

INAPLICABILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA NOS PROCESSOS CAUTELARES

Gilberto Antonio Medeiros*

Sumário: 1. Introdução; 2. O acórdão; 3. A crise do processo e a reforma processual; 4. Noção de tutela diferenciada; 5. Sobre a tutela cautelar; 5.1. Justificativa político-jurídica da tutela cautelar; 5.2. Cautelaridade e satisfatividade; 6. Da tutela antecipatória; 6.1. Justificativa político-jurídica da antecipação da tutela; 7. antecipação da tutela como solução jurídica para as denominadas cautelares satisfativas; 8. Tutela antecipada: inaplicabilidade no processo cautelar; 9. Bibliografia.

1. Introdução

As reformas introduzidas em nosso sistema processual civil nos últimos anos tiveram por finalidade dar maior celeridade e efetividade ao processo, para assim atender ao reclamo mais urgente de nossa sociedade.

Dentre as mais relevantes alterações introduzidas em nosso Código de Processo Civil através destas reformas, podemos destacar o instituto da tutela antecipada – que se insere na temática mais ampla das tutelas jurisdicionais diferenciadas – introduzida no sistema normativo brasileiro pela Lei nº 8.952/94, dando nova redação ao art. 273 do CPC, agora modificado pela Lei nº 10.444/2002..

Além de dotar o processo de uma maior efetividade¹, o surgimento do instituto da tutela antecipada veio também sanar o uso inadequado das medidas cautelares, especialmente as que se denominavam “satisfativas”.

No entanto, mesmo após vários anos de vigência deste instituto, percebemos, com freqüência, sua utilização de forma incorreta pelos operadores do Direito, os quais, não atentando para seus objetivos, trata-o como se tutela cautelar fosse e, ainda, utiliza-o no próprio processo cautelar.

O presente artigo tem por finalidade, portanto, tecer algumas considerações sobre o tema em questão - obviamente sem esgotar o assunto – utilizando-se de acórdão paradigmático para ilustrar o raciocínio aqui desenvolvido.

* Advogado em São Paulo. Professor de Direito Processual Civil. Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

¹ Na feliz expressão de LUIZ GUILHERME MARINONI (Tutela cautelar e antecipatória, p.15), efetividade da tutela é a “equação do problema, rapidez e segurança”, visando a realização dos fins do processo e a produção de efeitos no mundo fenoênico.

2. O acórdão

TUTELA ANTECIPATÓRIA – Pedido formulado em processo cautelar – Inadmissibilidade – Medida que, em face dos rigorosos requisitos para sua concessão, como a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, somente pode ser deferida em processo de conhecimento – inteligência do art. 273 do CPC.

Ementa da Redação: A antecipação da tutela, prevista no art. 273 do CPC, em face dos rigorosos requisitos para sua concessão, como a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, somente poderá ser deferida em processo de conhecimento, sendo inadmissível a aplicação do instituto em processo cautelar.

AgIn 946.139-0 – 8ª Câm. – j. 28.06.2000 – rel. Juiz Carlos Lopes.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de AgIn 946.139-0, da Comarca de Piracicaba, sendo agravante Arnaldo Costa Júnior e agravada Telesp Celular S/A.

Acórdão, em 8ª Câm. do 1º TACivSP, por v.u., negar provimento ao recurso.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que indeferiu pedido de tutela antecipada.

Ao presente recurso deixou de ser concedido efeito suspensivo, por estarem ausentes os requisitos que autorizam sua concessão.

O MM. juiz-relator dispensou as informações do Magistrado *a quo* e a

intimação da agravada para resposta, por serem desnecessárias.

É o relatório.

As provas dos autos demonstram que Arnaldo Costa Júnior ajuizou medida cautelar com pedido de tutela antecipada contra a Telesp Celular S/A, objetivando a exclusão de seu nome do cadastro de inadimplentes.

É bem de ver que o juízo monocrático indeferiu a antecipação da tutela, motivando a interposição do presente recurso.

No entanto, ao contrário do entendimento do agravante, a antecipação da tutela não tem cabimento em procedimento cautelar.

Segundo no ensina o eminente Juiz do 2º TACivSP, João Batista Lopes, “a antecipação de tutela está prevista no art. 273 do CPC, integrando, portanto, o Livro I que trata do processo de conhecimento.

Daí se conclui, para logo, que o instituto não tem aplicabilidade ao processo de execução, nem ao processo cautelar” (“Antecipação da tutela e o artigo 273 do Código de Processo Civil” – RT 729/63).

Além disso, a jurisprudência assim vem entendendo:

“Tutela antecipada – Art. 273 do CPC – Pretensão de antecipação satisfativa do direito material só pode ser deduzida na ação de conhecimento.

Ementa da Redação. O art. 273 do CPC, com sua nova redação, estabeleceu um divisor de águas.

A ação cautelar, ora em diante, destinar-se-á exclusivamente às medidas típicas, permanecendo, sem alteração no ponto, a necessidade de demonstração dos requisitos legais: *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

De outro lado, as pretensões de antecipação satisfativa do direito material só poderão ser deduzidas na ação de conhecimento, ademais de outras alterações quanto ao procedimento e o tipo da ação. Os requisitos, para a última hipótese, são diversos – e mais rigorosos – porque não basta a *fumus boni iuris*, é também necessária a demonstração (pelo autor, art. 331 CPC) da (a) prova inequívoca e da (b) verossimilhança da alegação. É fundamental, pois, nesta caso, a existência de demonstração – prévia – quanto à certeza (relativa) do direito e dos fatos alegados” (AI 95.01.42172-5-RS – 3ª T. – j. 03.10.1995 – rel. Juiz Volkmer de Castilho).

Aliás, neste sentido também vem sendo decidido no C. STJ:

“RMS – Constitucional – Processual civil – Tutela antecipada – A medida cautelar reclama *fumus boni iuris* e *periculum in mora* – Visa resguardar a eficácia da decisão futura – Não se confunde com a antecipação da tutela de prestação jurisdicional” (ROMS 7.408/SP – j. 02.09.1997 – rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).

Assim sendo, a r. decisão agravada não se reveste de qualquer abuso ou ilegalidade, ficando mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento o Juiz Antonio Carlos Malheiros e dele participaram os Juizes Rubens Cury e Constança Gonzaga.

São Paulo, 28 de junho de 2000 – CARLOS LOPES, relator.

3. A crise do processo e a reforma processual

Observamos, hoje, que a busca pela justiça não mais representa a única preocupação da jurisdição: esta foi dividida com a questão da efetividade do processo, a qual compreende dois fatores essenciais: a justiça da decisão e a celeridade na prestação jurisdicional. A célebre frase de Rui Barbosa, “*a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta*”, bem retrata esta preocupação.

Esta efetividade jurisdicional é afetada, dentre outras causas, pelo custo e pela demora de um processo judicial, quando não pela total ineficácia do resultado através dele obtido. Tudo isto decorre dos problemas estruturais que atravessa nosso Poder Judiciário, bem como dos instrumentos que dispõe para a prestação jurisdicional: leis arcaicas, deficientes e ultrapassadas, que não atendem às necessidades dos “consumidores” da justiça.

Atento para o desgaste da imagem do legislativo perante a sociedade, o legislador propôs, a partir de 1994, uma reforma processual, a qual vem modificando em muito o cenário jurídico nacional. A tutela antecipada, a uniformização da jurisprudência, a

obrigatoriedade da realização de audiência prévia de conciliação, tutela específica e tutela equivalente nas obrigações de fazer ou não fazer e a ação monitoria, foram algumas das medidas endoprocessuais tomadas para atender à necessidade da efetividade do processo, cada vez mais clamorosa em nosso meio jurídico.

Em outros ordenamentos há, inclusive, mecanismos de natureza extraprocessuais, que objetivam garantir ao cidadão o desfecho do processo em um curto prazo, obrigando o cumprimento das normas dispostas nas respectivas constituições nacionais e supranacionais, como ocorre na Corte Européia dos Direitos do Homem que vem, reiteradamente, impondo condenação, em favor do jurisdicionado, quando desrespeitadas as regras que objetivam a solução do processo dentro de um prazo razoável.

Sob este aspecto, trataremos da tutela antecipatória, uma das medidas criadas para dar efetividade ao processo, que muito vem sendo, equivocadamente, confundida com as medidas cautelares.

4. Noção de tutela diferenciada

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal determina que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.² Representa, este dispositivo, o direito ao devido processo legal, entendido não como o simples direito ao processo, mas como o direito amplo e irrestrito à apropriada tutela jurisdicional.

Este dispositivo constitucional assegura o direito a uma ordem jurídica justa, o que se traduz numa decisão efetiva, adequada e, também, tempestiva, pois a prestação judicial deve ser conferida à parte num lapso temporal admissível, sob pena de denegação da própria justiça.³

Nas palavras de BARBOSA MOREIRA⁴, no momento em que o Estado tomou para si a atribuição de distribuir justiça, proibindo a defesa sob forma de autotutela privada, “*assumiu para com todos e cada um de nós o grave compromisso de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas previstas nas normas por ele mesmo editadas*”, pelo que “*o processo avizinha-se do optimum, na proporção em que tende a fazer coincidir a situação concreta com a situação abstrata prevista na regra jurídica*”.

No intuito de amparar todas as possíveis necessidades de tutela, foram criados mecanismos para administração da jurisdição; instrumentos que visam a atender às necessidades

² Neste ponto, trouxe a atual Carta Magna uma inovação, visto que a Constituição anterior somente protegia a lesão. Tendo a Carta de 1988 amparado também a ameaça a direito, tornou-se evidente a necessidade do Estado tutelar as situações de urgência.

³ Segundo Kazuo Watanabe, “*o princípio do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas, sim, o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da Justiça e também o acesso à ordem jurídica justa*” (in Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer, AJURIS, v. 66, mar/96, p.160/161).

⁴ Apud Luiz Guilherme Marinoni, in RT 663/243.

substanciais; cada um deles para determinada situação, cujo critério foi o grau de cognição exigido por ela.⁵

No entanto, este modelo tradicional de formas de processo (conhecimento, cautelar e execução) não tem atendido às necessidades de determinadas situações. Hoje, fala-se em tutela diferenciada, cujo termo é empregado para definir a tutela que não se pode ser amparada pelos tradicionais procedimentos. Assim, “a tutela diferenciada refere-se à predisposição do sistema à adoção de novos procedimentos de cognição plena exauriente, adaptados às exigências de direito material, ou à adoção de procedimento e provimentos sumários, cautelares ou não, que atinjam os mesmos resultados obtidos em tutelas de cognição integral.”⁶

No entanto, não raramente observamos o equívoco em que incorre alguns operadores do direito, ao confundir esta espécie de tutela diferenciada – a antecipação da tutela – com a clássica medida liminar concedida em ação cautelar. Ou até mesmo, como é o caso tratado no acórdão em comento, do pedido de tutela antecipada nos autos de ação cautelar, o que é vedado pelo atual ordenamento jurídico.

5. Sobre a tutela cautelar

5.1 Justificativa político-jurídica da tutela cautelar

A tutela cautelar é um dos clássicos instrumentos criados para evitar o perecimento do direito em razão do lapso temporal exigido para a prestação jurisdicional no processo conhecimento. Visa, esta ação, como sabemos, prevenir riscos que possam impedir o êxito da execução futura.

Assim, não podemos nos afastar, para análise do tema aqui tratado, de sua característica marcante é a acessoriedade, ou seja, a finalidade precípua do processo cautelar é assegurar o resultado do processo de conhecimento ou do processo de execução.

Não guarda, o processo cautelar, nenhuma relação com a entrega da prestação jurisdicional antes da finalização da ação, por simples questão de conveniência ao autor. Deve, necessariamente, servir de amparo ao processo principal, garantindo que se efetive sua execução.

Logo, só podemos falar em cautelaridade quando houver situação de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação que ameace a efetivação prática da tutela jurisdicional

⁵ Como sabemos, o que diferencia os tipos de processo tradicionalmente adotados é a intensidade da cognição: no processo de conhecimento, a cognição é ampla e irrestrita; no processo cautelar, ela é superficial, limitada à superficial demonstração do direito e da necessidade da providência para assegurar a execução do processo principal; enquanto que no processo de execução, a cognição se limita à apresentação do título líquido, certo e exigível (a cognição mais profunda somente teria lugar em sede de embargos à execução, se interpostos).

⁶ Vicente de Paulo Marques Vicente de Paula Marques Filho, *Procedimento Monitorio – Natureza Jurídica do Mandado Monitorio e dos Embargos ao Mandado*, p. 23.⁷ *Apud* Luiz Orione Neto, *Liminares no processo civil*, p. 52.

a ser entregue no processo de conhecimento. “*Não há cautela sem risco de ocorrência de dano*”, na lição de BETINA RIZZATO LARA.⁷

5.2 Cautelaridade e satisfatividade

Por criação doutrinária e jurisprudencial, foram instituídas as chamadas ‘cautelares satisfativas’, ou até mesmo ‘medidas liminares satisfativas’, as quais não se limitam a assegurar o resultado útil do processo de conhecimento, mas sim, avançam para a entrega da própria prestação jurisdicional, dispensando a propositura da ação principal. Muito foram utilizadas para liberação de cruzados, levantamento de FGTS, para concessão de alimentos, dentre outras circunstâncias, adquirindo feições de provimento satisfativo *stricto sensu*, pois nenhuma relação guardavam com a garantia de execução do processo principal.

Representam, estas medidas, uma ação atípica, pois inconcebível que um instrumento que visa acautelar um direito, como é o caso da processo cautelar, o satisfaça plenamente, sem a necessidade da propositura de um processo de conhecimento. “*A satisfatividade é incompatível com a cautelaridade*”, como bem leciona NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY⁸. E ainda, nas claras palavras de LUIZ ORIONE NETO⁹, “*quando um direito é satisfeito nada é assegurado e nenhuma função cautelar é cumprida*”.

6. Da tutela antecipatória

6.1 Justificativa político-jurídica da antecipação da tutela

Como já vimos no primeiro tópico deste trabalho, intitulado ‘A crise do processo’, um dos problemas mais tormentosos que aflige é a morosidade do processo. Por um lado, temos que o Poder Judiciário deve, sempre, assegurar o devido processo legal, o que implica em um conjunto intrincado de atos processuais, associado à demora de um rito próprio, para sua completa efetivação. Por outro, observamos o clamor da sociedade por uma resposta célere para os seus conflitos de interesses.

Foi exatamente sob a luz destas expectativas que foi criada, através da Lei nº 8.952/94, a qual introduziu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, a antecipação da tutela, através da qual, mediante prova inequívoca e verossimilhança das alegações do autor, o juiz pode – e deve – antecipar os efeitos da tutela pretendida.

Este novo conceito foi introduzido na sistemática processual de forma a celerar o processo e sobretudo de limitar, tanto quanto possível, o uso, por parte do réu, da dinâmica normalmente arrastada do processo para prolongar por largo tempo a efetiva prestação

⁷ *Apud* Luiz Orione Neto, *Liminares no processo civil*, p. 52.

⁸ *In Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 908.

⁹ *In Liminares no Processo Civil e Legislação Extravagante*, p. 57.

jurisdicional. Assim, “a introdução do instituto da tutela antecipada em nossa legislação (a partir da experiência italiana), neste diapasão parece claramente orientar-se neste sentido, procurando viabilizar, em última análise, a conciliação ideal dos principais aspectos antagônicos da prestação jurisdicional, dinamizando-a, no mais amplo sentido”.¹⁰

7. A antecipação da tutela como solução jurídica para as denominadas cautelares satisfativas

Observamos, assim, que com o advento da possibilidade de antecipação da tutela não mais se justifica a utilização das denominadas cautelares satisfativas, incorrendo em falta de interesse processual o jurisdicionado que pretender antecipar satisfativamente os efeitos do processo principal através deste tipo de medida cautelar, a qual foi criada a fim de preencher uma lacuna não mais existente em nosso ordenamento jurídico.

Nas palavras de LUIZ ORIONE NETO, “o expediente das impropriamente denominadas cautelares satisfativas consistiam na solução criativa dos advogados e dos tribunais, para colmatar uma lacuna, que o sistema não tem mais.”¹¹

A Lei 8.952/94 veio justamente a confirmar o entendimento de que não existem cautelares satisfativas: ou a tutela é cautelar e não admite o caráter meramente satisfativo; ou é sumária satisfativa, e deve ser pleiteada dentro do processo de conhecimento, sendo a lei muito mais exigente para sua concessão, pois esta importa na satisfação do direito.

8. Tutela antecipada: inaplicabilidade no processo cautelar

Em razão de sua própria natureza e justificativa jurídico-política é que se torna imprópria a utilização da antecipação da cautela em ações cautelares.

Como vimos, este instituto foi introduzido em nosso sistema no único intuito de minimizar os efeitos da delonga processual, abreviando a prestação da tutela pretendida pelo autor. Está disposta no Livro I do Código Processual, que trata do processo de conhecimento, o que deixa claro que sua utilização é específica para este tipo de ação.

Logo, inadmissível sua utilização nos demais tipos de processo, por absoluta incompatibilidade¹², pois no processo de execução, a tutela pretendida (ordem de pagamento sob pena de constrição dos bens do devedor) é concedida logo no início do processo, não havendo interesse processual para pleitear sua antecipação.

¹⁰ Reis Friede, *Liminares em tutela cautelar e tutela antecipatória*, p. 88.

¹¹ In *Liminares do Processo Civil e Legislação Extravagante*, p. 55.

¹² Citamos acórdão proferido pelo Des. José Tadeu Cury: “Na nova sistemática processual, a antecipação da tutela não deve ser confundida com a medida cautelar, pois os institutos são diferentes, sendo o primeiro de cunho satisfativo enquanto que o segundo tem cunho acautelatório da ação principal” (TJ-MT, 3ª Câm. Civil, Ap. 18.282, DJMT 27.02.98, p. 25).

Já com relação ao processo cautelar, em razão da sua instrumentalidade e natureza acautelatória, qualquer medida concedida, mesmo liminarmente, deverá, sempre, ter o objetivo assegurar a execução da ação principal. Como poderia ser concedida uma medida satisfativa, como é a tutela antecipada, se o único objetivo do processo cautelar é assegurar a execução do julgado a ser proferido?

Como bem colocado por REIS FRIEDE¹³, “a tutela cautelar, é importante advertir, alude a uma forma de jurisdição impropriamente considerada (uma jurisdição essencialmente extensiva) que, em nenhuma hipótese, permite a caracterização de uma lide de caráter meritório. Por via de consequência, a sentença de cunho cautelar não pode e, de fato, não objetiva, em nenhum caso, a obtenção de um resultado concreto que venha, de alguma maneira, a antecipar os efeitos próprios da sentença da ação principal, salvo, em situações excepcionalíssimas, em que a proteção cautelar concedida – sempre por vias transversas – esvazia indiretamente (sem propender ostensivamente esta finalidade) o conteúdo meritório da lide cognitiva.”¹⁴

Outra questão também é fundamental importância são os requisitos exigidos para a concessão da tutela antecipada, prova inequívoca e verossimilhança da alegação, incompatível com a superficialidade cognitiva do processo cautelar.

Como bem ensina REIS FRIEDE¹⁵, “a consideração básica que se deve fazer a propósito do tema, é que a verossimilhança exigida no texto da lei – por aludir a existência prévia de prova inequívoca da alegação – não se confunde com o simples *fumus boni iuris* específico (inerente à tutela cautelar) sendo, em termos de gradação do juízo próprio de probabilidade plausível da efetiva existência do direito alegado, de maior rigor quanto a sua plena caracterização.”

9. Bibliografia

- BATALHA, Wilson de Campos e NETTO. Sílvia Marina Labate Batalha Rodrigues, *Cautelares e Liminares*, 3ª edição, São Paulo: LTr, 1996.
- MARQUES FILHO, Vicente de Paula. *Procedimento Monitorio*, Curitiba: Editora Juruá, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e tutela antecipatória*, São Paulo: RT, 1994.
- NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em Vigor*, 3ª edição, São Paulo: RT, 1997.
- ORIONE NETO, Luiz. *Liminares no Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante*, São Paulo: Lejus, 2000.
- REIS, Friede. *Liminares em Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Destaque, 1999.

¹³ In ob. cit., p. 89.

¹⁴ No entanto, complementando o entendimento exposto acima, é bom frisarmos que, como já vimos neste trabalho, as denominadas cautelares satisfativas foram substituídas pela tutela antecipada.

¹⁵ In ob. cit., p. 115.