

TUTELAS DE URGÊNCIA: ESTUDO SOBRE CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

*Juraci Mourão Lopes Filho**

1 Introdução. 2 Espécies de tutela jurisdicional: critério para definição. 3. Tutela Cautelar. 4 Tutela Antecipada. 5. Críticas à distinção entre cautelar e tutela antecipada e à Lei n. 10.444/02. 6 Conclusões.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo abordar os institutos da tutela antecipada e da cautelar, examinando suas aproximações e distanciamentos, mediante uma análise crítica da doutrina corrente.

PALAVRAS-CHAVE

Medidas de urgência. Tutela antecipada. Cautelar. Liminar.

1 INTRODUÇÃO

O estudo do direito processual e de seus institutos ao longo dos anos tem apresentado diferentes formas de compreender seu objeto e a função do mesmo para o Direito e para a ordem jurídica. Inicialmente, tomados como figuras subordinadas aos direitos subjetivos – quando se proclama que a todo direito corresponde uma ação para protegê-lo –, o processo, a ação e a jurisdição, em um segundo instante, são tidos como realidades autônomas, desprezadas do direito substantivo que têm por objeto, para, finalmente, serem inseridos no contexto de preceitos constitucionais intrinsecamente ligados aos direitos e garantias fundamentais.

É nesta última fase em que a tutela jurisdicional, provocada pelo exercício do direito de ação e prestada mediante processo, é tida como instituto de direito constitucional de relevância incomensurável, pois além de ser o instrumento de pacificação social é meio de efetivação e garantia dos direitos fundamentais máximos de uma ordem jurídica. Neste contexto, é comum se afirmar que

os direitos às liberdades reconhecem que essas liberdades não surgem apenas da constatação oficial de sua existência, mas estão vinculadas à proteção e a seu reconhecimento. A proteção jurisdicional é essencial para a concretização dos direitos e liberdades reconhecidos em constituições, em convenções e outras

*Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC, Pós-graduado em Direito Processual Civil pela mesma instituição, Coordenador Geral Adjunto do Curso de Direito da Faculdade Christus, Assessor do Tribunal de Justiça do Ceará, Membro Fundador do Instituto Cearense de Estudos Avançados – ICEA.

normas, de qualquer natureza, desde que tenham como objetivo essencial a salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Nos dias presentes, a atividade jurisdicional estatal é tida como a maior das garantias constitucionais, donde provém a imbricação, interação e influência recíproca entre processo e Constituição. Cândido Dinamarco coloca que essa interação possui dois sentidos:

a) no sentido Constituição-processo, tem-se tutela constitucional deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados a nível constitucional; b) no sentido processo-Constituição, a chamada jurisdição constitucional, voltada ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição ('jurisdição constitucional das liberdades'), mais toda a idéia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive.

O monopólio estatal da jurisdição – surgido quando em uma ordem jurídica se veda, como regra, o exercício da autotutela pelos litigantes – e o reconhecimento do *status* superior do processo e do direito de ação fez com que os processualistas, especialmente após a segunda metade do século XX, tivessem como recorrente objeto de atenção a efetividade da tutela jurisdicional. Os textos doutrinários e normativos gradativamente foram dedicando-se mais intensamente ao tema. Criaram-se institutos novos e revitalizaram-se antigos no intuito de impedir que a demora da tramitação processual tornasse de alguma forma ineficaz o provimento ao final prestado pelo órgão jurisdicional, causando dano à parte.

Na certeza de que uma justiça tardia corresponde a uma injustiça agravada e ainda uma ofensa à Constituição Federal, os poderes dos juízes para – de alguma forma – apressarem, resguardarem ou até mesmo anteciparem os provimentos finais foram aumentados pelo labor pretoriano e legislativo. E a concepção do direito de ação como uma garantia fundamental especificamente contribuiu grandemente para tal fenômeno.

Na ordem jurídica brasileira, essa preocupação com a efetividade do provimento jurisdicional e a demora da tramitação processual recebeu especial tratamento pelo constante movimento de reforma do direito processual civil. No mesmo sentido, vanguardistas construções pretorianas e doutrinárias abriram um espaço para os magistrados, invocando os princípios constitucionais, praticarem mais proficuamente atos voltados à certeza de que suas decisões – realmente mais eficientes a atender seu desiderato –, sem causar maiores prejuízos aos jurisdicionados, o que corresponde a um prestígio ao poder geral cautelar.

É nesse contexto histórico e jurídico que se encontram atualmente o provimento cautelar e a antecipação de tutela, porquanto têm como principal razão de ser a prestação de uma tutela jurisdicional mais célere e efetiva, tanto que receberam de José dos Santos Bedaque³ a denominação de tutelas de urgência.

No presente trabalho, procuraremos demonstrar os principais aspectos de ambos os institutos, sob uma visão pouco comum na doutrina e jurisprudência, qual seja, a de que uma das formas de antecipação de tutela é uma espécie de provimento cautelar.

Na mesma linha de idéias, procuraremos apresentar críticas à recente alteração realizada pela Lei n. 10.444/02, que, a nosso ver, agravou um erro já contido na reforma de 1994 (quando foi criado o instituto da antecipação de tutela no processo de conhecimento no direito brasileiro).

Para tanto, recorreremos à doutrina italiana, onde nosso direito processual tanto se abeberou e abebera, e na mais abalizada doutrina nacional, sem desmerecer – mas em verdade enaltecer – aqueles autores que defendem entendimento contrário. A opinião destes últimos é tão respeitável e bem construída que merece mais do que poucas linhas para contrapô-la, pelo que esperamos que o presente escrito seja apenas um despertar para estudantes e estudiosos do assunto no sentido de que o tema não navega em águas calmas, mas sim revoltas, especialmente causada pela onda reformista que, como dito, acomete nosso direito processual civil, e que, muitas vezes, na ânsia de inovar, apresenta como solução nova a certos problemas institutos já possíveis de serem manejados na ordem jurídica anterior.

2 ESPÉCIES DE TUTELA JURISDICIONAL: CRITÉRIO PARA DEFINIÇÃO

Para bem definirmos o provimento cautelar – que hoje não mais se discute seja o *tertium genus* dentre as espécies de provimento jurisdicional – e a tutela antecipada (que juntas formam as tutelas de urgência) impende assentar qual o critério utilizado para diferenciar as tutelas jurisdicionais entre si, ou seja, é preciso determinar qual o dado essencial caracterizador de cada espécie.

A doutrina italiana muito se dedicou ao tema. Compartilhamos inteiramente do entendimento de Francesco P. Luisio,⁴ autor italiano contemporâneo, para quem as formas de intervenção jurisdicional são estritamente ligadas à necessidade de tutela da situação substancial a ser protegida. A forma de tutela jurisdicional decorre da resposta a seguinte pergunta: do que precisa determinada situação substancial lesada? A intervenção jurisdicional será estruturada segundo a lesão posta em juízo e o modo idôneo a garantir a satisfação da situação substancial protegida. Assim sendo,

as formas de intervenção jurisdicional são três, não por opção do legislador, mas por razões ontológicas, isto é, por razões que transcendem qualquer ordenamento jurídico específico. Tais tutelas são, pois, a declaratória (ou de conhecimento), executiva e a tutela cautelar. Qualquer ordenamento (máxime qualquer ordenamento moderno) prevê essas três formas de tutela jurisdicional.

Encontramos na melhor doutrina nacional entendimento condizente com o exposto na doutrina italiana. É o que percebemos dos escritos de Alfredo Buzaid quando afirma que:

Vistos em seu conjunto apresenta-se o processo civil em três funções. Uma é a de conhecimento, que se inicia com a propositura da ação e termina de ordinário, pelo julgamento da lide ou por meios excepcionais, como a extinção sem julgamento do mérito. Outra é o processo de execução, que começa com a propositura da ação correspondente ao título executivo e deve terminar normalmente com a satisfação do credor. E, por último, a terceira, que serve para garantir o resultado útil das duas primeiras, realiza uma atividade cautelar. A sua função é preventiva.

Ademais, a tutela de conhecimento se divide em três: a) meramente declaratória; b) constitutiva; c) condenatória.

Pelo exposto, percebemos que o critério utilizado para distinguir as formas de tutela jurisdicional é a forma de amparo de que necessita a situação substancial violada. Em outras palavras: a finalidade a que se volta a manifestação do Judiciário.

Assim, o dado essencial da tutela de conhecimento é, mediante apuração dos fatos relevantes da causa: a) ensejar um pronunciamento de certeza sobre tais fatos e sua conseqüência jurídica; b) alterar, criar ou extinguir no plano da abstração jurídica uma determinada relação jurídica; c) propiciar um instrumento hábil ao manejo da ação executiva. Por sua vez, a tutela executiva tem por fim, essência, atuar no mundo dos fatos, visando a propiciar concretamente a satisfação do direito do exequente. Por fim, a tutela cautelar visa a garantir a efetividade das duas outras, que esteja ameaçada pela demora na tramitação dos respectivos processos.

Partindo dessa constatação como premissa, Marcelo Lima Guerra vai mais adiante e afirma que a proteção dos direitos subjetivos é propriamente prestada exaustivamente por apenas duas das espécies de tutela de conhecimento e pela tutela executiva. A tutela de conhecimento condenatória seria simples exigência preliminar para obtenção do provimento executivo e a cautelar tem por fim não garantir por si um direito subjetivo, mas garantir a efetividade de um outro provimento, sendo a garantia da garantia.

Escreve o professor cearense:

As diferentes necessidades de proteção reveladas pelos direitos subjetivos podem ser reduzidas a três modalidades: a) necessidade de eliminar incerteza jurídica acerca da existência ou inexistência de um direito; b) necessidade de alterar a situação jurídica entre os dois ou mais sujeitos de direito, de modo a constituir, modificar ou extinguir um direito subjetivo; c) necessidade de realização concreta ou material de um direito subjetivo. A cada uma dessas diferentes modalidades de proteção do direito subjetivo, corresponde, como não poderia deixar de ser, uma intervenção diferenciada do órgão jurisdicional, dando lugar a modalidades distintas de tutela jurisdicional.

Com isso em mente, percebe-se que o critério *específico* para definir o provimento cautelar não é o mesmo para caracterizar o de conhecimento e executivo. Enquanto aqueles se diferenciam entre si pelo fim variar segundo a forma de se tutelar a situação substancial, a finalidade do provimento cautelar não é tutelar diretamente uma situação substancial, mas uma medida provisória com vistas a garantir que um outro provimento possa fazê-lo no futuro.

Esclareça-se que tais tutelas jurisdicionais não obrigatoriamente devem ser prestadas em processo próprio. Com efeito, em um mesmo conjunto concatenado e coordenado de atos interdependentes entre si e em contraditório (processo) podem ser prestadas mais de uma tutela jurisdicional, como, p. ex., sói acontece em um mandado de segurança.

No entanto, é recomendável que para cada espécie de tutela haja um processo próprio, pois sua prestação será mais profícua, dada a possibilidade de melhor adaptação dos atos prévios do processo ao ato final de concessão da tutela pleiteada. Neste sentido propugna um dos princípios informativos do processo: o lógico. Sobre ele escreve Arruda Alvim que “a estruturação do processo tem de ser lógica, pois atende a uma finalidade, à qual racionalmente se deve dirigir todo os atos, culminando todos eles na sentença”.⁷ De fato, se a parte pleiteia um provimento executivo, p. ex., este será mais eficientemente prestado se o for mediante um processo cujos atos tenham a finalidade de atuar concretamente sobre o patrimônio do devedor a fim de satisfazer o credor.

Essa necessidade lógica evidencia-se se tomarmos como exemplo analógico a linha de produção de um veículo automotor: os atos do processo de produção de um carro popular devem, logicamente, para que o tempo total de produção seja minimizado, ser todos especializados para a produção daquele específico carro popular. O mesmo deve acontecer na linha de produção de um carro de luxo. No entanto, se na mesma linha de produção forem fabricados ambos os veículos o processo todo será mais lento e demora-

do, pois, para serem fabricados, passarão por etapas despiciendas.

Assim, embora não seja obrigatório, há um imperativo lógico exigindo que cada provimento jurisdicional seja prestado em processo próprio e específico.

Uma vez assentados os critérios e noções gerais sobre as espécies de tutela jurisdicional, passemos a examinar detidamente a tutela cautelar.

3 TUTELA CAUTELAR

A atividade jurisdicional desempenhada pelo Estado, por sua própria natureza, demanda a efetividade da tutela prestada. De fato, quando se propõe a substituir a atividade das partes por sua própria, apresentando-a como a mais legítima forma de pacificação social, o Estado não pode furtar-se deste mister.

No entanto, vários obstáculos existem para essa prestação jurisdicional efetiva. Andrea Proto Pisani⁸ enumera tais obstáculos da seguinte forma: a) o tempo entre o momento de surgimento do direito ou de sua violação e do ingresso em juízo; b) duração do processo para a cognição plena; c) duração do processo de execução forçada; d) demora provocada pela lentidão patológica do processo.

Muito se discutiu e ainda se discute quanto ao meio mais apto a atingir esta efetividade, apresentando-se como tema árduo, quer seja em sede doutrinária, jurisprudencial ou legislativa, e freqüentemente açulador de pensamentos e paixões díspares.

A própria dinâmica do processo contribui para isto, vez que, qualquer que seja o rito ou gênero de procedimento analisado, encontrar-se-ão em tensão a necessidade de rapidez na prestação jurisdicional e a estabilidade na apuração de seu cabimento e legitimidade. Evidenciam-se, assim, os obstáculos indicados acima em “b” e “c”. Celeridade e prudência são dois fatores ínsitos à atividade do juiz que sempre estarão em contraposição.

Com efeito, a necessidade de observância dos princípios constitucionais atinentes ao processo, *per se*, reclamam tempo, e exatamente em decorrência desta necessária delonga na prestação jurisdicional, que não se confunde com a morosidade do Judiciário, pode a parte vir a sofrer algum tipo de dano a seu patrimônio jurídico.

Esses danos são denominados, primeiramente por Fizi e depois por Calamandrei, de marginais. Na feliz explanação de Marcelo Guerra estes danos marginais são “efeitos colaterais” da escorreita, e portanto inarredável, duração do processo, que, promovendo prejuízo ao indivíduo, podem vir a tornar de alguma maneira ineficaz a tutela jurisdicional. Diferem, pois, da demora patológica, decorrente do entrave das instituições judiciárias,

indicadas acima em “d”. O perigo de a parte sofrer alguma sorte de dano é hodiernamente denominado de *periculum in mora*.

Daí surge a importância do papel desempenhado pelo provimento cautelar, visto que seu fim é exatamente garantir a efetividade dos demais provimentos jurisdicionais (executivo e de conhecimento), eliminando o *periculum in mora*, através de uma breve cognição e rápido trâmite. Propõe-se a socorrer situações de urgência a fim de garantir a efetividade de outra tutela jurisdicional. Como se vê, se confere maior importância à celeridade, deixando a estabilidade para ulterior momento. Por isso se dizem acessórios os provimentos cautelares, sendo essa a sua primeira característica.

Diante disso, percebemos que as situações que o provimento cautelar procura salvaguardar são aquelas em que o procedimento ordinário não se apresenta hábil para obstar a superveniência de um dano marginal, na forma descrita acima. O fator tempo, como dado potencialmente causador de dano, é elemento característico desta espécie. É, portanto, a cautelar um provimento de *urgência* que busca afastar a ocorrência de prejuízo por parte do autor. Esta é, pois, outra característica deste tipo de provimento.

Cabe ressaltar que o perigo de dano autorizador da utilização do processo cautelar deve possuir necessariamente duas características: a) ser um dano marginal, na forma descrita acima; b) ser um dano *jurídico*.

A juridicidade do dano refere-se à sua própria relevância para o direito. Só merece tutela jurisdicional o dano que ponha em xeque algum direito ou faculdade do indivíduo. Qualquer outra espécie de dano não autoriza uma ação cautelar, porquanto irrelevante para o direito. O *fumus boni iuris* é exatamente esta aparência de juridicidade do dano o qual deve o autor demonstrar. Assim, através de um exercício mental acerca da possível acolhida dos fundamentos jurídicos do pedido pelo judiciário no juízo de mérito *final*, demonstra-se o prejuízo a um direito ou faculdade, que, contudo, somente poderá ser declarado existente ou inexistente – ou ainda executado – mediante outro provimento jurisdicional.

A investigação sobre a existência de tais requisitos deve caber ao juízo do magistrado segundo o caso concreto. Dizemos isso porque há na ordem jurídica alguns provimentos que se assemelham aos cautelares, mas que com ele não se confundem, como é o caso da medida liminar em ações possessórias. Não se tratam tais liminares de provimento cautelares porque o juiz não analisa, segundo juízo próprio, o cabimento da medida. Neles, a possibilidade de ocorrência de um dano marginal é presumido pela lei, que coloca objetivamente quais são os documentos e fatos para deferimento da medida, vedando ao magistrado tecer qualquer consideração sobre o *periculum in mora* em face do caso concreto.

Outra característica do provimento cautelar é a provisoriedade. É que, como visa afastar dano a um direito ou faculdade que só será tutelado por atividade estatal em outra oportunidade, possui razão de ser até este mo-

mento, e não além. Uma vez abolida a mera aparência do direito ou faculdade pela decisão final, não há porque se manter o amparo jurisdicional cautelar. Da mesma forma se dá quando se reconhece dito direito ou faculdade, tendo em vista a substituição da medida cautelar, pelo derradeiro pronunciamento do Judiciário.

Por nossa exposição até o momento temos como características do provimento cautelar: a) provisoriedade; b) urgência; c) acessoriedade; d) preventividade; e) sumariedade; f) juízo pelo próprio magistrado acerca do *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

Tais elementos são os dados essenciais desse tipo de tutela. Quando estiverem presentes em qualquer provimento jurisdicional forçará sua qualificação como provimento cautelar, estando ausentes impede a definição como tal.

Não poderia ser diferente, sabe-se que essência é aquilo que pondo faz algo ser o que é, e retirando faz com que deixe de ser o que é. Neste sentido Arnaldo Vasconcelos, citando Spinoza, ensina:

então, o que constitui a essência? Deixemos a resposta com Spinoza, que nos apresenta o conceito irretocável, ao mesmo tempo excelente de precisão e de clareza: 'digo que pertence à essência de uma coisa aquilo que, sendo dado, faz necessariamente com que a coisa exista, e que, sendo suprimido, faz necessariamente com que a coisa não exista.

No conceito de cautelar em Carnelutti tais elementos estão presentes. São as seguintes as palavras do consagrado italiano, valendo esclarecer que o processo de conhecimento ele denomina de processo jurisdicional:

Diferentemente do processo jurisdicional e do processo executivo, o processo cautelar não conduz nem à coisa julgada nem à restituição forçada: à coisa julgada, porque sua finalidade não consiste em lhe dar razão ou em negá-la a um ou a outro dos litigantes; à restituição forçada, porque não tem por finalidade remediar a lesão de uma pretensão; pelo contrário, por meio deste se trata de criar um estado jurídico provisório, que dure até que se efetue o processo jurisdicional ou o processo executivo. Em virtude do processo cautelar, a *res* não é, pois, *iudicata*, e sim composta de modo que possa esperar-se o juízo; e a esta composição, cujo conceito se esclarece comprando-a com o curativo de uma ferida, dá-se-lhe o nome de medida cautelar, a qual, por sua vez, pressupõe o provimento cautelar, ou seja, o ato por meio do qual o órgão judicial dispõe a composição provisória do litígio.

No direito brasileiro entendimento análogo é encontrado nas lições de Alfredo Buzaid. Escreve o emérito processualista:

Da análise atenta das teorias que acabam de ser expostas decorre que a ação cautelar é um poder processual autônomo, que corresponde à função preventiva, diversa da função declaratória e da função executiva. Nestas duas atividades jurisdicional consiste em assegurar a realização do direito. Na função cautelar o escopo não é realizar o direito principal, mas garantir que ele se realize oportunamente. O seu caráter é instrumental e temporário. A garantia é destinada, com ensina Alberto dos Reis, não propriamente a fazer justiça, mas a dar tempo a que a justiça realize a sua obra.

Mais recentemente, a tutela cautelar vem sendo ligada intimamente à garantia constitucional ao devido processo legal, dada essa sua característica de ter por fim propiciar a efetividade dos provimentos jurisdicionais mediante processo. José dos Santos Bedaque escreve:

A tutela cautelar, em última análise, tem por função assegurar a tutela jurisdicional de direitos, tal como regulada na Constituição. Não só está inserida na idéia ampla de garantia constitucional de acesso à jurisdição, como constitui mecanismo processual-constitucional, pois assume a função de conferir efetividade às várias modalidades de tutela satisfativa existentes no sistema.

A nosso ver, quem melhor tratou classicamente sobre o tema foi Pietro Calamandrei que, nos anos 30 do século XX, escreveu importantíssima obra sobre os provimentos cautelares, cuja tradução para o português sob o título “Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares”, foi recentemente publicada no Brasil.

Calamandrei coloca como o grande critério distintivo do provimento cautelar o elemento indicado acima no item “a” (provisoriedade) ao escrever:

A opinião mais difundida, da qual partilham os nossos processualistas mais importantes, é aquela que vê um caráter constante ou ainda um caráter diferencial dos procedimentos cautelares na sua provisoriedade, ou seja, na limitação da duração dos efeitos (declarativos ou executivos) próprios desses procedimentos.

Mais adiante o mesmo autor esclarece em que sentido se dizem provisórios os provimentos cautelares ao consignar que “a provisoriedade do primeiro procedimento (sumário) nasce da possibilidade de um último (definitivo), que pode eventualmente vir a anular ou a modificar os efeitos do primeiro”¹⁴.

Embora esse autor coloque a provisoriedade em uma posição de proeminência, não olvida a existência dos demais elementos. Sobre a urgência escreve que

não basta que o interesse de agir surja de um estado de perigo e que o procedimento invocado tenha intento preventivo de um

dano somente temido, mas é necessário ainda que, em razão da iminência do perigo, o procedimento requerido tenha caráter de urgência, quando fosse previsível que, onde este tardasse, o dano temido se transformaria em dano efetivo, ou se agravaria o dano já verificado: de modo que a eficácia preventiva do procedimento seria praticamente anulada ou prejudicada.¹⁵

Por sua vez, a preventividade é um dado por imposição lógica: não poderia a tutela cautelar atuar de outra forma que não fosse preventivamente. Com efeito, o dano a que visa combater corresponde, de maneira direta, na denegação da tutela jurisdicional efetiva a ser prestada posteriormente e ameaçada pelo necessário transcurso temporal, só tendo sentido, então, a existência deste tipo de provimento se prestado antes da ocorrência do dano, preventivamente a ele. A cautelar tem por escopo eliminar o perigo desta demora, se prestada posteriormente à confirmação do perigo em dano efetivo, absolutamente nenhuma utilidade terá, perdendo sua razão de ser.

Marcelo Lima Guerra muito bem a relaciona a preventividade e urgência ao escrever:

Da mesma forma, compreende-se facilmente que a própria eficácia preventiva do remédio cautelar, acima caracterizada, está condicionada, por sua vez, a que tal remédio seja concedido sem demora. Ora, para que algo se configure como ‘ameaça à eficácia de determinada tutela jurisdicional’ – e, portanto, como *periculum in mora* –, é necessário, por definição, que corresponda a uma possibilidade objetiva de determinada situação fática se verificar, pelo menos e forçosamente, antes que a tutela ameaçada possa ser prestada, já que não é logicamente possível que a prestação efetiva de qualquer tutela jurisdicional seja posta em risco, depois de já ter sido prestada (nesse sentido é que se deve entender a mencionada especificidade do *periculum in mora*, a saber, o estar sempre associado à incapacidade da providência final, à qual o processo tende, ser concedida antes de determinado momento). Dessa forma, é possível considerar a urgência como uma característica da tutela cautelar, uma vez que para alcançar o seu objetivo de eliminar o *periculum in mora* o remédio cautelar deve ser prestado de modo urgente, isto é, imprescindivelmente antes que a tutela jurisdicional, que se quer garantir, possa ser finalmente prestada.¹⁶

Ao contrário de Calamandrei, o autor cearense põe como característica definidora dos provimentos cautelares o fato de ser voltado à eliminação do *periculum in mora* no sentido colocado acima, relacionado com os chamados danos marginais. Para ele, toda decisão e atuação do Judiciário que tenha por fim eliminar *periculum in mora* necessariamente será provimento cautelar.

Já quanto à sumariedade, diz respeito à menor quantidade de atos prévios para a prestação da tutela cautelar. Tem estreita relação com a urgência que é logicamente incompatível com um processo extenso em que haja a possibilidade de pleno exercício do contraditório e da ampla defesa e de todos o conjunto de atos a eles inerentes. Como colocado linhas atrás, na cautelar se desprestigia uma ponderação mais detida a extensa acerca das alegações das partes em favor da maior presteza para de alguma forma se tratar a situação do jurisdicionado, o que inexoravelmente demanda um processo sumário.

Neste momento devemos pontuar uma questão relevantíssima para o presente trabalho: nenhum autor e nenhum ordenamento jurídico caracterizam o provimento cautelar pelo conteúdo do provimento (se antecipatório, conservativo, etc). Isto nos leva convictamente a asseverar que o conteúdo do provimento é irrelevante, não é uma característica da tutela cautelar, mas mero atributo, irrelevante para definição como tal.

Entendemos, com Arnaldo Vasconcelos¹⁷, que há distinção entre característica e atributo. Este é dado acidental de algo; aquela é elemento ligado à essência, que inexoravelmente deve constar na coisa. São palavras suas: “em assim sendo, para identificarem as características ou propriedades de uma coisa, necessita-se conhecer, antes, sua natureza, isto é, a definição de sua essência. Desta, advirão aquelas.”

Assim, as características (dados que definem a essência) da tutela cautelar são os indicados acima nos itens “a” a “f”. Qualquer outro dado é mero atributo, elemento acidental, plenamente irrelevante para definição de algum provimento como cautelar ou não. Por esta razão, estando presentes aquelas características, haverá cautelar, sendo irrelevante se o conteúdo da mesma é antecipatório ou conservativo.

Com a elevação da medida cautelar ao *status* de garantia constitucional, voltada a propiciar a devida prestação jurisdicional, nos termos esquadrihados na Constituição, esvaziou-se a tentativa de precisar quais seriam os atos acautelatórios possíveis de serem exercidos e o conteúdo preciso dos provimentos cautelares. De fato, como visa a garantir um direito fundamental (eficaz acesso ao Judiciário) a cautelar não se limita a prestar provimentos de conhecimentos ou executivos (como entendia Calamandrei anteriormente), pois o magistrado, mediante o poder geral de cautela, deve praticar todo e qualquer ato, fática e juridicamente possível, necessário para garantir o direito do particular a ser tutelado definitivamente no futuro. Com efeito, como representa uma garantia fundamental, deve ser efetivado sempre que possível, das maneiras que estiverem ao alcance do magistrado.

Por fim, devemos distinguir cautelar de liminar. Nem toda liminar – como vimos no caso das liminares possessórias – são medidas cautelares. Enquanto estas são institutos jurídicos referentes às espécies de provimentos jurisdicionais, aquelas dizem respeito ao momento da decisão, que no caso é *in limine*, no início.

4 TUTELA ANTECIPADA

A despeito de não se pairar qualquer dúvida a respeito na função da tutela cautelar, surgiram vozes no sentido de não se admitir que no processo cautelar específico se proferissem decisões de conteúdo satisfativo, ou seja, que em vez de conservar o estado das coisas da maneira então existentes até o provimento jurisdicional final, já concedessem o próprio bem da vida antecipadamente. Os magistrados, encampando tal entendimento, passaram a não deferir em processos cautelares decisões que, ainda que visando a garantir o provimento jurisdicional final, antecipassem a tutela final, mesmo que fosse a única maneira hábil a atingir tal desiderato garantístico.

O legislativo, então, veio a suprir essa propalada lacuna da ordem jurídica brasileira, mediante modificação do art. 273, do Código de Processo Civil, onde se inseriu a possibilidade de no próprio processo de conhecimento se deferir a antecipação total ou parcial da tutela a ser prestada no final do feito.

Mais recentemente, previu-se nova forma de antecipação de tutela (art. 273, §6º). O reformador de 2002 inseriu a possibilidade de antecipação de tutela na hipótese de, ocorrendo pedidos cumulados no processo, um deles ou vários deles se torne incontroverso.

Por meio da antecipação de tutela inserida no contexto do processo de conhecimento, o ordenamento jurídico brasileiro dá ao procedimento ordinário uma nova feição, porquanto agora prevê a possibilidade de concessão em seu bojo de liminar. Concedeu-se às partes e ao magistrado uma possibilidade de no próprio feito de conhecimento combater – ou em alguns casos mesmo eliminar – o efeito danoso do tempo da marcha processual para o direito dos jurisdicionados. Da mesma forma, deu poderes aos magistrados a enfrentar o abuso do direito de defesa da parte ré, utilizado com vistas a protelar a certa derrocada final.

Sobre a antecipação de tutela do art. 273, I, escreve Antônio Cláudio da Costa Machado:

A inclusão da medida liminar antecipatória do art. 273, inciso I, para as obrigações em geral, e a do art. 461, §3º, para as obrigações de fazer ou não fazer, representa indubitável e concretamente a perspectiva de efetividade para o processo de rito comum. Em primeiro lugar pela eliminação do fator tempo como obstáculo de realização de justiça. Em segundo lugar pela extensão da tutela jurisdicional rápida para todos os direitos, o que significa acessibilidade conferida a quaisquer supostos titulares de direito à via antecipatória, tudo isso sem prejuízo à ampla atividade de provar que é assegurado pelo procedimento cognitivo comum.¹⁸

Logo adiante, sobre a previsão do art. 273, II, do CPC, escreve o mesmo autor que

resta salientar que também a antecipação de tutela fundada no inciso II do art. 273 ('abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu'), que jamais assumirá, por razões óbvias, a feição de providência liminar, representa instrumento de enorme potencialidade para tornar efetivo o processo de conhecimento. De um lado, porque tanto quanto a previsão do inciso I, antecipação neste caso é arma contra efeitos deletérios do tempo, mas, de outro – este sim mais importante –, porque moraliza o embate processual mediante o sancionamento severo da conduta desleal do réu. Em outros termos, o processo ganha em efetividade, pela antecipação da tutela, toda vez que o demandado, por sua atitude antiética e reprovável,¹⁹ tornar claro que o direito parece amparar a pretensão do autor.

Já a modalidade de tutela antecipada recentemente introduzida em nosso sistema pela Lei n. 10.444/02, que criou o §6º no art. 273, decorre da inexistência de controvérsia acerca de um dos pedidos do autor, quando houver vários cumulados. Possui esta espécie natureza distinta das anteriores, configurando-se uma verdadeira inovação no sistema que contribui, e muito, para a maior celeridade processual e conseqüente prestação jurisdicional efetiva. Nela não é possível se falar em uma tensão entre o princípio do contraditório e da efetividade processual, pois tal sorte de medida antecipatória só se realiza quando a parte contrária tem oportunidade de contraditar o pedido, mas não o faz. Entendemos, no entanto, que são ressalvados desta situação os casos em que não ocorre revelia, dada a similitude dos institutos, não sendo passível esta forma de antecipação, p. ex., contra a Fazenda Pública.

A tutela antecipada, exatamente por permitir uma mais profícua fruição pelo particular do provimento jurisdicional deve ser inserida no contexto de garantia fundamental, merecendo um disciplinamento que considere esta sua hierarquia superior.

Tanto assim que – em regra – não se admite a concessão de tutela de antecipação que seja irreversível, por ser *a priori* contrária ao princípio do contraditório e da ampla defesa. No entanto, por ser o direito a um provimento jurisdicional eficaz um direito fundamental tal qual o contraditório e a ampla defesa, é permitido que em alguns casos, mediante a ponderação destes dois princípios diante do caso concreto, se chegue à conclusão de que será proporcional e juridicamente válido se proferir decisão antecipatória irreversível.

Com efeito, repita-se, a tutela antecipada visa a conferir maior efetividade à prestação jurisdicional mediante uma medida de urgência, sem que haja ocorrido todos os atos decorrentes do contraditório e da ampla defesa. Por esta razão, se veda *a priori* a concessão de medidas irreversíveis pois estar-se-ia, para o caso concreto, simplesmente negando aplicação do contraditório e da ampla defesa. Porém, para aquelas situações em que so-

mente mediante uma decisão irreversível se garantiria a utilidade do provimento jurisdicional final surge um evidente choque de princípios, configurador de um *hard case*. É exemplo deste tipo de caso uma medida autorizando uma transfusão de sangue em uma criança cuja religião do pai não a permite.

Em nosso entender, bem vindas são as reais inovações em que consistem a tutela antecipada dos arts. 273, II, e §6º e 461, §3º. No entanto, no pertinente à antecipação de tutela do art. 273, I, ela consiste inovação tão só ao permitir a concessão de tal sorte de medida no próprio processo de conhecimento, pois, dada sua natureza cautelar, sempre pôde ser concedida em processo próprio (cautelar), o que é muito mais eficaz porque em processo específico todos os atos são voltados ao ato de concessão ou não da tutela cautelar, enquanto permitir sua concessão no processo de conhecimento atenta contra o princípio lógico de que falamos em item anterior, pois no mesmo conjunto de atos agora é possível se conceder duas formas de tutelas jurisdicionais autônomas, sem os tipos de cuidados existentes nos procedimentos especiais em que isto ocorre.

Sobre não consistir a tutela antecipada uma inteira inovação na ordem brasileira, escreve Teresa Arruda Alvim:

O fenômeno da antecipação de tutela não é propriamente novo no Direito brasileiro. Novidade é o disposto no art. 273, que em princípio estende a possibilidade de se anteciparem os efeitos do provimento jurisdicional final em todo o tipo de processo ou procedimento.

Embora conserve seu caráter excepcional, alteram-se, sem dúvida, de modo significativo, as dimensões desta excepcionalidade.

Antes já havia, porém, por exemplo, as ações possessórias, em que se antecipavam à parte, que demonstrava *fumus* os efeitos da sentença, prescindindo-se da prova de *periculum in mora*. Por meio das ações possessórias, diferentemente do que ocorre com as medidas de índole cautelar, não se protegem direitos que correm risco.

Outras medidas já havia no sistema positivo brasileiro, que, embora tivessem como pressuposto o *periculum in mora*, consistiam efetivamente no adiantamento da própria tutela. Tais já eram, de regra, embora não necessariamente, as liminares no mandado de segurança, na ação declaratória de inconstitucionalidade, na ação civil pública.

Para bem assentarmos essa afirmação, devemos dedicar algumas linhas especialmente voltadas a esclarecer a natureza cautelar da tutela antecipada do art. 273, I, do Código de Processo Civil, abordando as “distinções” que a doutrina aponta entre ambas, bem como para demonstrar que a fungibilidade entre cautelar e antecipação de tutela agravou ainda mais a ofensa perpetrada contra o princípio informativo lógico do processo.

5 CRÍTICAS À DISTINÇÃO ENTRE CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA E À LEI N. 10.444/02

Logo com a reforma de 1994, que criou a possibilidade de antecipação de tutela no próprio processo principal, a doutrina apressou-se em apresentá-la, em qualquer de suas feições, como instituto jurídico novo, sem qualquer previsão na ordem jurídica pretérita, o que – repita-se – só é verdadeiro em relação às antecipações tratadas no art. 273, inc. II e §6º, pois a tutela disciplinada no art. 273, I, nada mais é do que a cautelar antecipatória de que fazia referência Calamandrei já na sua obra de 1936.

Para aqueles que entendem ser a antecipação de tutela do art. 273, I, do CPC, um provimento cautelar, Luiz Guilherme Marinoni (“pai” do novo instituto) responde energicamente que “não é tutela cautelar porque esta deve limitar-se a assegurar a viabilidade de realização do direito afirmado”.²¹

O entendimento neste sentido angariou o apoio de expressivos nomes do direito processual brasileiro. Antônio Cláudio da Costa Machado²² apresenta o posicionamento de alguns expressivos nomes da doutrina nacional, como Nelson Nery Júnior:

A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC, art. 273, I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor).

As diferenças entre ambos os institutos apontados por essa corrente doutrinária podem ser sumariadas no seguinte quadro:

TUTELA ANTECIPADA	LIMINAR EM CAUTELAR
– tem o escopo de implementar desde logo efeitos práticos da sentença de procedência	– tem por finalidade conservar o estado das coisas até a superveniência do provimento definitivo
– ausência de autonomia processual	– existência de autonomia processual
– verossimilhança e irreversibilidade	– <i>fumus boni juris</i> e <i>periculum in mora</i>
– estatutividade	– conservatividade

Diante das distinções apontadas no quadro podemos tecer uma importante afirmação: existem diferenças entre cautelar e tutela antecipada, mas tais distinções são meramente acidentais, dizem respeito apenas a atributos, sendo que todos elementos essenciais da tutela cautelar (aquilo que pondo faz algo ser cautelar e retirado faz com que algo deixe de ser cautelar) estão presentes na tutela antecipada do art. 273, I, do CPC.

De fato, ousamos discordamos do ponto de vista dessa corrente doutrinária, que já pelos nomes dos que a defendem merece respeito. Não são essas diferenças acidentais que fazem surgir novo instituto, porquanto a essência cautelar não foi afetada.

A principal distinção apontada pela doutrina é ser a tutela antecipada a prestação *in limine* do próprio objetivo final do processo, enquanto a cautelar apenas conserva até o fim do processo as coisas no estado em que se encontram. Neste sentido, a tutela antecipada seria satisfativa, enquanto a cautelar seria conservativa. Assim, na antecipação de tutela o pedido liminar tem o mesmo teor do pedido final. Na cautelar não poderia haver tal sincronia.

No entanto, entendemos como Francesco P. Luisio no sentido de que a forma de se garantir o provimento final é irrelevante. Ademais, como dissemos, já em 1936, Calamandrei falava das cautelares que consistiam numa antecipação da decisão final. Escreve o mestre italiano:

A relação de instrumentalidade que, nos casos ora enumerados, vincula a providência provisória àquela principal é profundamente diferente daquela examinada nos dois grupos precedentes: enquanto nestas o procedimento cautelar não regula o mérito da relação substancial controversa, mas somente prepara os meios para auxiliar a formação ou a execução forçada da futura decisão do mérito, aqui, neste terceiro grupo, o procedimento cautelar consiste mesmo em uma decisão antecipada e provisória do mérito, destinada a durar até que a esse regulamento provisório da relação controversa não se sobreponha o regulamento estável obtido através do mais lento processo ordinário.

Há expressivos nomes da doutrina nacional que compartilham desse entendimento. Marcelo Lima Guerra, em obra de 1995, foi o primeiro a levantar sua valorosa pena contra a opinião da maioria. Escreve:

Percebe-se facilmente que o art. 273 arma o juiz de poderes para antecipar os efeitos da decisão final em situações bastantes diferentes, a saber: a) quando, diante da verossimilhança da alegação, houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inc. IX)...

De fato, na hipótese *sub (a)*, a antecipação, ali referida, é, sem dúvida, prestação de tutela cautelar (sob a forma de liminar) no

próprio processo principal. É que, nessa hipótese, a antecipação dos efeitos da decisão final tem função idêntica à de todas as medidas cautelares, a saber, a garantia do resultado útil (efetividade) da decisão final. Nessas situações, a antecipação prevista no art. 273 se faz, como se sabe, sob a forma de uma medida liminar, que em nada difere daquelas liminares de natureza cautelar que podem ser concedidas em Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, bem como ações fundadas no Código de Defesa do Consumidor.

É o que se pode facilmente se verificar tendo em vista os requisitos a que, nessa hipótese, está condicionada a prestação da liminar. Tais requisitos consistem, precisamente, nos mesmo aos quais se sujeita, de um modo geral, qualquer prestação de tutela cautelar, a saber, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Ou ainda, na dicção do art. 273, a 'verossimilhança da alegação do autor' e o 'fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação', respectivamente.²⁴

José dos Santos Bedaque coloca seu ponto de vista respondendo intrigante pergunta. Escreve o autor:

Para quem não aceita a natureza cautelar da providência destinada a antecipar provisoriamente efeitos da tutela final, duas seriam as técnicas destinadas a resolver o conflito entre valores constitucionais igualmente relevantes: a tutela cautelar e a tutela antecipada.

Mas, se ambas têm a mesma função no sistema e são estruturalmente provisórias, por que distingui-las? Inexiste razão histórica ou sistemática para não incluir as antecipatórias no rol das cautelares. A discussão acaba sendo meramente terminológica, pois temos duas categorias de tutelas não definitivas, destinadas ambas a evitar que o tempo necessário à segurança jurídica acabe tornando²⁵ inútil o resultado do processo, com denominações diversas.

No contexto constitucional em que hoje se encontra inserida a cautelar, sendo uma garantia fundamental, deve ser, conseqüentemente, permitida a utilização de toda e qualquer medida, desde que fática e juridicamente possível, para garantir a fruição pelas partes do devido processo legal, de uma decisão eficaz. Dentre esses meios possíveis sempre esteve a antecipação provisória dos efeitos da decisão final, posto nunca haver sido previsto qualquer sorte de proibição para tanto. O que havia era uma má compreensão, por parte da jurisprudência, do que viria a ser decisão satisfativa, irreversível e a contextualização de ambas no sistema processual.

A nosso ver a reforma de 1994, da maneira realizada, não tratou da melhor forma a questão, pois inseriu num mesmo processo de conhecimento duas

espécies de tutela jurisdicional, sem que para tanto tivesse o mesmo cuidado que o legislador teve no mandado de segurança, na ação civil pública ou não ação popular, em que o objeto processual é restrito e o rito é sumário, onde constam limitações inclusive acerca das provas que podem ser produzidas.

No caso, colocou-se no âmbito do processo ordinário de conhecimento – em que há ampla dilação probatória e o objeto pode ser amplo – criando-se mais um incidente, que pode, em muitas situações, atravancar a regular marcha processual.

A jurisprudência agravou ainda mais o problema reiterando seu erro: não permitir a prestação de uma medida antecipatória em processo específico, sumário e inteiramente estruturado e logicamente especializado para emitir decisões provisórias, com o fito de preservar provimentos outros, qual seja, o processo cautelar do Livro III do CPC.

Não bastasse isso, o legislador de 2002 prestou o maior desserviço ao Direito Processual Civil que já se teve notícia: permitiu a fungibilidade no processo de conhecimento entre uma medida cautelar e a antecipação de tutela, esvaziando completamente, ao menos no que pertine às cautelares inominadas, o contido no Livro III do CPC.

Pelo que se infere do labor do legislador de 2002, todos os termos daquela parte do CPC, com suas minúcias e preocupações que levou a estruturar um processo próprio para as cautelares inominadas, é inútil e despiciendo. Não é necessário processo próprio, basta uma decisão interlocutória, um incidente no feito principal para fazer aquilo que o legislador codificador de 1973 relegou a um conjunto inteiro de atos estruturado em contraditório. Nada mais absurdo e atécnico, em nosso entender.

É preciso reformar o Código de Processo Civil para explicitar que medidas cautelares, sejam conservativas ou antecipatórias, devem ser prestadas em processo próprio, em que, em atendimento ao princípio lógico informativo do processo, tenha todos os atos especializados para aquele fim, ressaltando as hipóteses em que há uma delimitação do objeto que permite uma profícua inclusão de vários provimentos em um único processo, como ocorre com o mandado de segurança, na ação civil pública ou na ação popular. Com isto, evita-se que no feito principal haja mais um incidente e de questão de relevância maior, pois é um incidente que tem por objeto a prestação de um provimento jurisdicional (cautelar) distinto daquele a ser prestado ao final e ao qual todos os demais atos processuais são voltados.

Por fim, outra recorrente distinção apontada entre cautelar e tutela antecipada diz respeito aos requisitos autorizadores, enquanto para aquela seriam os já conhecidos *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, nesta seria a verossimilhança das alegações – aferível por prova inequívoca –, e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Portanto, os pressupostos para a concessão da tutela antecipada seriam mais rígidos que os da cautelar.

Em setores da doutrina, realmente há quem defenda um escalonamento quanto à probabilidade do direito alegado, variando, para alguns, da aparência, passando pela probabilidade e chegando à verossimilhança. Para outros a verossimilhança seria o juízo de probabilidade mínima, donde se percebe a imprecisão do termo na doutrina.

O legislador brasileiro utilizou o termo verossimilhança no sentido de probabilidade máxima do direito alegado pelo autor, porquanto relaciona-a com a prova inequívoca. No entanto, isto nada mais seria o *fumus boni iuris* clássico, cuja demonstração o legislador exigiu forma específica para demonstração, a saber, prova inequívoca. A exigência desta forma específica se justifica pelo fato de ser prestada no próprio processo principal, mediante decisão interlocutória, onde seria inconveniente uma dilação probatória específica para tanto, caso se intentasse demonstrar a aparência do direito por prova equívoca.

Interessante notar que o juízo sobre o que seria prova equívoca ou inequívoca é impossível de ser diferenciado do juízo realizado pelo magistrado para definir a fumaça do bom direito, o que finda por forçar a concluir não se poder apontar distinções objetivamente aferíveis dentre ambos. Neste sentido, Antônio Cláudio da Costa Machado escreve:

Contudo, não podemos deixar de chamar a atenção para o fato de que, independentemente do rótulo que se dê ao juízo sumário, e independentemente também da maior ou menor intensidade de convencimento que a lei exija do magistrado para a concessão de um particular provimento, toda e qualquer declaração do juiz no sentido da presença da verossimilhança e probabilidade ou aparência de direito é sinônima de declaração de *fumus boni iuris*.²⁶

Por sua vez, também não há que se falar em distinção essencial entre *periculum in mora* e perigo de dano irreversível ou de difícil reparação, porquanto ambos são espécies de danos marginais, ou seja, dano que a parte pode sofrer em razão da delonga para a prestação da tutela jurisdicional, o que a tornaria ineficaz e inútil.

Uma revisão do conceito de *periculum in mora* de Calamandrei reforça nosso modo de entender. Escreve ele:

o *periculum in mora*, que é a base das medidas cautelares, não é, portanto, o genérico perigo de dano jurídico, ao qual se pode em certos casos remediar com a tutela ordinária; mas é especificamente o perigo daquele ulterior *dano marginal*, que poderia derivar do atraso, tido como inevitável em razão da lentidão do procedimento ordinário, do procedimento definitivo. É a impossibilidade prática de acelerar a prolação do procedimento definitivo que faz surgir o interesse na emanação de uma medida

provisória; é a mora desse procedimento definitivo, considerada em si mesma como a possível causa de ulterior dano, que se provê a tornar preventivamente inócua com uma medida cautelar que antecipe provisoriamente os efeitos do procedimento definitivo. Assim, também quando no campo das relações substanciais a lesão do direito já ocorreu e o procedimento definitivo não pode ter então outro objetivo senão aquele reintegrativo, o procedimento cautelar tem em si próprio finalidade preventiva diante daquele agravamento do dano que, em acréscimo àquele produzido pelo culpado, poderia²⁷ derivar do inevitável prolongamento do processo ordinário.

Portanto, as distinções que podem ser apontadas entre cautelares e antecipatórias são meramente acidentais, não infirmando a essência cautelar desta quando conferida com fulcro no art. 273, I, do CPC. Daí ser mais conveniente que ambas são prestadas em processo próprio especificamente voltado com este fim e não como mero incidente no feito principal, razão pela qual consideramos reprovável a reforma realizada pela Lei n. 10.444/02, vez que esvaziou um dos livros do Código de Processo Civil, no referente a cautelares inominadas.

6 CONCLUSÕES

De todo o aqui exposto, exsurtem as seguintes conclusões:

a) a tutela jurisdicional, provocada pelo exercício do direito de ação e prestada mediante processo, é tida como instituto de direito constitucional de relevância incomensurável, pois além de ser o instrumento de pacificação social é meio de efetivação e garantia dos direitos fundamentais máximos de uma ordem jurídica, o que leva a caracterizar o profícuo acesso ao Judiciário um garantia fundamental;

b) na certeza de que uma justiça tardia corresponde a uma injustiça agravada e ainda uma ofensa à Constituição Federal, os poderes dos juízes para – de alguma forma – apressarem, preservarem ou até mesmo anteciparem os provimentos finais foram aumentados pelo labor pretoriano e legislativo;

c) a tutela antecipada e a tutela cautelar têm importante função no âmbito desta garantia ao provimento jurisdicional eficaz, pois garantem uma prestação jurisdicional final eficaz, tendo como especial razão de ser a urgência;

d) o critério *específico* para definir o provimento cautelar não é o mesmo para caracterizar o de conhecimento e executivo. Enquanto aqueles se diferenciam entre si pelo fim variar segundo a forma de se tutelar a situação substancial, a finalidade do provimento cautelar não é tutelar diretamente uma situação substancial, mas uma medida provisória com vistas a garantir que um outro provimento possa fazê-lo no futuro;

e) são características do provimento cautelar: 1) provisoriedade; 2) urgência; 3) acessoriedade; 4) preventividade; 5) sumariedade; 6) juízo pelo próprio magistrado acerca do *fumus boni juris* e *periculum in mora*;

f) as características (dados que definem a essência) da tutela cautelar são os indicados acima nos itens “1” a “6”. Qualquer outro dado é mero atributo, elemento acidental, plenamente irrelevante para definição de algum provimento como cautelar ou não. Por esta razão, estando presentes aquelas características, haverá cautelar, sendo irrelevante se o conteúdo da mesma é antecipatório ou conservativo;

g) bem-vindas são as reais inovações em que consistem a tutela antecipada dos arts. 273, II, e §6º e 461, §3º, do CPC. No entanto, no consistente à antecipação de tutela do art. 273, I, ela consiste inovação ao permitir a concessão de tal sorte de medida no próprio processo de conhecimento, pois, dada sua natureza cautelar, sempre pôde ser concedida em processo próprio, o que é muito mais eficaz porque em processo específico todos os atos são voltados ao ato de concessão ou não da tutela cautelar, enquanto permitir sua concessão no processo de conhecimento atenta contra o princípio lógico, pois no mesmo conjunto de atos agora é possível se conceder duas formas de tutelas jurisdicionais autônomas, sem os tipos de cuidados existentes nos procedimentos especiais em que isto ocorre;

h) existem diferenças entre cautelar e tutela antecipada, mas tais distinções são meramente acidentais, dizem respeito apenas a atributos, estando todos elementos essenciais da tutela cautelar (aquilo que pondo faz algo ser cautelar e retirado faz com que algo deixe de ser cautelar) estão presentes na tutela antecipada do art. 273, I, do CPC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ALVIM, Teresa Arruda. *Da Liberdade do Juiz na Concessão de liminares e a tutela antecipatória*. In: Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Jurisdição constitucional das liberdades*. In: Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BEDAQUE, José dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo: Classic Book, 2000.
- DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LUISIO, Francesco Piero. *Diritto processuale civile: i principi generali*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 2000.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Jurisdição constitucional das liberdades*. In: *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.20.

² DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 27.

³ BEDAQUE, José dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.

⁴ LUISIO, Francesco Piero. *Diritto processuale civile: i principi generali*. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2000, p. 10.

⁵ BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 222-223.

⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 12.

⁷ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 22.

⁸ PISANI, Andrea Proto. *Appunti sulla tutela cautelares nel processo civile*. Banca Antoniana di Padova e Trieste – Per Risolvere, insieme, i Vostri Problemi, p.110-112.

⁹ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 54.

¹⁰ CARNELUTTI. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 488.

¹¹ BUZAID, *op. cit.*, p. 224.

¹² BEDAQUE, *op. cit.*, p. 84.

¹³ CALAMANDREI, P. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000, p. 25.

¹⁴ *Id. Ibidem*, p. 31.

¹⁵ *Id. Ibidem.*, p. 35.

¹⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 17-18.

¹⁷ VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 202.

¹⁸ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 40.

¹⁹ *Id. Ibidem*, p. 41.

²⁰ ALVIM, Teresa Arruda. *Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória*. In: Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1997, p. 535-536.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p.139.

²² *Id. Ibidem*, p. 138.

²³ CALAMANDREI, *op. cit.*, p.65.

²⁴ GUERRA, *op. cit.*, p. 98.

²⁵ BEDAQUE, *op. cit.*, p. 299.

²⁶ MACHADO, *op. cit.*, p. 393.

²⁷ CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 38.

ABSTRACT

The present article aims at tackling, through a critical analysis of doctrine, the issue of temporary legal measures existing in lawsuits conceived to protect the object of the lawsuit before its conclusion.

KEYWORDS

Urgent measures. Injunctive relief. Injunction. Temporary restraining order (TRO).

RÉSUMÉ

Ce travail a le propose de traiter les institutes de tutelle anticipatoire et “cautelar”, examinant leurs approches et distinctions, vers une analyse critique de la courant doctrine.

MOTS-CLÉS

Mesures d’urgence. Tutelle anticipatoire. Tutelles d’urgence.