

# Tutela de urgência: onde estamos e para onde (talvez) iremos<sup>1</sup>

**LEONARDO FERRES DA SILVA RIBEIRO**

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Especialista em Direito dos Contratos e Direito Processual Civil pelo Centro de Extensão Universitária - CEU. Professor do curso de pós-graduação *lato sensu* em processo civil do COGEAE – PUC/SP em São Paulo, Brasília, Campo Grande e Salvador. Professor convidado do curso de pós-graduação *lato sensu* em processo civil da PUC/RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Advogado em São Paulo.

Sumário: 1 – O modelo constitucional do processo. 2 – A necessária diferenciação entre tutela jurisdicional e prestação jurisdicional e o tema da efetividade do processo. 3 – A tutela diferenciada e sua relação com a efetividade do processo: a técnica da tutela de urgência. 4- O quadro conflituoso dos princípios no qual se insere a tutela de urgência. 5 - Especificamente sobre a tutela jurisdicional de urgência: a técnica cautelar e a técnica antecipatória. 6 - Requisitos idênticos para concessão das tutelas de urgência: *fumus boni juris* e *periculum in mora* tanto para a cautelar quanto para a antecipação de tutela. 7 - Indo além dos requisitos para concessão: aplicação das disposições contidas no Livro III à tutela antecipatória prevista no inciso I do art. 273 do CPC. 8 - “Fungibilidade” entre a tutela cautelar e a tutela antecipada ou “regime jurídico único” das tutelas de urgência? Uma visão crítica. Bibliografia.

## 1. O modelo constitucional do processo civil

Cada país tem seu modelo processual-constitucional, construído em conformidade com as opções ideológicas dominantes que estão insculpidas nos princípios fundamentais do seu ordenamento constitucional. Não há nenhuma novidade nessa afirmativa, mas o que interessa notar é que, em tempos atuais, há um forte movimento, na doutrina, pela conformação da lei à Constituição ou, noutras palavras, por uma interpretação da lei *conforme* os mandamentos constitucionais. Pode-se dizer, nesse sentido, que a lei perdeu o seu posto de supremacia e está subordinada à Constituição.

---

<sup>1</sup> Artigo publicado em *Processo Civil em movimento: diretrizes para o novo CPC*. Coord. Eduardo Lamy, Pedro Manoel Abreu e Pedro Miranda de Oliveira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 330/340.

Hodiernamente, a legislação deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. É nesse panorama que se insere a chamada “constitucionalização do processo”.

Embora o assunto em questão esteja merecendo atenção detida de inúmeros processualistas, não se trata, propriamente, de um fenômeno recente.

Com efeito, colhe-se da doutrina de Joan Picó I Junoy a notícia de que a partir da primeira metade do século XX, em países da Europa que tiveram regimes totalitários, houve a preocupação em constitucionalizar, sob um sistema “reforçado” de reforma, garantias mínimas do processo para impedir violações por parte de legisladores futuros.<sup>2</sup> É fato, porém, que presentemente o tema voltou ser objeto de intenso estudo e tem ocupado muito espaço na doutrina nacional e estrangeira<sup>3</sup>.

Mas, afinal, o que é o modelo constitucional do processo? Pode-se dizer, de forma simplista (mas não menos correta) que se trata de uma leitura das normas do processo civil de acordo com direitos fundamentais garantidos pela Constituição. Não é de hoje que, numa visão neoprocessualista, a lei perdeu o seu posto de supremacia e está subordinada à Constituição.

Nos dizeres de João Batista Lopes trata-se de um método de estudo que *“tem como ponto de partida e de chegada a própria Constituição Federal, mas não se pode ignorar, à evidência, os princípios e regras do direito processual civil. Não se trata, pois, de esvaziar o direito processual civil, mas de estudá-lo à luz da Constituição para fazer atuar concretamente os valores da ordem jurídica.”*<sup>4</sup>

Não se pode deixar de dar ouvidos à prudente advertência do mesmo professor, João Batista Lopes, que, apoiado em Dworkin, Alexy, Canaris e Tércio Sampaio Ferraz, nos informa quanto aos riscos de supervalorização dos princípios constitucionais do processo, lembrando que os princípios, posto que sejam normas fundantes, não são absolutos, devendo ser avaliados à luz do princípio da proporcionalidade.<sup>5</sup>

Com base nessa “leitura” do ordenamento constitucional-processual, tem havido uma revisitação dos princípios e institutos do processo civil. Sem a pretensão de se estender nesse

---

<sup>2</sup> Joan Picó I Junoy. *Las Garantias Constitucionales del Proceso*, JMBosch Editor, 1997, p. 17

<sup>3</sup> No Brasil, v., dentre outros tantos, Maria Elizabeth de Castro Lopes e Eduardo de Melo de Mesquita; na Itália, Luigi Paolo Comoglio e Luigi Montesano; e, na Espanha, Joan Picó I Junoy.

<sup>4</sup> João Batista Lopes, Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil, *In: Revista de Processo* – 116, RT, p.30.

<sup>5</sup> Idem, *ibidem*, p. 31/32

tema, pode ser dito, num breve resumo e a título de exemplo, entre outros, que a ação, antes estudada como um direito subjetivo, foi alçada à condição de garantia constitucional, exprimindo a necessidade de um acesso efetivo à ordem jurídica justa e não simplesmente um acesso formal ao Poder Judiciário; o princípio do contraditório ganhou maior amplitude, compondo o trinômio “informação, reação e diálogo”; a tutela jurisdicional passou a ser vista como sinônimo de efetiva proteção e satisfação do direito, indo muito além de um simples instrumento estatal de solução de conflitos.

A tutela de urgência, objeto específico deste ensaio, também passou a ser vista como uma garantia constitucional, sendo certo que qualquer disposição normativa que vede ou dificulte tal forma de tutela deve ser tida como inconstitucional. Em linhas gerais, pode-se afirmar que para situações urgentes a lei processual (e a interpretação desta) deve permitir o mais amplo e tempestivo acesso à tutela jurisdicional necessária, sob pena de se tornar inútil e, portanto, inconstitucional.

Fica patente, portanto, que a releitura imposta pelo fenômeno da constitucionalização do processo civil, tem enorme importância na abordagem que deve ser dada a tutela jurisdicional de urgência e a todo o seu instrumental previsto na legislação ordinária.

Encerramos esses rápidos comentários a respeito da constitucionalização do processo com as palavras de José Roberto dos Santos Bedaque que, com acerto e propriedade, adverte: “*o correto entendimento do complexo de normas constitucionais, direcionadas para a garantia do sistema processual, constitui o primeiro passo para conferir maior efetividade possível à tutela que emerge do processo*”<sup>6</sup>.

## **2. A necessária diferenciação entre tutela jurisdicional e prestação jurisdicional e o tema da efetividade**

Importante é a distinção entre tutela jurisdicional e prestação jurisdicional. A primeira implica essencialmente a efetiva proteção e satisfação do direito. A segunda consiste mais

---

<sup>6</sup> José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 3ª.ed., S.Paulo: Malheiros, p. 63.

propriamente no serviço judiciário, que se instrumentaliza por meio do processo para a solução da lide.<sup>7</sup>

Bem se vê, portanto, que a tutela jurisdicional vai além da garantia ao devido processo constitucional – que é, em última análise, o instrumento estatal de solução de conflitos –, implicando uma garantia de meios efetivos para a realização *in concreto* do direito material.

Assim, o processo, como instrumento de realização do direito material, deve proporcionar uma tutela célere, adequada e eficaz ou, noutros termos, simplesmente *efetiva*.

Por sua vez, o conceito de efetividade é, como bem esclareceu José Carlos Barbosa Moreira<sup>8</sup>, uma noção abrangente que comporta dose inevitável de fluidez.

É evidente que, quando se emprega o termo efetividade no processo, quer se traduzir uma preocupação com a eficácia da lei processual, com sua aptidão para gerar os efeitos que dela é normal esperar.<sup>9</sup>

Nesse contexto – da efetividade –, imperioso falar em um processo civil de resultados, dotado de mecanismos e técnicas adequadas para alcançar os resultados pretendidos. A noção

---

<sup>7</sup> Essa diferenciação é feita de modo lapidar por Humberto Theodoro Junior: “Urge não confundir tutela com prestação jurisdicional; uma vez que se tem como abstrato o direito de ação, a garantia de acesso do litigante à justiça lhe assegura um provimento jurisdicional, capaz de proporcionar a definitiva solução para o litígio, mesmo quando o autor não detenha de fato o direito que afirma violado ou ameaçado pelo réu. Na satisfação do direito à composição do litígio (definição ou atuação da vontade concreta da lei diante do conflito instalado entre as partes) consiste a prestação jurisdicional. Mas, além dessa pacificação do litígio, a defesa do direito subjetivo ameaçado ou a reparação da lesão já consumada sobre o direito da parte também incumbe à função jurisdicional realizar, porque a justiça privada não é mais tolerada (salvo excepcionalíssimas exceções) pelo sistema de direito objetivo moderno. Assim, quando o provimento judicial reconhece e resguarda *in concreto* o direito subjetivo da parte, vai além da simples prestação jurisdicional e, pois, realiza a tutela jurisdicional. Todo litigante que ingressa em juízo, observando os pressupostos processuais e as condições da ação, tem direito à prestação jurisdicional (sentença de mérito ou prática de certo ato executivo); mas nem todo litigante faz jus à tutela jurisdicional” (*Tutela jurisdicional de urgência – Medidas Cautelares e Antecipatórias*, 2. ed., América Jurídica, p. 2.)

<sup>8</sup> Barbosa Moreira, em sua obra, traça as linhas mestras da efetividade, a saber: “(a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; (b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; (c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; (d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; (e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias” (Efetividade do processo e técnica processual, *Revista Forense* 329/97).

<sup>9</sup> São essas as palavras de E.D. Moniz de Aragão no texto “Efetividade do Processo de Execução”, *O Processo de Execução – Estudos em homenagem ao Prof. Alcides de Mendonça Lima*, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995, p.137.

chiovendiana de efetividade<sup>10</sup> não basta ao processualista moderno. O processo civil não só precisa estar apto a efetivar todos os direitos assegurados, mas também, e principalmente, fazê-lo de uma forma mais ágil, célere e eficaz, com o menor dispêndio de tempo e de recursos possível, traduzindo uma preocupação social.

Em tempos hodiernos, busca-se um provimento jurisdicional que atenda satisfatoriamente todos os direitos e garantias assegurados no ordenamento jurídico. Tal idéia de efetividade está ligada a uma noção muito mais ampla do que uma simples análise jurídica dos institutos processuais, espraiando seus efeitos para fora do processo.<sup>11</sup>

### **3. A tutela diferenciada e sua relação com a efetividade do processo: a técnica da tutela de urgência**

Além da clássica doutrina processual, que contempla três espécies de tutelas jurisdicionais – (i) cognitiva ou de conhecimento (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*), (ii) executiva e (iii) cautelar –, a tutela jurisdicional comporta outra classificação, com base na técnica processual adotada.

Utilizando-se desse último critério, a doutrina fala em tutela comum (ordinária) e tutela diferenciada.

A tutela comum é aquela que não apresenta especificidades e justamente por isso é adotada para a generalidade dos casos. Por sua vez, a tutela diferenciada, como bem sintetiza João Batista Lopes, significa o conjunto de técnicas e modelos para fazer o processo atuar pronta e eficazmente, garantindo a adequada proteção dos direitos segundo as necessidades de cada caso, obedecidos os princípios, as regras e os valores da ordem jurídica<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Deve-se a Chiovenda a célebre frase que se tornaria lema do processualista na incessante busca de um processo civil de resultados: “Il processo deve dare per quanto possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli há diritto di conseguire” (Dell’azione nascente dal contratto preliminare, *Riv. Dir. Comm.*, 1911).

<sup>11</sup> Interessante, nesse contexto, trazer à baila elucidativo texto de Cândido Rangel Dinamarco, que nos ensina que, “suplantado o período sincrético pelo autonomista, foi preciso quase um século para que os estudiosos se apercebessem de que o sistema processual não é algo destituído de conotações éticas e objetivos a serem cumpridos no plano social, no econômico e no político. Preponderou por todo esse tempo a crença de que ele fosse mero instrumento do direito material apenas, sem consciência de seus escopos metajurídicos. Esse modo de encarar o processo por um prisma puramente jurídico foi superado a partir de quando estudiosos, notadamente italianos (destaque a Mauro Cappelletti e Vittorio Denti), lançaram as bases de um método que privilegia a importância dos resultados da experiência processual na vida dos consumidores do serviço jurisdicional, o que abriu caminho para o realce hoje dado aos escopos sociais e políticos da ordem processual, ao valor do acesso à justiça e, numa palavra, à instrumentalidade do processo” (O futuro do direito processual civil, *Revista Forense*, vol. 36, p. 27.)

<sup>12</sup> João Batista Lopes, *Curso de Direito Processual Civil*, p. 22.

A tutela jurisdicional diferenciada está intimamente ligada à efetividade do processo, na medida em que deve ser assegurada à parte a espécie de tutela mais adequada à efetiva e real proteção do direito invocado.

Nesse sentido, como bem ensina Donaldo Armelin, “dois posicionamentos, pelo menos, podem ser adotados a respeito da conceituação de ‘tutela diferenciada’; um, adotando como referencial da tutela jurisdicional diferenciada a própria tutela, em si mesma, ou seja, o provimento jurisdicional que atende à pretensão da parte, segundo o tipo da necessidade de tutela nele veiculado. Outro, qualificando a tutela jurisdicional diferenciada pelo prisma de sua cronologia *no iter procedimental* em que se insere, bem assim como a antecipação de seus efeitos, de sorte a escapar das técnicas tradicionalmente adotadas nesse particular”<sup>13</sup>.

Voltando-se os olhos ao segundo sentido da expressão *tutela jurisdicional diferenciada*, fala-se em *tutela de urgência*, espécie altamente vocacionada a dar vazão à garantia constitucional do acesso a uma tutela jurisdicional efetiva.

Quando se está diante de um risco plausível de que a tutela jurisdicional não se possa efetivar, medidas (de urgência) devem ser promovidas para garantir a futura execução ou antecipar os efeitos da decisão final. O monopólio estatal da jurisdição impõe uma atitude tendente a coibir os danos causados pela demora para a efetivação da tutela jurisdicional, sob pena de sério risco à autoridade e legitimação do próprio Poder Judiciário perante a sociedade, porquanto, uma vez proibida a autotutela, os envolvidos no litígio estão impossibilitados de realizar seus direitos, senão pela via judicial.

Assim, uma resposta útil, eficaz, adequada e tempestiva é mister do Poder Judiciário, único dotado de jurisdição e, portanto, dos meios e instrumentos adequados e eficazes para satisfazer as pretensões que a ele se formulam.

O processo civil clássico sempre encontrou lastro num sistema de tutela de direitos fundado, exclusivamente, na preocupação com a restauração em pecúnia dos direitos violados. Tal panorama, como é cediço, não satisfaz a sociedade moderna. Dessa forma, o processo civil moderno tem que abarcar todas as formas de tutela, *v.g.*, preventiva, ressarcitória, inibitória etc., de forma a garantir de maneira efetiva todos os direitos.

Mas não é só. Mais do que a previsão de tutelas tendentes a garantir tudo aquilo a que tem direito o cidadão, faz-se necessário que existam instrumentos aptos a garantir a prestação da

---

<sup>13</sup> Donaldo Armelin, Tutela jurisdicional diferenciada, *RePro* 65/46.

tutela no exato momento em que ela necessita ser prestada, evitando-se com isso a inutilidade de uma tutela jurisdicional tardia.

É justamente nesse contexto que a tutela jurisdicional diferenciada, notadamente a tutela de urgência, ganha importância e relevo.

#### **4. O quadro conflituoso dos princípios no qual se insere a tutela de urgência**

A Constituição Federal assegura a todos os jurisdicionados o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), ao qual se integra as garantias do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV).

Assim, numa primeira análise, pensar numa justiça imediata (urgente), sem o respeito ao *iter* obrigatório exigido pelo devido processo legal, pelo contraditório e pela ampla defesa parece ir de encontro a uma determinação constitucional.

Por outro lado, não se pode perder de vista que a Constituição consagrou o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º XXXV)<sup>14</sup>, o qual deve ser entendido como uma garantia a uma tutela jurisdicional, na qual se insere como elemento intrínseco à própria tutela o conceito de *efetividade*, daí porque se fala, hodiernamente, no princípio constitucional da efetividade.

Além disso, a Constituição Federal assegura a todos a duração *razoável* do processo, daí a imperiosa necessidade de o legislador equilibrar o fator “tempo” no processo. Assim, a duração do processo, com respeito a todas as garantias inerentes ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, não raras vezes, pode redundar em graves danos ao direito material que se busca proteger e resguardar na lide, traduzindo-se em inefetividade da tutela jurisdicional.

Tem-se, portanto, um conflito das seguintes garantias constitucionais: de um lado, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa; de outro lado, a inafastabilidade do controle jurisdicional, o acesso a uma tutela jurisdicional efetiva, a duração razoável do processo e a isonomia. Como resolvê-lo?

---

<sup>14</sup> Nesse sentido, v. nosso “Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”. In: OLIVEIRA NETO, Olavo e LOPES, Maria Elizabeth Castro (Org.). *Princípios Processuais Civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 47-77.

O equilíbrio, nesses casos, pode ser alcançado por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade<sup>15</sup>, também de cunho constitucional. Assim, considerando-se os bens em jogo e a situação concreta, pode (deve) o magistrado, por exemplo, dar prevalência momentânea à inafastabilidade, efetividade, igualdade e razoável duração do processo, afastando o risco de inutilidade da tutela jurisdicional, por meio de uma tutela de urgência, em caráter liminar, postergando as garantias do devido processo legal, com a observância do contraditório e da ampla defesa para um momento ulterior<sup>16</sup>. A essa atividade judicial – de sanar ou prevenir lesões ou ameaças a direito até uma solução definitiva –, necessária e imprescindível por respeito à garantia de efetividade da tutela jurisdicional, dá-se o nome de “litisregulação”<sup>17</sup>.

Nesta solução não há o sacrifício de nenhum princípio constitucional, somente um ajuste temporário, fazendo preponderar aqueles que têm maior valor para que o caso concreto possa ser solucionado de acordo com a ordem constitucional.

Assim, para garantir a qualidade da tutela jurisdicional, o legislador precisou estruturar um tratamento para as situações urgentes (e excepcionais) que implicassem risco à própria jurisdição. É nesse panorama que se insere a tutela de urgência.

## **5. Especificamente sobre a tutela jurisdicional de urgência: a técnica cautelar e a técnica antecipatória**

---

<sup>15</sup> Acerca de tal princípio – de vital importância na busca de um processo civil efetivo – ensina-nos Nelson Nery Junior: “segundo o princípio da proporcionalidade, também denominado de ‘lei da ponderação’, na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado” (*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 161).

<sup>16</sup> É conhecida a doutrina, entre outros de Alexy e Dworkin, pela qual pode-se afirmar que o conflito entre princípios se resolve diferentemente do conflito entre regras. Havendo colisão entre princípios permite-se o balanceamento de valores e interesses, avaliando-se os interesses em jogo e ponderando-se os princípios conflitantes, de forma a dar prevalência ao valor mais relevante sem que com isso tenha-se por “revogado” ou “inválido” o princípio subjugado. Por sua vez, o conflito entre regras obedece a lógica do “tudo ou nada”, sendo inconcebível a validade simultânea de regras contraditórias; dessa forma, uma será aplicada e a outra excluída do sistema.

<sup>17</sup> “É nesse quadro principiológico conflituoso que se impõe a tutela jurisdicional de urgência, como remédio provisório e necessário. Assim, no hiato inevitável interposto entre o ajuizamento da causa e o provimento final de mérito, os problemas que põem em risco a efetividade do processo devem ser equacionados pelo juiz, afastando-se de imediato tudo aquilo que possa tornar inútil ou insatisfatória a prestação definitiva que se espera alcançar ao fim do processo. A essa atividade judicial complementar dá-se o nome de “regulação provisória” ou “litisregulação”, ou, ainda, “tutela de urgência”. A litisregulação, nessa ordem de idéias, compreende atividade judicial distinta da que o devido processo legal atingirá, na solução do litígio, mas é também atividade jurisdicional, porque tende a sanar ou prevenir lesões ou ameaças a direito que não podem ser subtraídas ao Poder Judiciário, segundo a garantia de efetividade da tutela jurisdicional” (Humberto Theodoro Junior, *Tutela jurisdicional de urgência – Medidas Cautelares e Antecipatórias*, p. 12).



A tutela de urgência foi disponibilizada, num primeiro momento, pela técnica da tutela cautelar e, num momento ulterior, pela antecipação de tutela.

A falta de sensibilidade para a necessidade de real adequação do processo ao direito material conduziu-nos à universalização do procedimento ordinário, que durante um bom tempo foi visto como o apto a propiciar uma tutela adequada às diversas situações exigidas pelo direito material.

Ocorre que o procedimento ordinário tem suas raízes presas à idéia de “segurança”, o que se mostrou, em tempos atuais, inefetivo e inábil para tutelar de forma célere e eficaz os direitos<sup>18</sup>. Isso gerou uma imensa hipertrofia do processo cautelar, que passou a funcionar como verdadeira “válvula de escape”, na busca de uma tutela jurídica adequada. A tutela cautelar passou a ser utilizada, portanto, como o veículo de todas as tutelas sumárias e urgentes.

Foi justamente nesse contexto que se introduziu, pela Lei nº 8.952/94, o instituto da tutela jurisdicional antecipada, permitindo-se ao juiz, com base numa razoável probabilidade do direito do demandante (cognição sumária), conceder desde logo uma tutela provisória, da mesma natureza daquela que muito provavelmente será outorgada a final, eliminando-se com isso os efeitos deletérios da espera por uma cognição exauriente. É o que bastou para recolocar a cautelar de volta aos trilhos.

Não se pode olvidar, portanto, que a tutela cautelar e a tutela jurisdicional antecipada são duas espécies do mesmo gênero (tutelas de urgência), ambas vocacionadas a neutralizar os males do tempo no processo judicial.

Contudo, a doutrina, em uníssono, diferencia a medida cautelar da antecipação de tutela. Diz-se que com a primeira assegura-se para viabilizar uma futura execução; por sua vez, com a segunda, executa-se para assegurar. Com base nesse raciocínio, repete-se, à saciedade, que a cautelar não é satisfativa e a antecipação o é.

---

<sup>18</sup> A propósito, Kazuo Watanabe tece as seguintes ponderações: “uma das características da sociedade moderna é o ritmo acelerado e agitado das relações sociais, econômicas e jurídicas que nela ocorrem. Resulta ela da instantaneidade das comunicações, do encurtamento das distâncias, da incorporação dos mais avançados instrumentos tecnológicos, v.g., o computador cada vez mais sofisticado à vida cotidiana e a serviço de entidades públicas e privadas, que deles se valem até para a tomada de decisões que envolvem direitos de terceiros ou de alguma forma repercutem na esfera jurídica dos mesmos, e de inúmeros fatores (...). O direito e o processo devem ser inerentes à realidade, de sorte que as normas jurídico-materiais que regem essas relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo de vida, criando os mecanismos de segurança e de proteção que reajam com agilidade e eficiência às agressões ou ameaças de ofensa. E, no plano processual, os direitos e pretensões materiais que resultam da incidência dessas normas materiais devem encontrar uma tutela rápida, adequada e ajustada ao mesmo compasso” (*Da cognição no processo civil*, p.142/143)

Tal posicionamento, ao que parece, está respaldado pelo Código de Processo Civil, que diferencia, inclusive, o regime legal da medida cautelar e da antecipação de tutela, tanto no procedimento, quanto nos requisitos para obtenção das medidas.

Vejam, a seguir, breves notas a respeito dessas duas espécies de tutela de urgência, traçando-lhes as características, para, após, analisarmos se faz sentido (ou não) a manutenção de regimes jurídicos distintos para a cautelar e para a antecipação de tutela.

A tutela cautelar foi a primeira espécie de tutela de urgência a ser tratada de forma genérica e abrangente pelo legislador brasileiro, tendo merecido, inclusive, livro próprio (III) no Código de Processo Civil.

Como é assente na doutrina pátria, as medidas cautelares encontram arrimo no princípio da inafastabilidade da jurisdição, tendo por escopo resguardar e proteger o resultado útil da própria atividade jurisdicional<sup>19</sup>.

Com efeito, a cautelar não possui um fim em si mesmo, devendo servir de instrumento para a garantia de outro processo, dito principal. O processo cautelar é conhecido como *instrumento do instrumento*, na medida em que o próprio processo cautelar, enquanto instrumento, serve a outro processo, igualmente instrumental.

Noutras palavras, o processo cautelar presta-se à tutela do processo, pois visa a garantir a utilidade do processo principal (de conhecimento ou executivo), este último, sim, voltado à tutela do direito material. Isso porque os processos de conhecimento e de execução são muito demorados e em algumas situações, se desprovidos de uma tutela cautelar que assegure sua eficácia, chegarão ao seu deslinde completamente desprovidos de utilidade.

Disso resulta que a finalidade do processo cautelar é garantir o correto funcionamento da máquina jurisdicional, de forma que os provimentos judiciais não sejam simples declarações desprovidas de eficácia prática, daí sua característica notadamente instrumental<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Nesse sentido, precisas as palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier: “A razão de ser das medidas cautelares liga-se ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Isto significa que, estando as partes, como regra geral, impedidas de resolver seus conflitos pela autotutela, compromete-se o Estado a apreciar as pretensões que lhe são formuladas, devendo prestar jurisdição. O direito à prestação jurisdicional há muito se entende não se confundir com o direito à obtenção de ‘uma sentença transitada em julgado’. O jurisdicionado faz jus, isto sim, à tutela jurisdicional efetiva e eficaz. Portanto, se a finalidade das medidas de natureza cautelar é garantir a possibilidade de eficácia da providência jurisdicional final, elas existem justamente para ensejar a aplicabilidade plena do princípio constitucional da inafastabilidade jurisdicional” (Fungibilidade de meios: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In: *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais*, coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, vol. 4, RT, 2001, p. 1.094/1.095).

<sup>20</sup> Calamandrei, com notável clareza, explica a característica da instrumentalidade existente nas cautelares: “Se todos os procedimentos jurisdicionais são um instrumento de direito substancial que, através destes, se cumpre, nos

Assim, o processo cautelar não visa a tutelar o direito substancial discutido em juízo (objeto da ação principal), senão reflexamente, garantindo sua eficácia. Na tutela cautelar o que se objetiva é a segurança em si mesma considerada; está limitada a assegurar a eficácia e a utilidade do resultado buscado pelas demais tutelas, cognitivas ou satisfativas<sup>21</sup>.

Com esse escopo, fica patente que, havendo receio de que a parte venha a causar à outra lesão grave a seu direito, antes do trânsito em julgado da lide, tem o juiz o poder de determinar medidas cautelares que entenda adequadas. Tal poder do juiz, denominado pela doutrina como poder geral de cautela, está encartado no artigo 798 do CPC. Variada e inesgotável é a casuística do poder geral de cautela, permitindo ao juiz atuar com liberdade<sup>22</sup> de forma a evitar lesão grave ou de difícil reparação.

É necessário, para o deferimento da tutela cautelar, que exista plausibilidade do interesse ou direito substancial (*fumus boni juris*) sob risco iminente de inefetividade da tutela jurisdicional buscada noutro processo dito principal (*periculum in mora*).

Como é largamente sabido, na tutela cautelar limita-se a cognição, posto que restrita à verossimilhança (*fumus boni juris*), daí se dizer que a cognição cautelar é sumária<sup>23</sup>. Assim, para a concessão da tutela cautelar bastam a identificação da aparência do direito que se afirma ameaçado e a demonstração dessa ameaça<sup>24</sup>.

---

procedimentos cautelares verifica-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: estes são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para o melhor resultado do procedimento definitivo, que por sua vez é um meio para a aplicação do direito; são portanto, em relação à finalidade última da função jurisdicional, *instrumentos do instrumento*” (*Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, Servanda, 2000, trad. Carla Roberta Andreasi Bassi, p. 42).

Nessa mesma linha, Chiovenda sustenta a completa desvinculação da ação cautelar com o direito pleiteado no processo principal, em lição que nos parece oportuna transcrever: “O poder jurídico de obter uma dessas medidas [cautelares] é, por si próprio, uma forma de ação (ação assecuratória); e é mera ação, que não se pode considerar como um acessório do direito acautelado, porque existe como poder atual quando ainda não se sabe se o direito acautelado existe” (*Instituições de direito processual civil*, vol. I, 2ª ed, trad. J. Guimarães Menegale, Saraiva, 1965).

<sup>21</sup> Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, p. 120.

<sup>22</sup> É certo que tal liberdade do juiz no poder geral de cautela não significa arbítrio. Deve o juiz, a nosso ver, pautar-se no princípio da proporcionalidade para a concessão da medida cautelar. Nesse sentido, bem esclarece Eduardo de Melo Mesquita: “Entre os limites sugeridos para concessão da medida cautelar: a avaliação dos interesses em jogo, o prejuízo decorrente da medida deve ser menor que o dano a evitar, impossibilidade de ser satisfativa são aspectos que concorrem para a ponderação do juiz, ao cotejar os interesses em confronto” (*As tutelas cautelar e antecipada*, RT, 2002, p. 390).

<sup>23</sup> “Cognição sumária é uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical” (Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, 2. ed., Bookseller, p. 125).

<sup>24</sup> A esse respeito esclarece, com propriedade, Ovídio A. Baptista da Silva que “a cognição exauriente que o magistrado tivesse de desenvolver, quando ele fosse convocado para prestar a tutela cautelar, além de supérflua e inútil, seria incompatível com a *urgência* que se presume, invariavelmente, como elemento constante para o cabimento da tutela cautelar. Ora, tal exigência torna inadequado o procedimento ordinário” (*Do processo cautelar*, 2. ed., Forense, p. 69).

Diante das características da cautelar é praticamente unânime na doutrina brasileira o entendimento de que esse tipo de tutela não se presta à satisfação, ainda que provisoriamente, do direito material do autor que está sendo discutido no processo principal.

Noutras palavras, a decisão cautelar não pode coincidir com a decisão que se busca no processo principal, pois visa a tornar possível que a prestação jurisdicional pretendida no processo principal seja efetiva e eficaz. E assim é porque a função de *declarar* o direito é reservada ao processo de conhecimento e, bem assim, a função de *satisfazê-lo* é reservada ao processo de execução. Para o processo cautelar, por outro turno, reservou-se a função de garantir a eficácia desses outros dois processos, sem a preocupação com a declaração ou com a satisfação do direito discutido, por meio de medidas acautelatórias apropriadas para manter o *status quo* necessário para a atuação do processo principal<sup>25</sup>.

Justamente em razão dessa característica conservativa, a tutela cautelar, em muitas situações, revela-se insuficiente para atender ao direito material. Com efeito, em determinadas circunstâncias, só se pode garantir a utilidade e a eficácia do processo com a antecipação dos efeitos do provimento a final pretendido – com a satisfação, e não apenas com a conservação.

A despeito disso e à míngua de outros instrumentos processuais, até o advento da Lei nº 8.952/94, pela qual se introduziu de forma generalizada a antecipação de tutela no nosso sistema processual, a necessidade de se tutelar adequada e eficazmente o direito material fez com que a tutela cautelar passasse a ser utilizada como o veículo de todas as tutelas sumárias urgentes, adquirindo feição de satisfatividade do direito pretendido, contrariando a sua própria natureza.

É, portanto, desta outra modalidade de tutela de urgência – a antecipação de tutela –, que *satisfaz*, adiantando a fruição de determinados efeitos da declaração do direito que se almeja por meio do processo, que passaremos a tratar a seguir.

Com efeito, o que nos interessa especificamente é a antecipação de tutela como modalidade de tutela de urgência (CPC, art. 273, I). Estão descartadas, portanto, desta análise a antecipação de tutela deferida em virtude de abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório (CPC, art. 273, II), como modalidade de tutela de evidência, e, bem assim, aquela fundada em

---

<sup>25</sup> Cf. Joaquim Felipe Spadoni, Fungibilidade das Tutelas de Urgência, *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*, coord. Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim, Forense, p. 302.

pedido incontroverso (CPC, art. 273, § 6º), que se nos afigura como um julgamento parcial da lide<sup>26</sup>.

Com efeito, na tutela antecipada, tal como na cautelar, há uma luta contra o tempo, visando a minimizar (e até a neutralizar) as conseqüências deletérias que a demora na outorga da prestação jurisdicional definitiva poderá acarretar ao bem litigioso. Para tanto, o legislador munuiu o juiz do poder de precipitar, antecipar a ocorrência de certos efeitos externos ao processo, ou seja, propiciar a imediata satisfação do bem tutelado.

Note-se que nessa modalidade de tutela de urgência, diferentemente da tutela cautelar, satisfaz-se para proteger, e não simplesmente se acautela para possibilitar uma futura satisfação. Noutras palavras, enquanto a tutela antecipada implica adiantamento de efeitos da sentença de mérito, a tutela cautelar limita-se a garantir a utilidade do processo principal, sendo, portanto, desprovida de satisfatividade.

Para a concessão da antecipação de tutela como modalidade de tutela de urgência exige-se a presença dos seguintes requisitos: prova inequívoca da verossimilhança da alegação (CPC, art. 273, *caput*) e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, art. 273, I).

Não se duvida de que a antecipação de tutela com base no art. 273, I, tenha feições nitidamente cautelares, justamente porque fulcrada no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, que é, a nosso ver, o mesmíssimo *periculum in mora* exigido para a concessão da tutela cautelar<sup>27</sup>.

Contudo, é relativamente freqüente na doutrina a afirmativa de que a antecipação de tutela exige um *fumus* reforçado, mais robusto<sup>28</sup>. Nos dizeres de João Batista Lopes, com espeque

---

<sup>26</sup> Com a recente Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que modifica o CPC, o conceito de sentença é alterado para constar que “sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”. Com tal alteração, ao que parece ganhará força a doutrina – com a qual concordamos – que sustenta que a hipótese do art. 273, § 6º, que prevê a antecipação de tutela fundada em pedido incontroverso é em verdade uma sentença (julgamento parcial antecipado da lide) e, como tal, é executada de forma definitiva. Nesse sentido, entre outros, Sérgio Shimura (in Moreira, Aberto Camiña; Neves, Daniel A. Assumpção; Laspro, Oreste Nestor de S.; Arogliano, Ricardo de Carvalho, *Nova Reforma Processual Civil*, p. 334) e Flavio Cheim Jorge (in Jorge, Flavio Cheim; Didier Jr., Fredie; Rodrigues, Marcelo A., *A nova Reforma processual*, p. 72).

<sup>27</sup> Nesse mesmo sentido leciona José Roberto dos Santos Bedaque: “A situação do inciso I apresenta, portanto, natureza cautelar, pois a antecipação destina-se a assegurar o resultado prático do processo. Há perfeita identificação funcional desta solução urgente com as cautelares, pois para sua concessão é imprescindível o *periculum in mora*” (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, p. 324).

<sup>28</sup> “O art. 273, I, indubitavelmente introduziu no nosso sistema um tipo de tutela antecipatória com feições nitidamente cautelares, pois que, embora se exija, para a sua concessão, *fumus* robusto, reforçado, veemente, se requer também que haja perigo de ineficácia do pronunciamento final, pressuposto que corresponde à função cautelar” (Wambier, Luiz Rodrigues; Correa de Almeida, Flavio Renato e Talamine, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, 3ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 354).

nas lições de Malatesta, enquanto é suficiente a *plausibilidade* (aceitabilidade) para a concessão da tutela cautelar, exige-se mais para a tutela antecipada, ou seja, a *probabilidade*<sup>29</sup>.

Para tanto, baseia-se a doutrina majoritária no argumento de que para a concessão da tutela cautelar a cognição é realizada apenas para verificar a plausibilidade e o risco da demora; por sua vez, na antecipação de tutela o juízo de probabilidade é feito com o fim de se entregar desde logo o bem da vida ao autor.

Dessa forma, tendo em vista que a tutela antecipada não se limita apenas à conservação, mas implica também satisfação do interesse material, mesmo que provisoriamente, justifica-se, segundo a doutrina majoritária, a diferenciação de “graus” com relação à cognição para a concessão da cautelar e da tutela antecipada.

Nesse ponto, adiantamos desde já que ousamos discordar da doutrina dominante. Com efeito, não nos parece haja necessariamente uma gradação quanto ao *fumus* para a concessão da tutela antecipada e da tutela cautelar, o que trataremos a seguir.

## **6. Requisitos idênticos para concessão das tutelas de urgência: *fumus boni juris* e *periculum in mora* tanto para a cautelar quanto para a antecipação de tutela.**

Como já vimos, defende a doutrina majoritária, amparada numa interpretação literal do art. 273, “caput”, que a *prova inequívoca da verossimilhança da alegação* que se exige para a tutela antecipada é um *plus* em relação ao “*fumus boni juris*” exigido para a tutela cautelar.

*Data maxima venia*, não concordamos com tal posicionamento.

Parece-nos que, em se tratando de tutela de urgência, o diferencial para a concessão (ou não) da tutela pretendida reside precipuamente no *periculum in mora*. É, segundo pensamos, o “fiel da balança”.

Ou, noutras palavras, a questão dos requisitos autorizadores para a concessão da tutela de urgência – compreendendo-se a tutela cautelar e, bem assim, a antecipação de tutela *prevista no inciso I do art. 273* – resolve-se pela aplicação da “regra da gangorra”.

---

<sup>29</sup> “MALATESTA mostra que o espírito humano reage ante os fatos de três formas diversas: a) ignorância: falta de qualquer conhecimento; b) certeza: conhecimento positivo e firme; c) dúvida: estado de indefinição ante a presença de elementos afirmativos e negativos. Já o conceito de *probabilidade*, para ele, depende da predominância dos elementos positivos ou do conhecimento afirmativo, donde concluir pela existência da probabilidade máxima, sendo esta última identificável com a verossimilhança” (João Batista Lopes, *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, Saraiva, 2001, p. 60).

Ora, a cognição, tanto na tutela cautelar quanto na tutela antecipada, é sumária e, portanto, superficial, menos aprofundada verticalmente. É evidente que os parâmetros traçados pela doutrina majoritária para estabelecer uma diferenciação entre o *fumus* da cautelar e o da antecipação – v.g., *fumus* mais veemente para as medidas antecipatórias; juízo de *plausibilidade* na cautelar e de *probabilidade* na tutela antecipada – baseia-se num critério eminentemente subjetivo.

A questão que colocamos pode ser resumida na seguinte indagação (com o perdão pela utilização das expressões atécnicas): quais os critérios para determinar quando se está diante de um “*fuminho*” (exigido para a cautelar) ou um “*fumão*” (exigido para a tutela antecipada)?

O juízo de *plausibilidade* ou de *probabilidade* fica, a nosso ver, num segundo plano, dependendo do *periculum* evidenciado. Mesmo em situações que o magistrado não vislumbre um “*fumão*”, dependendo do bem em jogo e da urgência demonstrada (princípio da proporcionalidade), a nosso ver, deverá ser deferida a tutela de urgência, mesmo que satisfativa (art. 273, inciso I, do CPC).

Exemplificamos: “X”, cliente do plano de saúde “Y”, é acometido por um derrame cerebral e necessita de uma cirurgia urgente que não foi autorizada por “Y” sob a alegação de que o contrato firmado entre as partes exclui expressamente cobertura para o derrame. “X” ingressa com ação propugnando pela declaração de nulidade da dita cláusula e pela condenação de “Y” na obrigação de fazer consistente em autorizar imediatamente a cirurgia. Nessa situação, convencendo-se minimamente o magistrado de que eventual e remotamente há alguma *plausibilidade* (e não necessariamente *probabilidade* ou mesmo *convicção*) no direito invocado, deve ser a tutela deferida, mesmo que satisfativa.

Não vemos, portanto, razão alguma em diferenciar “*fuminho*” de “*fumão*” (juízo de *plausibilidade* de juízo de *probabilidade*), para ajudar na distinção acadêmica entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, porquanto o “fiel da balança” para a concessão da tutela de urgência – seja pela técnica cautelar ou antecipatória – será sempre, a nosso ver, o *periculum in mora*. Nesse mesmo sentido, pela “regra da gangorra”, parece-nos correto afirmar que *quanto maior o “periculum” evidenciado, menor o “fumus” a ser exigido para a concessão da tutela de urgência pretendida*.

Dessa forma, feita a cognição sumária e desde que o magistrado não vislumbre *ab initio* uma futura improcedência do pedido por completa anêmia do direito alegado (completa ausência

de “fumus”), certamente voltará seus olhos para a intensidade do *periculum* para decidir se concede ou não a tutela de urgência pretendida.

Repita-se, portanto, que se tratando de tutela de urgência, quanto maior o *periculum* demonstrado, menos *fumus* se exige para a concessão da tutela pretendida, pois, a menos que se anteveja a completa inconsistência do direito alegado, o que importa para a sua concessão é a própria urgência, ou seja, a necessidade considerada em confronto com o perigo da demora na prestação jurisdicional.

### **7. Indo além dos requisitos para concessão: aplicação das disposições contidas no Livro III à tutela antecipatória prevista no inciso I do art. 273 do CPC**

Já vimos que as tutelas sumárias de urgência, tanto pela técnica cautelar, quanto pela técnica da antecipação de tutela fundada no inciso I do art. 273, têm a mesma finalidade no sistema processual, qual seja, neutralizar os males do decurso do tempo no processo, visando a assegurar a eficácia do resultado final do processo.

Outrossim, defendemos que há identidade quanto aos requisitos autorizadores para a concessão das tutelas sumárias de urgência, seja pela técnica da cautelar, seja pela técnica da antecipação de tutela. Tanto numa, quanto noutra, tais requisitos são o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, com a necessária ressalva de que é o *periculum in mora* o “fiel da balança” para a concessão da tutela de urgência, de forma que *quanto maior o “periculum” evidenciado, menor o “fumus” a ser exigido para a concessão da tutela de urgência pretendida.*

Em que pese a identidade de finalidade e, bem assim, dos requisitos autorizadores para sua concessão, a cautelar e a antecipação de tutela têm um tratamento legal muito diferente no Código de Processo Civil. Para se constatar tal diferença de tratamento, basta verificar que o processo cautelar mereceu um tratamento minudente do legislador, contando com um Livro inteiro (Livro III) com 94 artigos. Por sua vez, a antecipação de tutela foi regulada por um único dispositivo legal – o art. 273 – que conta com sete parágrafos.

Parece-nos evidente a insuficiência do regramento dispensado à antecipação de tutela, a qual, nos casos de urgência (inciso I), dada a sua similitude, deve se subsidiar das normas do Livro III relativas à cautelar.



Nesse sentido, utilizando-se da comunicação das normas do Livro III com o regime da antecipação de tutela fundada na urgência, podemos afirmar, *e.g.*, que: (i) há um poder geral de tutela de urgência, que permite ao juiz agir pela técnica cautelar ou antecipatória, dependendo do caso concreto (art. 798); (ii) existe a possibilidade de concessão de antecipação de tutela antecedente ou preparatória (CPC 796); (iii) a antecipação de tutela, excepcionalmente, pode ser concedida de ofício (CPC 797); (iv) a antecipação de tutela pode ser precedida de caução (CPC 804 e 475-O inc. III); (v) a apelação do capítulo da sentença que disser respeito à antecipação de tutela será recebida sem efeito suspensivo (CPC, 520 IV e VII), entre outras. O que importa aqui é estabelecer o mesmo tratamento para ambas as tutelas de urgência (cautelar e antecipação).

Dessa forma, enquanto a lei não reconhece expressamente um tratamento igualitário para as medidas urgentes, sejam elas cautelares ou antecipatórias, propugnamos por uma “leitura conjunta”, um amplo intercâmbio entre elas, ou, noutras palavras, uma interpretação sistemática das normas relativas à cautelar e à antecipação de tutela, o que, em última análise, demanda a necessidade de uma visão unitária do gênero *medidas de urgência*, aproximando-se tanto quanto seja possível a tutela cautelar da antecipatória e vice-versa.

Exatamente nesse sentido é a lição de Cândido Rangel Dinamarco, para quem o art. 273 do CPC, longe de pretender delinear o instituto, traz a previsão de um poder geral de antecipação de tutela, que deve se subsidiar, para sua correta aplicação e extensão, das normas relativas ao processo cautelar.<sup>30</sup>

Ainda nessa mesma esteira – de uma maior aproximação entre a cautelar e a antecipação de tutela – há o Anteprojeto que trata das tutelas diferenciadas, medidas antecipatórias e cautelares, de autoria de Athos Gusmão Carneiro, no qual se busca um regime jurídico geral para as medidas cautelares e antecipatórias.

## **8. “Fungibilidade” entre a tutela cautelar e a tutela antecipada ou “regime jurídico único” das tutelas de urgência? Uma visão crítica**

Fungibilidade, como o próprio nome indica, significa substituição. Por óbvio, somente pode haver substituição, troca de alguma coisa por outra, quando elas são diferentes. Não há fungibilidade entre coisas iguais.

---

<sup>30</sup> "O regime jurídico das medidas urgentes". *Revista jurídica*, Porto Alegre, v. 49, n. 286, p. 5-28, 2001.

Previu o legislador no § 7º do art. 273 do CPC a fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada. A redação do dispositivo legal em foco é a seguinte: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”<sup>31</sup>.

O objetivo do legislador, ao que parece, foi simplesmente o de não admitir que em situações de fronteira, nas quais seja difícil reconhecer qual modalidade de tutela é a adequada, o direito da parte seja sacrificado. Não pretendeu, infelizmente, admitir igualdade (e, por consequência, um único regime jurídico) entre as duas modalidades de tutela de urgência: a antecipada e a cautelar<sup>32</sup>.

A própria redação sugere a diferenciação dos institutos, tanto assim que menciona “respectivos pressupostos”, o que implica admitir que na visão do legislador não só as tutelas são distintas como também são os pressupostos para seu deferimento.

Tal visão separatista, a nosso ver, é dissociada da realidade e só se justifica sob o aspecto eminentemente teórico. E, mesmo nele (no aspecto teórico), é frágil. Nessa esteira, é curioso registrar, como bem lembrado por Dinamarco<sup>33</sup>, que o exemplo de Piero Calamandrei ao tratar, em sua obra clássica sobre cautelares, sobre o poder geral de cautela do juiz, foi, na realidade, um exemplo de antecipação de tutela. Vejamos:

*“Um caso único, que se apresentou na França alguns anos atrás, pode demonstrar, melhor que qualquer raciocínio abstrato, a importância prática do problema. O proprietário de um clube noturno de Paris tinha dado o encargo a um pintor de decorar a sala de baile com afrescos, que representassem danças de sátiros e ninfas; e o pintor, para aumentar o interesse pela decoração mural, tinha pensado em poder dar aos personagens, que nessas coreografias apareciam em vestes superlativamente primitivas, os semblantes, facilmente reconhecíveis, de*

---

<sup>31</sup> Em razão da redação falha deste dispositivo legal, há na doutrina muita polêmica quanto à possibilidade da chamada “fungibilidade de mão dupla”. Explica-se: o dispositivo em foco permite a concessão de cautelar, desde que preenchidos os requisitos, ainda que o autor tenha formulado um pedido de antecipação de tutela. A nosso ver, não há dúvida de que o legislador falou menos do que deveria. É inerente a toda fungibilidade a possibilidade de intercâmbio recíproco. Nesse sentido, se a regra prevista no § 7º do art. 273 do CPC permite a possibilidade de concessão de cautelar quando requerida uma tutela antecipada, parece-nos claro que também permitiu a concessão de antecipação de tutela quando requerida a cautelar. E, nesse caso, se a cautelar for preparatória? Mesmo assim, a nosso ver, poderá haver a aplicação do princípio da fungibilidade e, preenchidos os requisitos, a concessão da tutela antecipada, abrindo-se na seqüência prazo para a emenda da petição inicial de forma a adaptá-la ao processo de conhecimento.

<sup>32</sup> Cf. MOREIRA, Alberto Camiña et al. *Nova reforma processual civil: comentada*. 2. ed. São Paulo: Método, 2003. p. 127/128.

<sup>33</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 51.

*letrados e artistas muito conhecidos naquele nos clubes mundanos. Na noite da inauguração uma atriz, que fazia parte da multidão dos convidados, teve a surpresa de reconhecer-se em uma das ninfas que dançavam em vestes extremamente sucintas; e, visto que ela considerasse que essa representação fosse ofensiva ao seu decoro, iniciou contra o proprietário do local uma ação civil para condená-lo a apagar a figura ultrajante e a ressarcir os danos; e nesse meio tempo pediu que, nas moras do julgamento, lhe fosse estabelecido cobrir provisoriamente aquela parte do afresco que reproduzia a sua imagem em pose impudica”.*<sup>34</sup>

Calamandrei, ao definir a cautelar, previu, como espécie, “as antecipações de provimentos decisórios”<sup>35</sup>. Deveras, o tratamento da tutela de urgência no direito italiano (*dei provvedimenti d’urgenza* – art. 700 do CPC italiano) – e igualmente em outros ordenamentos jurídicos<sup>36</sup> – trata a antecipação de tutela como uma espécie de cautelar, na medida em que não faz qualquer diferenciação quanto ao conteúdo dos provimentos cautelares, permitindo ao juiz tomar as medidas de urgência que se mostrem mais idôneas a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito<sup>37</sup>.

A “confusão” entre cautelar e antecipação de tutela, igualmente existe no nosso ordenamento. Como definir, por exemplo, a medida urgente que concede ao pai o direito de levar seu filho numa viagem ao exterior contra a vontade da mãe se quando se chegar na fase do julgamento do processo, pai e filho já terão obviamente ido e vindo?<sup>38</sup> E vários outros exemplos podem ser mencionados nesse mesmo sentido, *e.g.*: alimentos provisionais; a sustação de protesto; a liminar para obtenção de uma certidão para participação de uma licitação, etc.

Nessa linha de raciocínio, dada a identidade de finalidade e dos requisitos autorizadores para a concessão das tutelas sumárias de urgência, encontramos, a nosso ver, fortes argumentos

---

<sup>34</sup> *Introdução ao estudo Sistemático dos procedimentos Cautelares* (trad. Carla Roberta Andreassi Bassi), Servanda, 2000 p. 78-79.

<sup>35</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 64-65.

<sup>36</sup> À guisa de mais um exemplo, cota-se o CPC Português que em seu art. 381 trata da técnica cautelar (o equivalente ao nosso poder geral de cautela), porém não faz distinção entre as medidas antecipatórias e cautelares e no próprio texto exemplifica com providências tanto acautelatórias quanto satisfativas.

<sup>37</sup> “Da análise do dispositivo se verifica que o juiz, no direito italiano, deve deferir os provimentos de urgência que se mostrem mais idôneos a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão sobre o mérito. Não há qualquer especificação quanto ao conteúdo dos provimentos cautelares, que englobam tanto as nossas medidas cautelares, com as nossas antecipações de tutela. O ordenamento jurídico italiano considera assim a antecipação de tutela um provimento cautelar. Como tal só pode ser deferida mediante processo próprio (cautelar)” (Julio Machado Teixeira Costa, O novo § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil, *Revista de Processo*, 112, p. 118).

<sup>38</sup> Esse exemplo é da lavra do Prof. Cândido Rangel Dinamarco. *In*: O regime jurídico das medidas urgentes, cit., p. 5-28.

para justificar um tratamento jurídico uníssono para tais tutelas, sejam conservativas ou satisfativas. Isso porque sustentar diferentes regimes jurídicos para a tutela cautelar e para a antecipada baseando-se tão-somente no efeito prático da medida (se adianta desde já o bem da vida ou se simplesmente o protege) parece-nos um equívoco.

Ambas, cautelar e antecipação de tutela, estão umbilicalmente ligadas e suas características comuns são evidentes: estão fundadas em cognição sumária, são provisórias e revogáveis. Além disso, têm a mesma função no sistema processual, porquanto vocacionadas a assegurar a eficácia do resultado final, travando uma luta contra os males do tempo no processo.

Dois institutos tão intimamente ligados – reconhecidos por Cândido Rangel Dinamarco como “irmãos gêmeos quase siameses”<sup>39</sup> – devem merecer um tratamento jurídico único, não se justificando tratamento dispare só porque varia a técnica utilizada para evitar o perigo entre uma e outra, ou seja, na cautelar, utiliza-se a técnica assecurativa, enquanto a antecipatória, faz o mesmo pela via satisfativa.

Não é outra a lição de José Roberto dos Santos Bedaque, que nos ensina que *“ora, se possuem tantos aspectos que as aproximam, melhor será tratá-las em conjunto e submetê-las ao mesmo regime jurídico. Esse parece ser o real interesse no estudo comparativo das espécies de tutelas provisórias, as de caráter meramente conservativo e as que possuem conteúdo antecipatório. Dada a similitude existente entre elas, aconselhável recebam o mesmo tratamento jurídico. Irrelevante considerá-las como modalidades de cautelar ou reservar essa denominação apenas para as conservativas ou não antecipatórias. Importante, sim, é determinar sua substância e demonstrar que ambas existem com a mesma finalidade e possuem características praticamente iguais”*<sup>40</sup> (...) *“Nessa linha, as tutelas provisórias devem ser reunidas e receber o mesmo tratamento. Inexiste razão para a distinção entre a tutela cautelar conservativa e a antecipação dos efeitos da tutela de mérito. Ambas são provisórias e instrumentais, pois voltadas para assegurar o resultado final. São técnicas processuais com idêntica finalidade e estrutura. Não há por que distingui-las.”*<sup>41</sup>

Como conclusão, não nos parece mais importante insistir em regimes jurídicos distintos para esses dois tipos de tutela provisória de urgência: a cautelar e a antecipatória. Ambas

---

<sup>39</sup> "O regime jurídico das medidas urgentes", cit., p. 5-28.

<sup>40</sup> José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, p. 300.

<sup>41</sup> Idem, *ibidem*, p. 302.

reclamam por um tratamento unitário, em que pese cada uma delas utilizar-se de uma técnica distinta para tutelar a urgência (técnica conservativa e satisfativa).

## **Bibliografia**

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, Leal, 2001.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. Efetividade do Processo de Execução. *O Processo de Execução – Estudos em homenagem ao Prof. Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 137.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, v. 65, p. 46.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista Forense*, v. 329, p. 97.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. Malheiros, 2003.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Trad. Carla Roberta Andreassi Bassi. Servanda, 2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Tutela Antecipada no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione Nascente dal Contrato Preliminare. *Riv. Dir. Comm.*, 1991\_\_\_\_\_.

*Instituições de direito processual civil*. Vol. I. 2. ed. Trad. J. Guimarães Menegale. Saraiva, 1965.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionale. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, p. 1064.

\_\_\_\_\_. I modelli di garanzia costituzionale del processo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, p. 673.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O futuro do direito processual civil. *Revista Forense*, v. 36, p. 27.

\_\_\_\_\_. "O regime jurídico das medidas urgentes". *Revista jurídica*, Porto Alegre, v. 49, n. 286, p. 5-28.

\_\_\_\_\_. *Nova era do processo civil*. Malheiros, 2003.

JORGE, Flavio Cheim; Didier Jr., Fredie; Rodrigues, Marcelo A. *A nova reforma processual 2*. ed. Método, 2003.

JUNOY, Joan Picó I. *Las Garantias Constitucionales del Proceso*, JMBosch Editor, 1997.

LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I – Parte Geral. Atlas, 2005.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: RT, 2002.

MOREIRA, Alberto Camiña et al. *Nova reforma processual civil: comentada*. 2. ed. São Paulo: Método, 2003.

NERY Jr., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: RT.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. In: OLIVEIRA NETO, Olavo e LOPES, Maria Elizabeth Castro (Org.). *Princípios Processuais Civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 47-77.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Do processo cautelar*. 2. ed. Forense, 1997.

SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das Tutelas de Urgência. *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Coord. Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim. Forense, 2003. p. 295.

TEIXEIRA COSTA, Julio Machado. O novo § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil. *Revista de Processo* v. 112, p. 118.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Tutela jurisdicional de urgência – Medidas Cautelares e Antecipatórias*. 2. ed. América Jurídica, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Bookseller, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 1. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fungibilidade de “meios”: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In: NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais*. 4. série. São Paulo: RT, 2000.