar e antecipada, p. 256. Tese de doutoramento defendida perante a PUC-SP em 2010.

processo. No entanto, como o CPC exige sempre a presença da probabilidade do direito, quando se tratar de tutelas de urgência, não há que se falar em concessão da medida de urgência sem dar importância à presença do *fumus boni iuris*.

Não há mais que se diferenciarem as tutelas cautelar e antecipada pelo *fumus boni iuris*, uma vez que o art. 300 exige a demonstração, em ambas as formas de tutelas de urgência, da probabilidade do direito. Então, o requerente da medida sempre terá que cumprir esse requisito. Veja-se que probabilidade é diferente de possibilidade. Quando se diz que é provável a chance de o direito existir é bem maior que quando se diz que é possível. No sistema do CPC de 1973, os juízes se contentavam com a mera possibilidade. Não bastam, assim, meras alegações sem qualquer comprovação. É preciso ter provas robustas do quanto alegado. Se o requerente da medida não tiver prova documental que demonstre a probabilidade do direito existir, poderá requerer audiência de justificação para produzir provas orais.

A necessidade de diferenciar tutelas antecipadas das cautelares ainda permanece no sistema do CPC, principalmente porque não foi adotado um regime único para ambas, sendo que somente no caso das tutelas antecipadas há a previsão da estabilização quando se tratar de concessão de forma antecedente, que reste irrecorrida pelo réu. Imagine-se, assim, que a parte tenha requerido tutela cautelar antecedente e o juiz entenda tratar-se de tutela antecipada, concedendo-a dessa forma. O réu é citado e intimado e não recorre porque não vislumbra a estabilização, uma vez que consta que o pedido foi feito de forma cautelar pelo autor. Como não apresenta recurso, o juiz entende que a medida se estabilizou. Então, percebe-se que a diferenciação, entre ambas, ainda se revela essencial, principalmente quando se fala em estabilização.

CONCLUSÕES

As tutelas provisórias de urgência, antecipada e cautelar, se distinguem pelo fato de que, na primeira, a finalidade é proteger o próprio direito proporcionando a fruição do mesmo. Já na tutela cautelar, a proteção se dá em relação ao processo, não havendo entrega do direito, mas apenas concessão de medidas tendentes a garantir o resultado útil do processo, a final.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris. v. 1.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Regime jurídico das medidas urgentes. *Revista Jurídica*, v. 49, n. 286, p. 5-28, Porto Alegre, 2001.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015*. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14541>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Comentários ao Código de Processo Civil – novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SANTOS FERREIRA, William. Responsabilidade objetiva do autor e do réu nas cautelares e antecipadas: esboço da teoria da participação responsável. *RePro*, n. 188, p. 9-51.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA RIBEIRO, Leonardo Ferres da. *Tutela jurisdicional de urgência: regime jurídico único das tutelas cautelar e antecipada*. Tese de doutoramento defendida perante a PUC-SP em 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.