

Tutela cautelar: retorno às origens

Eduardo de Mello e Souza

I – Delimitação do problema;

No âmbito da grande reforma processual por que passou o CPC nestes últimos onze anos, não é difícil encontrar temas que, longe de obterem unanimidade acadêmica e jurisprudencial, terminaram por gerar mais controvérsia.

As razões para tal acirramento são as mais diversas, mas é possível extrair deste concerto as duas notas dissonantes que se repetem com maior frequência: a) o CPC estaria perdendo *coerência sistêmica*; e b) existe um grande hiato entre as (boas) intenções do legislador e a (má) *praxis* dos operadores do Direito.

E quando a questão é *coerência*, é impossível deixar de indagar se as atuais reformas mantêm em relação ao CPC de 1973, os mesmos cuidados que o Prof. Alfredo Buzaid dedicou ao de 1939. Suas angústias foram bem consignadas na Exposição de Motivos do Código vigente, quando confessou sua perplexidade diante da difícil escolha entre dois princípios de técnica legislativa: o da *conservação* e o da *inovação*[\[2\]](#).

Aliás, falando de reforma, é indispensável lembrar a seriíssima advertência do mestre da USP, sobre os riscos de superar impasses ideológicos mediante concessões que sacrificariam a verdade científica, convertendo o Código em um *mosaico com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções*[\[3\]](#).

As dúvidas do ilustre professor paulista persistem, e impressionam pela atualidade. Mas, como se viu, não são apenas as intenções do legislador que contam. Há a segunda questão a ser superada e, para tanto, é indispensável avaliar o impacto destas reformas no dia-a-dia forense. Neste segundo caso, o debate ganha contornos ainda mais acirrados, posto que a reforma não atinge seu público de modo uniforme, a fim de gerar o mesmo padrão hermenêutico entre os operadores, como desejaria o legislador[\[4\]](#).

Na verdade, este é o ponto em que ambos os questionamentos convergem, pois toda reforma, por mais coerente que seja, depende do público alvo para determinar seu alcance. Isto porque existe uma lacuna entre os ilustrados membros da comissão revisora e a enorme massa de advogados, magistrados, promotores e procuradores, cujo paladar desvirtua conceitos sem qualquer obrigação de coerência ou precisão científica.

Assim, a dúvida não se restringe a se a reforma de 1994 respeitou o sistema do CPC de 1973, pois, mesmo que tenha guardado essa *coerência sistêmica* (o que será discutido em seguida), alguns pontos dela são exemplos típicos de boas intenções com resultados duvidosos, já que não obteve dos operadores (em especial dos Tribunais) uma compreensão nítida do seu alcance. Talvez sejam estas variantes interpretativas que estejam forçando novas Reformas, em um processo de realimentação que, este sim, estaria transformando o Código naquele tão temido *mosaico*.

Em função disso, percebe-se que nos últimos anos houve nítidas correções de rumo, não se sabe se para fidelizar a reforma ao sistema, ou ao paladar dos operadores. Em qualquer hipótese, corre-se grande risco de eternizar as reformas, posto que o legislador busca uma nova e inatingível identidade que concilie posições tão distantes: o sistema processual e a realidade dos operadores.

Um dos pontos mais ilustrativos destas *démarches* é a questão da tutela cautelar. No que toca à identidade sistêmica, ela foi originalmente inserida em processo próprio (Livro III), sendo posteriormente reconduzida ao processo de conhecimento (§ 7º, do art. 273[\[5\]](#)).

Entre 1973 e 2002, houve, contudo, nítida confusão dos operadores com as tutelas de cunho antecipatório, seja por falta de tempo de adaptação aos novos institutos, seja pela falta de compreensão sistêmica, ou por ambos[6].

Diante destes dois problemas, ficou ainda mais difícil responder ao questionamento proposto neste capítulo, pois não se sabe se a tutela cautelar foi re-inserida no Processo de Conhecimento por mera correção de rumo (reconciliando o legislador com a doutrina clássica); ou por que efetivamente era esta intenção inicial da reforma, revelando que a Comissão Revisora não tinha a intenção de manter a integridade do sistema do Código de 1973, retirando a utilidade do Livro III, como já o havia feito com o Livro II, buscando inspiração em modelos processuais muito anteriores ao de 1973.

É difícil eleger a perspectiva mais preocupante (se correção de rumo ou inovação sistêmica), por dois motivos: a) se a confusão dos operadores foi o fator determinante da correção de rumo, teme-se que não se tenha aguardado o prazo de maturação suficiente para desenvolver os novos conceitos propostos pela reforma; ou b) o sistema proposto pelo do Livro III fracassou.

Sob este prisma, as reformas perdem a perspectiva do tempo, impedindo o amadurecimento de seus próprios conceitos inovadores, e, no afã de resolver problemas imediatos, alguns previsíveis, acabam gerando mais e mais alterações pontuais, aqui e acolá, desfigurando gradativamente o Código[7].

Assim, o § 7º, do art. 273, é sintoma claro desta tendência, pois revelou uma tomada de posição da Comissão Revisora, mas não levou em consideração que as tutelas cautelar e antecipatória, por mais que possuam um laço de parentesco próximo (são espécies do mesmo gênero[8]), guardam considerável distância entre si, no que toca à natureza, às hipóteses de cabimento e efeitos sobre o direito em litígio.

Por isso, saber se esta diferenciação é forte o bastante para afastar a fungibilidade entre as duas tutelas (proposta pelo art. 273, § 7º, do CPC), é, sem dúvida, o que tem gerado as maiores perplexidades para os operadores do Direito e, via de consequência, tantas alterações no mesmo artigo do Código. Cabe, então, analisar se a forma com que se encontram, hoje, positivadas no CPC, as tutelas preventivas guardam alguma congruência com o sistema de 1973, e quais as repercussões deste questionamento sobre os operadores do Direito.

II – A reforma de 1994: a aparente crise do processo cautelar;

Logo após a primeira grande reforma do CPC, em 1994, não foi incomum o indeferimento de petições iniciais de medidas cautelares inominadas que buscavam tutela cujos efeitos se encontravam entre as técnicas cautelar e antecipatória. De fato, se a academia foi, na época, pródiga em textos que buscavam a diferenciação entre ambas as tutelas, na prática forense, inúmeros foram os casos não contemplados pela teoria, e que mereceram decisões conflitantes.

Aparentemente respaldados pela doutrina, alguns julgados chegaram a lançar mão de extensa bibliografia para vaticinar o fim da ação cautelar inominada[9], em nome de uma *purificação do processo cautelar*[10], julgando-o aplicável apenas em caso de ação cautelar típica, e relegando as demais hipóteses para a técnica antecipatória.

Esta foi uma primeira leitura da reforma, baseada na interpretação conservadora dos bons textos publicados à época. Entretanto, este verdadeiro furor diferenciatório entre as duas técnicas foi muito prejudicial para a assimilação do novo conceito, posto que surgiram diversas correntes jurisprudenciais, onde, para um mesmo caso concreto, ora as tutelas eram tomadas uma pela outra (fungibilidade), ora eram radicalmente diferenciadas, chegando-se, inclusive, a cunhar a expressão *tutela cautelar antecipatória*[11]. Vencer ou perder um processo deixou, então, de ser uma questão de Direito e passou a depender substancialmente da corrente doutrinária esposada pelo órgão que apreciasse o caso em última instância.

Este problema ganhou um contorno ainda mais dramático, quando o Judiciário se deparou com questões onde a diferenciação entre as tutelas não era tão clara, tais como, *v.g.*, a suspensão dos efeitos de assembléia geral de acionistas, o cancelamento de protestos, ou ainda a suspensão do processo executivo de sentença rescindenda.

Na verdade, estes eram à época exemplos típicos dos riscos de se estabelecer uma regra fixa para algo tão esquivo quanto a diferenciação das duas técnicas, ou tão abstrato quanto fundi-las numa só. Esqueceram que, para estabelecer com nitidez o âmbito de atuação de cada uma delas, seria necessária a utilização de raciocínio processual que prestigiasse, caso a caso, as circunstâncias teóricas e legais aplicáveis ao caso concreto.

Exatamente por isso, falou-se em crise da ação cautelar inominada, com base na interpretação descontextualizada das primeiras conclusões doutrinárias a respeito[12]. Os operadores, à época, não estavam tão familiarizados com o tema quanto a doutrina, considerando que a reforma do CPC não havia extinguido a ação cautelar, que passou a conviver com uma *nova* tutela de urgência. Para alguns, a tutela antecipatória apenas delimitou a funcionalidade da cautelar. Para outros, reafirmou-se a fungibilidade entre elas. De qualquer maneira, para ambas as correntes, a medida cautelar inominada continuou existindo, só que com roupagens completamente diferentes.

III – Tutelas preventivas: por que existem interpretações tão diferentes de institutos tão próximos?

Para melhor entender a presente linha de raciocínio, será necessária uma breve análise evolutiva das diferentes formas de tutela, criadas no passado recente da processualística civil brasileira. Isto será necessário para identificar as razões que levaram os operadores a ter tanta dificuldade em se adaptar a um sistema que, de novo, não tinha nada. Identificar o porquê de se criar tanta polêmica entre institutos tão próximos[13].

Observada a seqüência das tutelas preventivas na medida em que foram surgindo nos últimos sessenta anos, conclui-se, num primeiro momento, que a tônica era nitidamente acautelatória, por mais que a tutela detivesse desdobramentos satisfativos (antecipatórios). Assim foi com o Poder Geral de Cautela do CPC de 1939, a tutela em mandado de segurança (Lei nº 1.533/51, art. 7º, II), a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65, art. 5º, § 4º).

Nestas técnicas, se se atentar para o verbo utilizado pelo legislador (ou sua intenção), observa-se que, no mais das vezes, utilizou-se a palavra *suspender*[14], significando, aparentemente, medida de natureza puramente assecuratória da efetividade do processo e não necessariamente antecipatória do direito material. Uma tutela que *suspenderia* os efeitos do decurso do *tempo processual* sobre o objeto da lide[15], de forma a apenas garantir o fim útil desta.

É situação completamente diferente das expressões cunhadas para as tutelas mais modernas que se apóiam nos verbos *ordenar* ou *determinar*[16]. Estas, nitidamente, impõem mais do que uma suspensão dos efeitos do tempo sobre o processo, elas invertem o tempo em favor do *autor que tem razão* e em prejuízo do *réu que não a tem*[17].

Independentemente destas alterações no verbo utilizado para caracterizar as tutelas, nunca houve dúvidas sobre qual seria a intenção do legislador ao positivá-las. Mesmo no mandado de segurança, ou na ação popular, por exemplo, elas sempre tiveram eficácia suspensiva e/ou ativa, de acordo com a situação fática submetida a juízo. Vale dizer, o legislador jamais se preocupou com a eventual contradição entre o verbo utilizado e os efeitos da tutela prevista em lei, pois era corrente, à época, a utilização do termo *cautelar* como gênero de qualquer tutela preventiva, fosse ela satisfativa ou não. É só lembrar a classificação do processo cautelar defendida por Carnelutti[18] e amplamente utilizada pela doutrina.

Entretanto, a partir do CPC de 1973, a questão se complicou, pois criou-se processo próprio para a medida cautelar. Da forma como foi positivada (Livro III), a tutela cautelar não mais estaria apta a gerar satisfatividade (mediante seu viés antecipatório proposto por Carnelutti[19]), posto que inserida em procedimento sumário sem cognição exauriente e, portanto, desprovido de coisa julgada material, características incompatíveis com um juízo de certeza apto a gerar antecipação de tutela.

Surge, neste ponto um conflito entre os adeptos de Carnelutti (que jamais admitiriam efeitos definitivos em *composição provisória* da lide) com aqueles que admitiam uma jurisdição sem coisa julgada e, mesmo assim, definitiva[20].

Tanto que, naquela mesma época, a doutrina tratou de ampliar a classificação das ações, concebendo cinco (e não mais três) modalidades, acrescentando ações cognitivas exaurientes (dotadas de coisa julgada material) que prescindiam de um processo executivo autônomo, posto que nelas vinham embutidas suas próprias modalidades executivas (ações mandamentais e executivas *lato sensu*)[\[21\]](#).

Restou evidente que, ao aceitar a classificação quinária das ações, a doutrina pretendeu uma variação sutil no conceito de tutela cautelar, mantendo, contudo, o seu parentesco próximo com a medida antecipatória. De fato, esta variação permitiria que se *devolvesse* ao processo de conhecimento (através das ações mandamentais e executivas *lato sensu*) as tutelas ditas *cautelares*, mas de cunho satisfativo, mantendo-se no processo cautelar propriamente dito (Livro III), apenas aquelas medidas puramente assecuratórias do direito, sem viés antecipatório (daí ter-se falado em *purificação do processo cautelar*)[\[22\]](#).

O problema surgiu na medida em que o CPC não concebia este sistema quinário, já que não previu qualquer ação de natureza executiva *lato sensu* ou mandamental, empurrando o operador para resolver seus problemas urgentes com o processo cautelar, fossem eles de natureza satisfativa ou não.

Assim, a década de '80 assistiu a uma situação curiosa. O CPC, com seu sistema trinário de ações e dotado de um processo cautelar de largo espectro de atuação (cautelar e antecipatório), convivendo com a promulgação de normas extravagantes, que criavam ações mandamentais e executivas *lato sensu*, dando tratamento cada vez mais diferenciado às tutelas preventivas.

É inegável que houve um distanciamento entre as duas técnicas de tutela (antecipatória e cautelar), fato facilmente perceptível, *v.g.*, no texto da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85). Ali diferenciaram-se as tutelas puramente cautelares (art. 4º) das antecipatórias *lato sensu* (art. 12) e ambas das tutelas executivas e mandamentais (art. 11), que também seriam de cunho antecipatório.

Tal tendência foi posteriormente confirmada pelo Direito do Consumidor (CDC de 1990, art. 84), pelos Direitos da Infância e Adolescência (ECA, também de 1990), mas só foi atingir o CPC na primeira fase da Reforma, em 1994 (Lei nº 8.952).

Em realidade, se colocadas ao longo de uma linha do tempo, não escapará ao observador atento que cada uma destas modalidades foi criada dentro de uma circunstância histórica muito específica (sob o ponto de vista da evolução doutrinária), e se desenvolveram de forma reativa (e não pró-ativa) na medida em que a complexidade das relações intersubjetivas o exigiu, especialmente no que toca aos direitos coletivos. Por isso a bi-partição entre as duas modalidades de tutela ficou mais clara nas ações coletivas, antes de ser positivada no Código.

Ora, o espaço de meio século entre a primeira técnica de tutela sob análise (CPC de 1939) e as três últimas (1985 a 1990, citadas acima), levou o operador do Direito menos familiarizado com a doutrina italiana, a desvirtuar a finalidade da tutela anterior até que o legislador propusesse uma correção de rumo, através de novas técnicas, mais modernas e adequadas. Vale dizer, o operador foi convivendo, gradativamente, com diferentes tratamentos legislativos de uma mesma tutela, o que, ao invés de unificar o entendimento, terminou por torná-lo de difícil compreensão.

Some-se este comportamento pouco ativo e muito reativo do legislador processual, à tendência natural, mas condenável da maior parte dos operadores de interpretar os novos institutos o mais próximos possível dos institutos antigos[\[23\]](#), e o resultado é que, apesar de nascerem puras, técnica e teoricamente adequadas às suas finalidades, as diferentes formas de tutela de urgência sofreram, no dia-a-dia forense, alterações substanciais, com este crescente desvirtuamento interpretativo.

IV – Defeitos e qualidades do tratamento das tutelas cautelar e antecipatória como espécies de um mesmo gênero;

Identificada essa falta de harmonia entre operadores, legisladores e doutrinadores, que desandou a teoria clássica das tutelas de urgência, é importante salientar que, neste assunto, a própria doutrina já fomentava este cisma há décadas.

O mandado de segurança, por exemplo, que nasceu sequer sem ser unguído como modalidade de ação, transformou-se em remédio processual cognitivo e exauriente[24], eficaz para toda sorte de urgência contra autoridade pública. Sua tutela, dotada de efeitos, aparentemente suspensivos (e, portanto, não antecipatórios), sempre deteve nítida função satisfativa revestida de mandamentalidade[25], apesar das ressalvas do prof. Buzaid[26].

Não poderia ser diferente quando, em 1973, o novo CPC trouxe um livro inteiro destinado às medidas cautelares[27], em contraposição ao Código de 1939, que abordava o assunto em acanhados artigos entremeados no corpo dos chamados *processos acessórios*, mas outorgando ao magistrado plenos poderes, inclusive para agir *ex officio*[28]. Há quem diga, aliás, que apesar da riqueza legislativa, o CPC de 1973 não evoluiu significativamente em relação ao de 1939, considerando o Poder Geral de Cautela do Código anterior mais eficaz que a fórmula adotada pelo texto vigente, excessivamente prolixo e casuístico[29].

Mas o fato é que diante da redação dada aos arts. 798 e 799, os operadores jurídicos encontraram a brecha para, utilizando o processo cautelar, obter tutelas de cunho nitidamente satisfativo, obedecendo à intenção original do Prof. Buzaid, sempre calçado na doutrina de Calamandrei[30].

No entanto, como já se viu linhas cima, não pode passar desapercibido que o CPC trouxe em 1973 modalidade processual de cognição sumária e desprovida de coisa julgada material, características essas incompatíveis com os conceitos de satisfatividade e definitividade, típicos das tutelas antecipatórias. Mesmo para quem detinha a opinião de que tutela cautelar poderia ser satisfativa, o Livro III trouxe algumas contradições insuperáveis sob o ponto de vista das técnicas de tutela.

Como já se disse, a arquitetura do processo cautelar não suportaria o peso cognitivo de um juízo de certeza, materializado em uma tutela de efeitos irreversíveis, posto que totalmente voltada para a mera constatação de um *fumus boni juris*, mediante medidas provisórias, incompatíveis, aliás, com a visão de Carnelutti[31], que aceitava a tutela cautelar satisfativa, desde que interna ao processo de conhecimento.

Essas limitações do espectro de atuação das medidas cautelares obrigariam o legislador a tornar expresso o que, até então, era apenas implícito: a bi-partição das técnicas de tutela, devolvendo-se para o Processo de Conhecimento aquelas que dependessem de maior substrato probatório, onde obteriam a definitividade imprescindível, e mantendo no Processo Cautelar aquelas que buscassem preservar apenas o direito plausível.

Conforme já se viu (supra nº III), a doutrina bem que advertiu desta necessidade, fato que, inclusive, contribuiu para divisão quinária, contemplando ações cognitivas, que, por sua natureza, embutiam executividade suficiente para abrigar tutelas satisfativas (executivas e mandamentais)[32].

Mas a gestação da tutela antecipatória foi lenta demais e se deveu, dentre outras razões, à acomodação dos operadores que sempre emprestaram satisfatividade à ação cautelar inominada. Por isso, entre 1973 e 1994, a tutela antecipatória se limitou a ser apenas um dos efeitos de um grande Poder Geral de Cautela regulado pelo Livro III.

Assim, esta gestação legislativa foi prejudicada justamente pelo desvirtuamento imposto por tanto tempo à medida cautelar inominada, que seguia, a passo ordinário, os mandamentos da doutrina italiana clássica, admitindo uma tutela cautelar (gênero) antecipatória (espécie), mesmo que incompatível com o nível de cognição do processo cautelar. Ocorre que, certo ou errado, este tratamento foi a origem dos novos cismas que ocorreram na década de '90, quando finalmente a tutela antecipatória foi positivada no CPC. Desde então, ficou difícil para o operador perceber os diferentes campos de atuação das tutelas cautelar inominada e antecipatória.

V – As diferenças inegáveis entre as tutelas cautelar e antecipatória;

Esta longa espera gerou um condicionamento por repetição. Isto é, o operador utilizou o processo cautelar com finalidade satisfativa por tantos anos, que foi natural sua dificuldade em conceber as diferenças altamente complexas entre as duas técnicas. Afinal, por mais de duas décadas, acostumou-se à utilização da tutela cautelar como remédio eficaz para todas as dificuldades imediatas, satisfativas ou

cautelares propriamente ditas. Por isso, a Reforma de 1994 gerou tanto impacto, agravado ainda mais pela forma com que foi redigido o art. 273 do CPC[33].

Vale dizer, porque, durante vinte anos, conjugaram mal o verbo *acautelar*, os operadores foram condenados a conjugar o verbo *antecipar*, de forma ainda pior.

Por evidente, esperava-se, após tantos anos de uma tutela cautelar *polivalente*, que o advento da tutela antecipatória deixasse claras as diferenças entre ambas as técnicas, mas não foi isso que ocorreu. Em realidade, da forma com que foi redigido o art. 273, os institutos se quedaram perigosamente próximos e semelhantes. Basta observar duas características tipicamente cautelares que foram vinculadas à tutela antecipatória. No *caput* constou a *verossimilhança da alegação* (direito provável) como condicionante de um juízo de certeza; e no § 2º a impossibilidade da concessão de tutela antecipatória irreversível (provisoriedade da medida).

Ora, plausibilidade e provisoriedade sempre foram características intrínsecas das medidas cautelares propriamente ditas. Exatamente por isso é que o CPC de 1973 as retirou do bojo do processo de conhecimento (CPC, de 1939) e concedeu-lhes um processo próprio, sumário e de eficácia provisória, sem a menor intenção de buscar juízos de certeza com repercussões definitivas.

Atentas a essa questão, as primeiras doutrinas buscaram relativizar o § 2º, do art. 273, chegando até mesmo a sugerir a sua revogação[34]. Luiz Guilherme Marinoni, baseado na opinião do Min. Eduardo Ribeiro[35] procurou, inclusive, esclarecer a real intenção do legislador ao positivizar o art. 273, § 2º. Segundo aquele ilustre professor da UFPR, *nos casos em que o direito do autor, que deve ser mostrado como provável, está sendo ameaçado por dano irreparável ou de difícil reparação é ilógico não se conceder a tutela antecipatória com base no argumento de que ela pode trazer dano ao direito que é improvável*.

Isto é, a tutela antecipatória poderia perfeitamente ser irreversível (afinal era essa a sua natureza), sempre que sua não concessão acarretasse situação irreversível para o autor que tivesse razão. Entretanto, este ensinamento tão esclarecedor, não foi capaz de aplacar a confusão jurisprudencial que se seguiu, onde todos os Tribunais, sem exceção, inclusive órgãos de superposição, ora proíbem a antecipação de tutela que seja irreversível, ora deferem sem atentar para o problema (ver nota 11).

Este *imbroglio* teria sido evitado por uma redação mais clara e específica, que deixasse evidente a função antecipatória: quebrar o mito da *nulla executio sine titulo*, trazer a execução para dentro do processo de conhecimento (como já previra Pontes de Miranda), separando satisfatividade da formação da coisa julgada material. Vale dizer, conceber um provimento efetivo antes mesmo do acerto definitivo da ação[36].

Tais características tornam meridianamente claras as suas diferenças com a tutela cautelar, resumíveis em uma única palavra: satisfatividade. Com efeito, esta é a nota dissonante no concerto entre os dois institutos, pois cautelar não satisfaz, apenas assegura o direito em debate no processo principal. Essa relação entre medida cautelar e ação principal, a doutrina chama de *referibilidade*, isto é a transitividade[37] que liga o direito acautelado ao direito de acautelá-lo.

Mesmo os provimentos cautelares nominados de caráter satisfativo (v.g., os alimentos provisionais, a justificação, a separação de corpos, a ação de demolição e interdição, etc.), não abrem mão da referibilidade em relação ao uma ação principal, posto que seus provimentos apesar de satisfativos, carecem da definitividade gerada pela sentença na ação cujo direito buscou-se acautelar. Assim, resta evidente que referibilidade com provisoriedade é característica básica dos provimentos cautelares, mesmo aqueles que esbarram na satisfatividade (característica típica do provimento antecipatório)[38].

VI - O § 7º do art. 273: correção de rumo para confirmar a doutrina clássica;

Que existem diferenças entre as duas técnicas de tutela, disso já não há mais dúvidas. O que resta saber é se tal distanciamento é grande o suficiente para não mais caracterizá-las como espécies fungíveis entre si, ou mesmo gêneros de uma mesma espécie. Este é o problema gerado pela atual redação do art. 273, § 7º do CPC, a qual já permite uma primeira conclusão: apesar de ser o mais recente capítulo desta controvérsia, tudo indica que não será o último.

Por evidente, causou estranheza até mesmo a forma com que o dispositivo foi redigido[39]. Do seu texto se extrai o reconhecimento cabal de que efetivamente existem diferenças entre as duas técnicas de tutela, grandes o suficiente para confundir o operador. Pela primeira vez na história do processo civil brasileiro, positivou-se medida que prestigia a possibilidade do advogado se enganar acerca de qual seria a tutela mais adequada à proteção dos interesses urgentes de seu cliente[40].

Mas há outras conclusões não tão irônicas. A primeira delas decorre da abrangência do dispositivo. Não há dúvidas que ele permite a concessão de medidas cautelares no corpo do Processo de Conhecimento. Neste aspecto, há evidente retorno às origens, voltando a tutela cautelar a ser interinal[41], como ocorria no CPC, de 1939[42].

Diante desta conclusão, o legislador teria sido coerente, pois se o magistrado detém no processo de conhecimento amplas condições de deferir tutela de cunho antecipatório, com base em cognição ampla, apta a gerar coisa julgada material, poderia perfeitamente deferir tutela cautelar, cujos requisitos não são tão exigentes.

Entretanto, à vista de tudo o que se discutiu neste artigo, há sérias dúvidas se o § 7º, do art. 273, ao permitir tutelas cautelares em processo de conhecimento, autorizaria também o deferimento de tutelas antecipatórias em processo cautelar, completando-se um ciclo de plena fungibilidade entre ambas as tutelas.

Esta segunda conclusão se torna muito perigosa, à vista de toda a evolução das tutelas preventivas no Direito Processual brasileiro. Em primeiro lugar em virtude do próprio texto da norma. Ele é claro no sentido do deferimento de tutelas cautelares em processo de conhecimento. Mas a plena fungibilidade não está tão evidente, e deriva de interpretação que transcende o razoável, por um motivo: todo o Livro III teria, então, perdido a utilidade. No entanto as medidas cautelares lá permanecem sendo reguladas, intocadas pela Comissão Revisora do CPC. Não haveria sentido lógico em permitir ampla fungibilidade de tutelas dentro do processo de conhecimento, e manter toda uma sistematização específica para medidas cautelares em outro Livro do Código.

O Prof. Cândido Dinamarco minimiza a questão, ensinando que diferenças entre as duas técnicas existem, mas que não impedem a sua fungibilidade[43]. Entretanto, o ilustre professor da USP não enfrenta o problema de haver tutelas de urgência fungíveis entre si convivendo com a sistemática do Livro III. Além disso, fica a dúvida gerada pelo cisma doutrinário acerca das limitações do processo cautelar, que não deteria estrutura cognitiva e força mandamental suficiente para viabilizar tutelas antecipatórias, aptas a gerar execução antecipada.

De qualquer maneira, a permanência do Livro III no CPC, e todas as conclusões doutrinárias que isto implica, não retiram o mérito do § 7º, do art. 273. Mesmo não autorizando uma ampla fungibilidade entre as tutelas, ele já é, por si só, capaz de sinalizar a influência da doutrina clássica, em especial a de Carnelutti, que não havia ficado clara na Reforma de 1994, em virtude do trato sucinto dado à antecipação de tutela[44].

Mas é nítido que o legislador pretendeu incrementar ainda mais o poder discricionário do magistrado, como, aliás, já havia sinalizado na Reforma de 1994 (criando, inclusive, tutelas deferíveis *ex officio*), retomando conceitos que já eram claros no CPC de 1939. Assim, o § 7º, do art. 273, além de corrigir o rumo da Reforma do Código, confirmou sua orientação doutrinária, em torno da plena liberdade decisória do magistrado[45], simplificando os procedimentos e emprestando ainda mais instrumentalidade ao processo.

As diferenças entre as tutelas cautelar e antecipatória prosseguirão existindo. Mas apenas sob o ponto de vista dos critérios para seu deferimento, ou pelo nível de convicção do magistrado. Mas a plena fungibilidade de ambas dependerá dos próximos passos da Comissão Revisora, no sentido de esclarecer o destino a ser dado ao Livro III, emprestando-lhe os instrumentos que permitam o deferimento de tutelas satisfativas no corpo do processo cautelar, ou revogando-o, pura e simplesmente.

De qualquer maneira, tudo dependerá (como ocorreu em 1994) do tempo de maturação a ser dado aos operadores e, em especial, à jurisprudência que, assim, como a Reforma deverão fazer correções de rumo para (re)descobrir a coerência sistêmica do CPC.

[1] Procurador Federal e Professor de Direito Processual Civil da Universidade Federal de Santa Catarina.

[2] O título do Capítulo I daquela Exposição já revelava a angústia do Prof. Buzaid: *Revisão ou Código Novo?* E o professor da USP lembrou a metáfora de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, segundo o qual partes de um prédio demolido seriam importantes na construção da nova estrutura (*‘por muy viejo que sea un edificio simepre de su derribo se obtienen materiales para construcciones futuras’*).

[3] A certa altura, diz o Prof. Buzaid: *Ao iniciarmos os estudos depararam-se-nos duas sugestões: rever o Código vigente ou elaborar Código novo. A primeira tinha a vantagem de não interromper a continuidade legislativa.(...) Mas a pouco e pouco nos convencemos de que era mais difícil corrigir o Código velho que escrever um novo. A emenda ao Código atual requeria um concerto de opiniões, precisamente nos pontos em que a fidelidade aos princípios não tolera intransigências. E quando a dissensão é insuperável, a tendência é de resolvê-la mediante concessões, que não raro sacrificam a verdade científica a meras razões de oportunidade. O grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções.* (BUZOID, Alfredo. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil – Lei nº 5.869, de 11.1.73, publ. no DOU de 02.8.72).

[4] A propósito, Carlos MAXIMILANO, em sua obra clássica (Hermenêutica e Aplicação do Direito. 9ª ed., Forense, RJ, 1979, p. 123) lembra São Paulo Apóstolo, cuja segunda Epístola aos Coríntios, imortalizou a frase *Littera occidit; spiritus vivificat*, para explicar as diferentes interpretações possíveis quando se pretende descobrir o sentido e o alcance da lei.

[5] Com a redação da Lei nº 10.444, de 07.5.2002.

[6] Cândido Rangel DINAMARCO notou este problema. Segundo ele: *A antecipação da tutela jurisdicional, como conceito relativamente distinto da tutela cautelar, chegou ao direito brasileiro com a ‘Reforma de 1994’ e não foi ainda perfeitamente compreendida pelos operadores do direito nem adequadamente assimilada pela doutrina* (A Reforma da Reforma. 6ª ed., 2003, Malheiros, SP, p. 90).

[7] Há quem critique, por exemplo, algumas alterações no capítulo dos recursos, tratando-as como leis elaboradas de forma casuística e sem o devido amadurecimento, desprovidas de uma visão de conjunto, especialmente a questão estatística (vide MOREIRA, José Carlos Barbosa, in Boletim INCIJUR, Vol. 8, março de 2000, pp. 2 e 3).

[8] Ainda José Carlos Barbosa MOREIRA, que traz sempre *le mot juste*, ensina que *Por ‘tutela preventiva’ não queremos designar neste passo um gênero de providências judiciais como as que disciplina o nosso vigente Código, no Livro III, sob a rubrica ‘Das medidas cautelares’.* *Afastando de caso pensado preocupações puramente terminológicas, lembraremos que se impõe distinguir, segundo já tem feito a doutrina, entre duas entidades, dois tipos de remédios que às vezes se vêem confundidos. Um deles tende a assegurar de modo imediato a eficácia do processo, e só indiretamente protege o direito substantivo litigioso; (...). O outro tipo visa proteger de maneira direta a situação material em si, razão por que a providência judicial descansará no prévio accertamento do direito (lato sensu) e jamais assumirá feição de provisoriedade (...).* (Temas de Direito Processual: segunda série. 2ª ed., 1988, SP, Saraiva, p. 25).

[9] Cf. MELLO E SOUZA, Eduardo. *A crise da crise da medida cautelar inominada: in Boletim INCIJUR, Vol. 7, fevereiro de 1998, pp. 2 a 4.*

[10] Teori Albino ZAVASCKI explica que: *O que se operou, portanto, foi a purificação do processo cautelar, que assim ficará restrito à sua finalidade típica: a obtenção de medidas para tutelar o processo, e indiretamente, o direito, sem porém satisfazê-lo. Todas as demais medidas assecuratórias, que constituam satisfação antecipada de efeitos da tutela de mérito, já não caberão em ação cautelar, podendo ser, aliás, devendo ser reclamadas na própria ação de conhecimento. Postulá-las em ação cautelar onde os requisitos para a concessão são menos rigorosos, significará fraudar o art. 273 do Código de Processo Civil que, para satisfazer antecipadamente exige mais que plausibilidade, exige verossimilhança construída sobre prova inequívoca.”* (Reforma do CPC, coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, 1996, p. 165).

[11] Não será necessária uma pesquisa muito aprofundada. O Superior Tribunal de Justiça é pródigo em decisões conflitantes neste assunto. Por exemplo, a simples retirada do nome do devedor de cadastro de inadimplentes, gerou as mais variadas diferenciações, e curiosas terminologias. A 3ª Turma elegeu a tutela antecipatória como a adequada para resolver a questão (STJ – 3ª Turma – MC nº 2003/0028568-5/SP, publ.

no DJU de 09/06/2003, p. 262, Relator Min. Ari Pargendler, j. em 11/03/2003 – unânime). Por sua vez, a 4ª Turma, indeferiu os recursos onde não constava a tutela cautelar como a adequada para a idêntica situação (STJ – 4ª Turma – RESP nº 1997/0072920-6/RS, publ. no DJU de 04/06/2001, p. 154, Relator Min. Barros Monteiro, j. em 01/03/2001 – unânime). Com algum requinte, a mesma 4ª Turma cunhou a expressão “*medida cautelar antecipatória*”, para dirimir (ou semear) a controvérsia (STJ – 4ª Turma - AGA nº 1999/0115420-0/PI, publ. no DJU de 21/08/2000, p. 149, Relator Min. Aldir Passarinho Junior, j. em 18/05/2000 – unânime).

[12] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*: 2ª ed., Malheiros, 1995, SP, p. 139. A certa altura, o eminente professor da USP assevera que: *Inserindo-o no Livro I do CPC, que tem por objeto o ‘processo de conhecimento’, o legislador tomou posição quanto a uma questão conceitual que já foi muito importante, que é a da possível ‘natureza cautelar’ da antecipação da própria tutela pretendida no processo de conhecimento.*

[13] BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Do Processo Cautelar*: 1ª ed., 1996, Forense, RJ, pp. 7 e 8. *Embora a doutrina aceite em geral o entendimento de que a tutela cautelar insere-se no gênero ‘tutela preventiva’, mesmo esta questão acabou por tornar-se polêmica, em virtude de certos pontos de vista sustentados por Carnelutti, o qual em determinado momento de sua construção doutrinária, dividiu os processos cautelares em ‘inibitórios, restitatórios e antecipatórios’.*

[14] LACERDA, João Manoel Carneiro. *Código de Processo Civil Brasileiro*: 4º Vol., Saraiva, SP, 1941, p. 3. Ao comentar o art. 675 do CPC de 1939 o autor reconhece que o dispositivo se utiliza do verbo *determinar*, mas sem dissociá-lo do verbo *acautelar*, a fim de *perpetuar provas ou satisfazer exigência legais (...), garantindo a execução ou evitando fraude, (...) ou previnem direitos*, sempre utilizando exemplos de medidas não satisfativas.

[15] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*: 1ª ed., 1997, RT, SP, pp. 28 a 30. O autor utiliza-se da expressão *inversão do tempo processual*, para ilustrar os efeitos de medida antecipatória sobre o direito em debate no processo. Por analogia, pode-se considerar que a tutela cautelar *suspende* os efeitos danosos do tempo sobre o direito em discussão.

[16] Cf. tutelas dotadas de nítido caráter mandamental e executivo, contidas nos arts. 11, da Lei nº 7.374, de 24.7.85 (LACP), 84 da Lei nº 8.078, de 11.9.90 (CDC), 461 e 461-A, do CPC.

[17] Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.*, p. 23.

[18] Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Processal Civil y Penal*: Ediciones Jurídicas, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1971, p. 417. Ao classificar o processo cautelar, o mestre italiano ensina que o critério deve ser sempre o modo de reação diante das mudanças que o tempo poderia determinar no estado de fato inicial. Dentro desta visão, o processo cautelar poderia *inibir, eliminar* ou *antecipar*.

[19] *Idem*.

[20] BAPTISTA DA SILVA, Ovídio: *Do Processo Cautelar*, 1ª ed., 1996, Forense, RJ, p. 85. Segundo ele, *A compensação da jurisdição cautelar torna-se difícil porque os processualistas, de um modo geral, resistem à idéia de uma jurisdição sem coisa julgada e, mesmo assim, definitiva. Galeno Lacerda, por exemplo, pressupõe – como o fazem necessariamente todos os adeptos de Carnelutti – a existência de coisa julgada material, sempre, na jurisdição contenciosa, ao afirmar que a sentença no processo de conhecimento haverá de representar um juízo de realidade e certeza. (...) Uma coisa que pudesse ser definida como ‘justa composição provisória da lide’ seria impensável para esta construção doutrinária, pois tal resultado não representaria nem ‘composição justa’ e nem mesmo ‘composição da lide’ que somente se compreende quando ela seja realmente definitiva, no sentido de não atacável por outra decisão judicial. A lide passível de controvérsia ainda não está composta.*

[21] Pontes de MIRANDA concebeu, a partir de 1971, que *a ação de execução pode deixar de ser ação autônoma, para se fundir noutra ação, se essa é mandamental. O ato, que seria prévio, ou mediato, passa a ser imediato. A ação de execução desaparece se o ato, que se esperaria, está incluso no ‘pensamento’; vale dizer: se a ação se fez constitutiva. Também a ação deixa de ser executiva para ser mandamental quando o ato passa a ser ato mandado praticar pelo juiz da sentença proferida. Ainda segundo o grande mestre, até a ação condenatória pode ser desmunida de execução. (Tratado das Ações. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Tomo VII, 1ª ed., 1999, Bookseller, Campinas, p. 35).*

[22] Cf. ZAVASCKY, Teori Albino, *op. cit.*, p. 165.

[23] O que pode ser chamado de *Interpretação Retrospectiva*, na inteligente observação do Prof. José Carlos BARBOSA MOREIRA, no IIº Congresso Sul Brasileiro de Direito Processual Civil, Florianópolis, SC, 1995.

[24] Relativamente exauriente, face ao que dispõem as Súmulas 269 e 271 do STF, mas suficientemente cognitivo até para declarações puras, conforme Súmula 213 do STJ.

[25] BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*: Vol. 1, Saraiva, 1989, p. 215, do qual se extrai o seguinte trecho: *Entende CELSO AGRÍCOLA BARBI que, 'ordenando a suspensão, terá o juiz antecipado em caráter 'provisório' a providência que caberá à sentença final e isso 'para evitar dano' que decorreria da natural demora da instrução do processo. HAMILTON DE MORAES E BARROS, estudando a natureza da liminar, também sustenta que 'não se trata de simples garantia contra risco futuro; ela já é a satisfação do pedido por antecipação da entrega da prestação jurisdicional'. COQUEIJO COSTA partilha igualmente a opinião de que a liminar 'é uma quarta espécie de medida cautelar – a que, antecipando a solução da lide, destina-se a provocar uma decisão provisória, enquanto não obtida a definitiva'.*

[26] Ressalve-se que o Prof. BUZAID discordava deste entendimento, justamente com base na doutrina de Calamandrei. (*op. cit.*, p. 216).

[27] LACERDA, Galeno: *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7ª ed., Forense, RJ, 1998, p. 2. Segundo ele, *um dos aspectos que singulariza o Código Atual, em confronto com os vigentes em outros países de maior tradição jurídica, consiste precisamente no destaque outorgado ao processo cautelar, posto no mesmo plano dos processos de conhecimento e de execução. Idêntico tratamento não se encontra em codificações apontadas como fonte de inspiração de nossos últimos Códigos de Processo Civil, como a alemã, a austríaca, a portuguesa e a italiana.*

[28] LACERDA, João Manoel Carneiro, *op. cit.* p. 8, ensina, ao comentar o art. 676 do CPC de 1939 que *Da expressão 'o juiz poderá determinar providências' resulta evidente que, na direção da causa e com aquele elevado propósito de fazer justiça eficaz, póde (sic) o juiz, de ofício e independentemente de provocação dos interessados, determinar a providência que as circunstâncias impuzerem (sic).*

[29] BAPTISTA DA SILVA, Ovídio: *Curso de Processo Civil*, Vol. 3, 3ª ed., 1998, RT, SP, p. 32, com fina ironia, sugere que os operadores do direito eram, em 1939, mais felizes que os de 1973.

[30] BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*: Vol. 1, Saraiva, 1989, pp. 215 a 217.

[31] BAPTISTA DA SILVA, Ovídio: *Do Processo Cautelar*, *op. cit.*, p. 85.

[32] Segundo ele, *foi grave erro dos juristas menosprezarem a busca dos pesos de mandamentalidade nas ações e nas sentenças, pois elas trazem atos de execução, em que o mandado é intraprocessual, com conteúdo condenatório imediato. (Tratado das Ações, vol. VI, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, 1ª ed., SP, 1999, Bookseller, pp. 23 a 31).*

[33] DINAMARCO, *A Reforma da Reforma*. 6ª ed., 2003, Malheiros, SP, pp. 90 e 91.

[34] MELLO E SOUZA, Eduardo, *op.cit.* p. 4.

[35] Segundo ele, *não há qualquer lógica em não se admitir a concessão da tutela antecipatória baseada em 'fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação' sob o simples argumento de que a sua concessão pode causar prejuízo irreversível ao demandado. Mesmo antes da introdução da tutela antecipatória no CPC admitia-se a concessão da tutela antecipatória, sob o rótulo de tutela cautelar, ainda que ela pudesse causar prejuízo irreversível ao réu. (Novas Linhas do Processo Civil, 3ª ed., Malheiros, SP, 1999, p. 139).*

[36] Cf. MARINONI, Luiz Guilherme: *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, 2ª ed., RT, SP, 1994, pp. 80 e 81 (*de lege ferenda*).

[37] *Idem*.

[38] *Idem*, p. 81.

[39] CPC, art. 273, § 7º, com a redação dada pela Lei nº 10.444, de 07.5.2002: *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 ao processo ajuizado.*

[40] O art. 920 do CPC prega a fungibilidade entre as ações possessórias, mas não por eventual engano de quem propôs a ação, mas em função da dinâmica dos acontecimentos que cercam a lide, e que podem transformar, em questão de horas, a simples ameaça em esbulho consumado, prejudicando a apreciação de um pedido que rapidamente se tornou incompatível com os fatos concretos.

[41] Dentro da classificação do Prof. Ovídio BAPTISTA DA SILVA que entende por interinais as tutelas de urgência deferidas no corpo do processo de conhecimento (Curso de Processo Civil: vol. 3, 3ª ed., RT, SP, 1998, p. 18).

[42] LACERDA, João Manoel Carneiro. *Op. cit.*, p. 8. Segundo ele o CPC de 1939 foi *coerente com o critério que se traçou de dar ao juiz uma autoridade maior na direção da causa, atribuiu-lhe o Código o poder de determinar qualquer providência sempre que necessária à segurança do interesse das partes litigantes e à defesa do prestígio da própria Justiça.*

[43] DINAMARCO, Cândido Rangel: *A Reforma da Reforma*. 6ª ed., Malheiros, 2003, SP, pp. 90 e 91. A certa altura, aduz o ilustre Prof. da USP: *A nova Reforma procura mitigar essas dificuldades, ao estabelecer a regra da fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipada, o que deve abrir horizontes para uma caminhada de maior esclarecimento de ambos os institutos e do gênero que integram. (...) A fungibilidade entre as duas tutelas deve ser o canal posto pela lei à disposição do intérprete e do operador para a necessária caminhada rumo à unificação da teoria das medidas de urgência - ou seja, para a descoberta de que muito há, na disciplina explícita das medidas cautelares, que comporta plena aplicação às antecipações de tutela.*

[44] DINAMARCO, Cândido. *Op. cit.*, pp. 90 e 91.

[45] Acerca da *liberdade do magistrado para chegar a uma correta decisão, concebendo liberdade como discricionariedade*, ver WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (*Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória*, in *Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, SP, RT, 1997, p. 485).

Fonte da informação: MARINONI, Luiz Guilherme. Estudos do Direito Processual Civil: 1ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 2005, SP, p. 612 a 622.

Artigo disponível em:

<http://www.melloesouza.adv.br/index.php?pagina=artigos&carrega=200601111134>

Acesso em: 17 ago. 2009.