

Prestação jurisdicional efetiva: uma garantia constitucional¹

Leonardo Ferres da Silva Ribeiro

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Pós-Graduado, com título de especialista, em Direito dos Contratos e Direito Processual Civil. Professor do curso de pós-graduação lato sensu em processo civil do COGEAE – PUC/SP. Professor convidado da Pós - Graduação em processo civil da PUC/RJ.

Sumário: 1 - A garantia constitucional de ação. 2 - A necessária diferenciação entre tutela jurisdicional e prestação jurisdicional. 3 - Conceito de efetividade do processo. 4 - A tutela diferenciada e sua relação com a efetividade do processo. 5 - Especificamente sobre a tutela jurisdicional de urgência: 5.1 - A tutela cautelar. 5.2 - A tutela antecipada. 6 - “Fungibilidade” entre a tutela cautelar e a tutela antecipada ou “regime jurídico único” das tutelas de urgência? Uma visão crítica. 7 - Conclusões. 8 - Bibliografia.

1. A garantia constitucional de ação

A Constituição Federal estatui a garantia de acesso pleno e irrestrito de todos ao Poder Judiciário, de modo que nenhuma lesão ou ameaça a direito seja subtraída da sua apreciação e solução. Assim, a Carta Magna, ao dispor no art. 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garante, de forma ampla e genérica, o acesso à Justiça, isto é,

¹ Artigo publicado em *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coord. Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006, p.153/166.

não só o direito de movimentar a máquina judiciária por meio do processo, mas, também, o de obter a tutela jurisdicional.

Pode-se dizer, ainda mais, que a Constituição Federal garante muito mais do que a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, mas um acesso efetivo à ordem jurídica justa².

É, nesse sentido, que deve ser entendido o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Sobre o tema, merecem especial destaque as palavras de Kazuo Watanabe: “o princípio da inafastabilidade 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. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos na sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução”³.

Embora o destinatário *principal* da norma contida no art. 5º, XXXV, seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos, indiscriminadamente⁴. Dessa forma, é vedada ao legislador a edição de leis que excluam, embarcem ou restrinjam da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito. Mas não só ao legislador aplica-se a restrição, também o juiz, por exemplo, é alcançado pela proibição, já que pela dicção do art. 126 do CPC não lhe é permitido deixar de julgar⁵.

² V., por todos, José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 3. ed., Malheiros, p. 61/101.

³ Kazuo Watanabe, *Tutela Antecipatória e Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer*, in Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), *Reforma do Código de Processo Civil*, p. 20.

⁴ Cf. Nelson Nery Junior, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 5. ed., RT, p. 92.

⁵ Cf. João Batista Lopes, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I – Parte Geral, Atlas, p. 39/40.

Esclareça-se, por oportuno, que o princípio em questão – como, de resto, todos os princípios – não tem caráter absoluto, porquanto deve coexistir com outros princípios do sistema jurídico⁶. Daí por que não é de se estranhar que a garantia do acesso ao Judiciário esteja condicionada ao preenchimento de certos requisitos formais e substanciais, como os pressupostos processuais e as condições da ação⁷.

De qualquer forma, dúvida não há de que, embora o acesso ao Poder Judiciário seja franqueado a todos – mesmo àqueles que exercem pretensões infundadas –, o mecanismo processual está precipuamente direcionado para os que efetivamente merecem a tutela jurisdicional. Não basta, pois, garantir o direito de ação, faz-se necessário garantir o acesso a uma tutela jurisdicional efetiva.

2. A necessária diferenciação entre tutela jurisdicional e prestação jurisdicional

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 propriamente no serviço judiciário, que se instrumentaliza por meio do processo para a solução da lide.

⁶ Segundo nos ensina Robert Alexy, havendo colisão de princípios, aquele de maior *peso* no caso concreto prepondera sobre o de menor *peso*. Ao contrário do conflito de normas, que, nos dizeres de Alexy, é solucionado pela introdução de uma norma de exceção que remova o conflito ou pela declaração de nulidade de uma das normas, é justamente na dimensão do “valor” e não da “validade” que se soluciona a colisão dos princípios (*Teoria de los derechos fundamentales*).

⁷ Nesse sentido, Nelson Nery Junior ensina que a *garantia de ação* traduz-se na obtenção de um pronunciamento estatal, uma sentença *tout court*, seja de acolhimento ou de rejeição, desde que preenchidas as condições da ação. Assim “se não estiverem preenchidas as condições da ação (art. 267, VI, do CPC), a causa não receberá sentença de mérito, sem que isto implique ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. A necessidade de serem preenchidas as condições da ação (CPC 267 VI) e os pressupostos processuais (CPC 267 IV), serem observados os prazos para o exercício do direito de ação, bem como serem obedecidas as formas dos atos processuais significa limitações naturais e legítimas ao exercício do direito de ação” (*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 96/97).

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”⁸.

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*.

Como se percebe, José Roberto dos Santos Bedaque tem toda razão ao afirmar que “o correto entendimento do complexo de normas constitucionais,

⁸ Humberto Theodoro Junior, *Tutela jurisdicional de urgência – Medidas Cautelares e Antecipatórias*, 2. ed., América Jurídica, p. 2.

direcionadas para a garantia do sistema processual, constitui o primeiro passo para conferir maior efetividade possível à tutela que emerge do processo”⁹.

3. Conceito de efetividade do processo

O conceito de efetividade é, como bem esclareceu José Carlos Barbosa Moreira¹⁰, 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.¹¹

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 chiovendiana de efetividade¹² 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

⁹ José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, p. 63.

¹⁰ Barbosa Moreira, Efetividade do processo e técnica processual, *Revista Forense* 329/97.

¹¹ 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.

¹² 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).

ordenamento jurídico. Tal idéia de efetividade está ligada a uma noção muito mais ampla do que uma simples análise jurídica dos institutos processuais, espalhando seus efeitos para fora do processo.

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*”¹³.

Tudo isso, por óbvio, tem ligação com a efetividade do processo, porquanto o processo apresenta em tempos atuais uma evidente função social, que visa, em última análise, a garantir o acesso à ordem jurídica. O processo, portanto, deve ser visto não como um mero instrumento técnico, mas como um meio de fazer atuar plenamente a ordem jurídica”.¹⁴

Nessa ótica, a tutela diferenciada merece especial atenção. Dela, portanto, passaremos a tratar a seguir.

4. A tutela diferenciada e sua relação com a efetividade do processo

¹³ Cândido Rangel Dinamarco, O futuro do direito processual civil, *Revista Forense*, vol. 36, p. 27.

¹⁴ Essa última frase é da lavra do Prof. João Batista Lopes, *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, p. 24.

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 a 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 jurídica¹⁵.

A tutela jurisdicional diferenciada está intimamente ligada à efetividade do processo¹⁶, na medida em que deve ser assegurada à parte a espécie de tutela mais adequada à efetiva e real proteção do direito invocado.

¹⁵ João Batista Lopes, *Curso de Direito Processual Civil*, p. 22.

¹⁶ Oportuna é a lembrança dos dizeres de Barbosa Moreira ao traçar as linhas mestras da efetividade, nas quais bem se nota a importância da tutela jurisdicional diferenciada, 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 reconstrução 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).

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”¹⁷.

Ainda nesse mesmo sentido é a lição de José Roberto dos Santos Bedaque, baseada no escólio de Andréa Proto Pisani, a quem se deve a primazia da expressão: “*tutela jurisdicional diferenciada* pode ser entendida de duas maneiras diversas: a existência de procedimentos específicos, de cognição plena e exauriente, cada qual elaborado em função de especificidades da relação material; ou a regulamentação de tutelas sumárias típicas, precedidas de cognição não exauriente, visando a evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo”¹⁸.

Voltando-se os olhos ao segundo sentido da expressão *tutela jurisdicional diferenciada*, indicado pelos processualistas anteriormente mencionados, 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,

¹⁷ Donaldo Armelin, Tutela jurisdicional diferenciada, *RePro* 65/46.

¹⁸ José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, p. 26.

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 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 ganha importância e relevo.

Necessário, portanto, dotar o sistema processual de mecanismos aptos a preencher os vazios existentes, inclusive por meio das tutelas diferenciadas, dando-se voz a todos reclamos do direito material e visando a garantir um acesso à Justiça – previsto na Carta Constitucional brasileira – efetivo, adequado e tempestivo.

Assim, diante das diferentes acepções do termo *tutela jurisdicional diferenciada*, será destacada, a seguir, para exame mais detido, aquela correspondente à tutela de urgência.

5. Especificamente sobre a tutela jurisdicional de urgência

Nossa Constituição assegura a todos os jurisdicionados o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), ao qual se integra a garantia 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 parece ir de encontro a uma determinação constitucional.

No entanto, não se pode perder de vista que o princípio do devido processo legal e com ele o respeito ao contraditório e a ampla defesa não são as únicas garantias constitucionais dos jurisdicionados. Como vimos, antes mesmo de se preocupar com a atuação em juízo, a Constituição consagrou o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º XXXV), o qual deve ser entendido como uma garantia a uma tutela jurisdicional dotada de *efetividade*.

Assim, a duração do processo¹⁹, com respeito a todas as garantias inerentes ao devido processo legal, não raras vezes pode redundar em graves danos ao direito material que se busca proteger e resguardar na lide²⁰. O respeito

¹⁹ Impõe-se a lembrança de que, por força da EC 45/2004, foi acrescido o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, para garantir o direito constitucional da razoável duração do processo no sistema brasileiro. Não há como duvidar, portanto, de que a celeridade na prestação jurisdicional é tema de preocupação constitucional. Sobre esse tema, inclusive com interessante comparação com o direito italiano, ver, por todos, Paulo Hoffman, O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana, in Teresa Arruda Alvim Wambier e outros (Coord.), *Reforma do Judiciário – Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*, p. 571/589.

²⁰ “Sempre em termos genéricos, pode-se acrescentar que o perfil do procedimento-padrão tende a caracterizar-se por certa complexidade, que o torna longo e difícil de realizar em breve tempo e sem considerável dispêndio de energias e de recursos financeiros. Mostra-se compreensível o fenômeno, ao menos na medida em que se queira assegurar aos litigantes determinado rol de garantias sugeridas pela preocupação de criar condições para que o processo, quanto possível, conduza a resultado justo. É indispensável que cada uma das partes tenha ampla oportunidade de expor suas pretensões e os argumentos que, a seu ver, as sustentam, assim como de discutir as pretensões e os argumentos do adversário; é também indispensável, as mais das vezes, que se

ao *iter* temporal – prolongado, por assim dizer – imposto pelo devido processo legal pode, em determinadas situações, traduzir-se em inefetividade da tutela jurisdicional.

Nessas situações, pode-se vislumbrar o conflito de duas garantias constitucionais: de um lado o devido processo legal e, de outro, o acesso a uma tutela jurisdicional efetiva. Como resolvê-lo?

O equilíbrio, nesses casos, pode ser alcançado por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade²¹, 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 efetividade, 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 apenas num momento ulterior. 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”²².

proceda à colheita de provas, a cuja luz possa o juiz formar convicção sólida acerca da veracidade das alegações, em regra contraposta, dos litigantes” (José Carlos Barbosa Moreira, Saneamento do Processo e Audiência Preliminar, *Repro* 40, p. 109-110).

²¹ 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).

²² “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).

Assim, justamente para garantir a qualidade da tutela jurisdicional, o legislador precisou estruturar um tratamento para as situações urgentes que implicassem risco à efetividade da jurisdição. É nesse panorama que se insere a tutela de urgência, que 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 direitos²³. 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

²³ 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)

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.

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.

Vejamos, 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.

5.1. Tutela Cautelar

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.

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”²⁴.

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

²⁴ Teresa Arruda Alvim Wambier, Fungibilidade de meios: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade, *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.

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 instrumental²⁵.

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 satisfativas²⁶.

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 liberdade²⁷ de forma a evitar lesão grave ou de difícil reparação.

²⁵ 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 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).

²⁶ Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, p. 120.

²⁷ 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.

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 sumária²⁸. Assim, para a concessão da tutela cautelar bastam a identificação da aparência do direito que se afirma ameaçado e a demonstração dessa ameaça.

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”²⁹.

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.

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).

²⁸ “Cognição sumária é uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical” (Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, 2. ed., Bookseller, p. 125).

²⁹ Ovídio A. Baptista da Silva, *Do processo cautelar*, 2. ed., Forense, p. 69.

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 principal³⁰.

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.

³⁰ 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.

5.2. Tutela antecipada

Neste tópico, 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 pedido incontroverso (CPC, art. 273, § 6º), que se nos afigura como um julgamento parcial da lide³¹.

Com efeito, na tutela antecipada, 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 muniu 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.

³¹ 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).

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 cautelar³².

Contudo, é relativamente freqüente na doutrina a afirmativa de que a antecipação de tutela exige um *fumus* reforçado, mais robusto³³. Nos dizeres de João Batista Lopes, com espeque 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*³⁴.

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

³² 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).

³³ “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).

³⁴ “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).

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, s.m.j., não nos parece haja necessariamente uma gradação quanto ao *fumus* para a concessão da tutela antecipada e da tutela cautelar, o que trataremos no tópico seguinte deste texto.

De outra sorte, não se pode duvidar da inescusável similitude entre a tutela cautelar e a tutela antecipada. Como características comuns apontamos, v.g., a cognição sumária, a provisoriedade e a revogabilidade. Além disso, inegavelmente ambas têm a mesma função no sistema processual: estão vocacionadas para assegurar a eficácia do resultado final³⁵.

Disso resulta a seguinte indagação: por que distingui-las?

O fato é que nosso legislador, ao prever a *fungibilidade* entre essas duas espécies de tutela, ratificou o posicionamento adotado em 1994 – quando da generalização da tutela antecipada por meio do art. 273 do CPC – de separá-las em institutos distintos. É sobre tal tema que passaremos a tratar no tópico seguinte.

³⁵ De rigor lembrar nesse ponto a advertência que fizemos no início deste tópico. Com efeito, quando afirmamos que a tutela antecipada visa a assegurar a eficácia do resultado final, referimo-nos à antecipação concernente ao inciso I do art. 273. Excluimos a antecipação deferida em virtude de abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório (art. 273, II) e, bem assim, aquela fundada em pedido incontroverso (art. 273, § 6º).

6. “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.

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”³⁶.

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 conseqüência, um único regime jurídico) entre as duas modalidades de tutela de urgência: a antecipada e a cautelar³⁷.

A própria redação sugere a diferenciação dos institutos, tanto assim que menciona “respectivos pressupostos”, o que implica admitir que na visão do

³⁶ 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.

³⁷ Cf. MOREIRA, Alberto Camiña et al. *Nova reforma processual civil: comentada*. 2. ed. São Paulo: Método, 2003. p. 127/128.

legislador não só as tutelas são distintas como também são os pressupostos para seu deferimento.

E, de fato, essa corrente é a que predomina. Como já vimos, defende a doutrina majoritária, amparada no texto expresso da lei, 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, como já adiantamos, 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”.

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 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.

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, a nosso ver, 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.

Nesse sentido, não vemos 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, posto que o “fiel da balança” para a concessão da tutela de urgência – seja ela cautelar ou antecipatória – será sempre, a nosso ver, o *periculum in mora*.

Feita a cognição sumária e desde que o magistrado não vislumbre *ab initio* uma futura improcedência do pedido por completa anêmia do direito alegado, certamente voltará seus olhos para a intensidade do *periculum* para decidir se concede ou não a tutela de urgência pretendida. O que estamos querendo dizer é que, quanto maior o *periculum*, menos *fumus* se exige para a concessão da tutela, pois, a menos que se anteveja a completa inconsistência do direito alegado, o que importa para a concessão da tutela de urgência é a própria urgência, ou seja, a necessidade considerada em confronto com o perigo da demora na prestação jurisdicional.

Sem dúvida, há sentido em estabelecer uma gradação maior para a demonstração sumária do direito quando se tratar de antecipação de tutela fundada na evidência; se fundada na urgência (art. 273, I), pelo que já dissemos anteriormente, não vislumbramos, s.m.j., qualquer razão para a distinção.

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 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.

Especificamente sob esse enfoque por nós defendido, há certa razão no tratamento da tutela de urgência no direito italiano (*dei provvedimenti d'urgenza* – art. 700 do CPC italiano), que trata a antecipação de tutela como uma espécie de cautelar, porquanto 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 mérito³⁸.

Para referendar a idéia de um regime jurídico único para as tutelas de urgência, é imperiosa a transcrição de texto de José Roberto dos Santos Bedaque, tantas vezes lembrado neste trabalho justamente em razão da excelência de sua obra. Vejamos:

³⁸ “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).

“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”³⁹.

E, prossegue nesse sentido o mesmo jurista:

“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.”⁴⁰

Como conclusão, não nos parece mais importante insistir em regimes jurídicos distintos para esses dois tipos de tutela provisória de urgência: a tutela cautelar e a antecipatória. Pode ser lembrado em favor dessa idéia que outros ordenamentos – tal como o direito italiano, por exemplo – admitem, sem nenhum problema, sob o mesmo rótulo de tutela cautelar, medidas satisfativas e conservativas. O que realmente importa, como lembra Humberto Theodoro Junior, é reprimir o *periculum in mora*⁴¹.

³⁹ José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, p. 300.

⁴⁰ Idem, *ibidem*, p. 302.

⁴¹ Humberto Theodoro Junior, *Tutela jurisdicional de urgência*, p. 21.

7. Conclusões

Nossa preocupação, no encerramento deste trabalho, é de expor as principais conclusões, as linhas centrais de nosso pensamento que pautaram a análise dos institutos estudados. Justamente por isso é que optamos pela enumeração das principais conclusões extraídas ao longo do texto.

1. A Constituição Federal garante muito mais do que a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, mas um acesso efetivo à ordem jurídica justa. É nesse sentido que deve ser entendido o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

2. 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 propriamente no serviço judiciário que se instrumentaliza por meio do processo para a solução da lide.

3. Examinando o conceito de tutela jurisdicional, é imperiosa a análise do tema da efetividade do processo, intimamente relacionado com aquela. No campo do processo, pode-se dizer, resumidamente, com espeque nas lições de Moniz de Aragão, que a efetividade do processo “traduz a preocupação com a eficácia da lei processual, com sua aptidão para gerar os efeitos que dela é normal esperar”.

4. Pode-se dizer que tutela jurisdicional diferenciada pode ser entendida de duas maneiras diversas: (i) a existência de procedimentos específicos, de cognição plena e exauriente, elaborados em função de especificidades da relação material; ou (ii) a regulamentação de tutelas sumárias, com cognição sumária, visando a evitar o *periculum in mora*.

Justamente por isso 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.

5. A duração do processo com o *iter* temporal – prolongado, por assim dizer – imposto pelo devido processo legal não raras vezes pode redundar em graves danos ao direito material que se busca proteger e resguardar na lide. Nessas situações pode-se vislumbrar o conflito de duas garantias constitucionais: de um lado o devido processo legal e, de outro, o acesso a uma tutela jurisdicional efetiva.

O equilíbrio, nesses casos, pode ser alcançado por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, 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 efetividade, 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.

É nesse contexto que se inserem tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada, espécies do mesmo gênero (tutelas de urgência) e vocacionadas a neutralizar os males do tempo no processo judicial.

6. 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. Disso resulta que a finalidade do processo cautelar é eminente conservativa, vocacionada a garantir que os provimentos judiciais não sejam simples declarações desprovidas de eficácia prática, daí sua característica notadamente instrumental.

7. Diferentemente da tutela cautelar, a tutela antecipada é satisfativa; adianta os efeitos do próprio provimento de mérito. Pode-se dizer que na tutela antecipada satisfaz-se para proteger e não simplesmente se protege para possibilitar uma futura satisfação, tal como é na cautelar.

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.

8. É freqüente na doutrina a afirmativa de que a antecipação de tutela exige um *fumus* reforçado, mais robusto. Noutros termos, enquanto é suficiente a plausibilidade para a concessão da tutela cautelar, exige-se mais para a tutela antecipada, ou seja, a probabilidade.

9. Não se pode duvidar da inescusável similitude entre a tutela cautelar e a tutela antecipada. Como características comuns apontamos, *v.g.*, a cognição sumária, a provisoriedade e a revogabilidade. Além disso, inegavelmente ambas têm a mesma função no sistema processual: estão vocacionadas para assegurar a eficácia do resultado final.

10. O legislador, ao prever no § 7º do art. 273 do CPC a fungibilidade entre a cautelar e a antecipação de tutela, ratificou o posicionamento adotado em 1994 – quando da generalização da tutela antecipada – de separá-las em institutos distintos. 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.

A própria redação do dispositivo legal em questão 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.

11. Pensamos 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”. O juízo de plausibilidade ou de probabilidade fica, a nosso ver, num segundo plano, dependendo do *periculum* evidenciado.

Nesse sentido, não vemos razão alguma em diferenciar “*fuminho*” (juízo de plausibilidade) de “*fumão*” (juízo de probabilidade), para ajudar na distinção acadêmica entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, posto que o “fiel da balança” para a concessão da tutela de urgência – seja ela cautelar ou antecipatória – será sempre, a nosso ver, o *periculum in mora*.

Feita a cognição sumária e desde que o magistrado não vislumbre *ab initio* uma futura improcedência do pedido por completa anemia do direito alegado, certamente voltará seus olhos para a intensidade do *periculum* para decidir se concede ou não a tutela de urgência pretendida. Pode-se dizer, nesse diapasão, que, quanto maior o *periculum*, menos *fumus* se exige para a concessão da tutela, pois, repita-se, a menos que se anteveja a completa anemia do direito alegado, o que importa para a concessão da tutela de urgência é a própria urgência, ou seja, o perigo da demora na prestação jurisdicional.

Ainda 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 para justificar um tratamento jurídico uníssono para tais tutelas, sejam conservativas ou satisfativas.

Não se justifica, a nosso ver, 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). Isso nos parece um equívoco.

Como derradeiro, frisamos que não nos parece importante insistir em regimes jurídicos distintos para esses dois tipos de tutela provisória de urgência: a tutela cautelar e a antecipatória. Pode ser lembrado em favor dessa idéia que outros ordenamentos – tal como o direito italiano, por exemplo – admitem, sem nenhum problema, sob o mesmo rótulo de tutela cautelar, medidas satisfativas e conservativas.

O que realmente importa, tratando-se de tutelas de urgência, é reprimir o *periculum in mora*.

8. Bibliografia

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

ALVIM, J. E. Carreira. A antecipação de tutela na reforma processual. In: TEIXEIRA, Min. Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. Saraiva, 1996. p. 53.

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.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo Processo Hodierno entre nós – Evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela – As obrigações de fazer e de não fazer – Valores dominantes na evolução de nossos dias. *Revista de Processo*, v. 97, p. 51.

_____. Tutela Antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). In: TEIXEIRA, Min. Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. Saraiva, 1996. p. 77.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 20. ed. Forense, 1999.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista Forense*, v. 329, p. 97.

_____. Saneamento do Processo e Audiência Preliminar. *Revista de Processo*, v. 40, p. 109.

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.

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

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

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.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. Malheiros, 1997.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3. ed. Malheiros, 2000.

_____. *Nova era do processo civil*. Malheiros, 2003.

_____. *A reforma da reforma*. 2. ed. Malheiros, 1995.

FERREIRA, William Santos. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Forense, 2002.

HOFFMAN, Paulo. O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana. *Reforma do Judiciário – Primeiras Reflexões sobre a Emenda*

Constitucional n. 45/2004. Teresa Arruda Alvim Wambier e outros (Coord.). RT, 2005. p. 571.

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

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

_____. Tutela antecipada e o art. 273 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos Polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: RT, 1997.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4. ed. RT, 1999.

_____. A consagração da tutela antecipatória na reforma do CPC. In: TEIXEIRA, Min. Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. Saraiva, 1996. p. 113.

_____. A reforma do CPC e a efetividade do processo (tutela antecipatória, tutela monitoria e tutela das obrigações de fazer e não fazer). *Revista Genesis*.

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. Considerações práticas sobre o processo cautelar. *Revista de Processo*, v. 53, p. 193.

_____. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: RT.

RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 6, Genesis.

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

_____. A “antecipação” da tutela na reforma processual. In: TEIXEIRA, Min. Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. Saraiva, 1996. p. 129.

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.

_____. As liminares e a tutela de urgência. *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Coord. Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim. Forense, 2003. p. 239.

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

_____. Tutela antecipatória e Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Min. Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. Saraiva, 1996. p. 19.

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. *Breves Comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. RT, 2002.

_____. 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.

_____. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: _____ (Coord.). *Aspectos Polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: RT, 1997. p. 483.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Min. Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. Saraiva, 1996. p. 143.