

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Introduzida no Código de Processo Civil brasileiro em 1994 pela Lei nº 8.952, a tutela antecipada passou a ser tratada de forma autônoma dentre as tutelas de urgência.

É de se ressaltar que a tutela antecipada e a tutela cautelar possuem algumas características em comum. Nesse sentido leciona o Professor Humberto Theodoro Júnior:

“A medida cautelar (conservativa) e a medida antecipatória (satisfativa) são espécies distintas de um mesmo gênero – *a tutela de urgência* – porque ambas tem em comum a força de quebrar a seqüência normal do procedimento ordinatório, ensejando sumariamente provimento que, em regra, só seriam cabíveis depois do acerto definitivo do direito da parte. Subordinam-se todavia, a requisitos e procedimentos distintos e tendem a resultados diversos”¹.

Ambas enquadradas no âmbito das tutelas de urgência² representam providências de natureza emergencial, executiva e sumária, adotadas em caráter provisório. Urge, contudo, não confundi-las.

Consoante ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, “fala-se em medidas provisórias de natureza cautelar e medidas provisórias de natureza antecipatória; estes de cunho satisfativo, e aqueles de cunho apenas preventivo”³.

Convém lembrar que ambas poderão ser concedidas por meio de liminar, como providência tomada pelo juiz logo no início da relação processual, podendo possuir tanto o caráter satisfativo (presente na antecipação de tutela) quanto caráter cautelar.

¹ Ob. cit. p. 535.

² ou medidas provisórias a serem tomadas pelo juiz.

³ Ob.cit. p. 325.

Ensina o Professor Adroaldo Furtado Fabrício, que “a maior parte das antecipações de tutela a cujo manejo estamos habituados guarda essa característica de situar-se no limiar do procedimento. Assim, a liminar cautelar, a liminar possessória, a liminar em mandado de segurança, etc. por aí talvez se possa explicar a tendência a crer que antecipação e liminar sejam noções correlatas e inseparáveis”⁴. A doutrina, todavia, procura separar os institutos. Eis o melhor entendimento de Humberto Theodoro Júnior:

“As medidas cautelares são puramente processuais. Preservam a utilidade e eficiência do provimento final do processo, sem, entretanto, antecipar resultados de ordem do direito material para a parte promovente. Já a tutela antecipatória proporciona à parte medida provisoriamente satisfativa do próprio direito material cuja realização constitui objeto da tutela definitiva a ser provavelmente alcançada no provimento jurisdicional de mérito”⁵.

Teori Albino Zavascki também sustenta que “as medidas cautelares e as antecipatórias são tecnicamente distintas, sendo que a identificação de seus traços distintivos ganha relevo em face da autonomia de regime processual e procedimental que lhes foi atribuída pelo legislador”⁶.

Todavia, se torna necessário, antes de se iniciar a identificação dos traços distintivos que envolvem esses institutos, demonstrar o conceito de antecipação de tutela e os pressupostos para sua concessão.

Da leitura do artigo 273 do Código de Processo Civil é possível definir a antecipação de tutela como a medida por meio da qual o juiz antecipa total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. No entendimento de Teori Albino Zavascki, “antecipar os efeitos da tutela significa satisfazer, no plano dos fatos, o pedido formulado na inicial”⁷.

⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. *Ajuris*, Porto Alegre: Março, v. 23, n. 66, 1996, p. 14.

⁵ Ob.cit. p. 526.

⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**, São Paulo: Saraiva, 1997, pg. 46.

⁷ *Ob. Cit.* p. 83.

Para Humberto Theodoro Júnior, “justifica-se a antecipação de tutela pelo *princípio da necessidade*, a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação de justiça, já que a *efetividade* da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida”⁸.

Diante dessa característica de antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, foram estabelecidas pelo legislador, condições especiais para a sua concessão. Assim, a medida antecipatória, de acordo com o artigo 273 do Código de Processo Civil, só será concedida, desde que existindo prova inequívoca, o juiz se convença da verossimilhança da alegação do autor e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório. Nos dizeres de Athos Gusmão Carneiro,

“a antecipação de tutela depende de que prova inequívoca convença o magistrado da verossimilhança das alegações do autor (...). É mister que aos mesmos se conjugue o fundado receio, com amparo em dados objetivos, de que a previsível demora no andamento do processo cause ao demandante dano irreparável ou de difícil reparação; ou alternativamente, de que fique caracterizado o abuso do direito de defesa, abuso este que inclusive se pode revelar pelo manifesto propósito protelatório revelado pela conduta do réu no processo ou, até extraprocessualmente”⁹.

É importante uma apresentação básica destes pressupostos ensejadores do deferimento da medida antecipatória, até mesmo para a demarcação das áreas dos diferentes institutos.

Para Humberto Theodoro Júnior, “é inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo”¹⁰. Já para Athos Gusmão Carneiro, “a inequivocidade da prova, em última análise, significa sua plena

⁸ Ob.cit. p. 556.

⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da tutela antecipada no direito processual brasileiro**. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/enciclopedia/tutelaathos.pdf>> Acesso em: 03 jan. 2003.

¹⁰ Ob. cit. p. 560.

aptidão para produzir no magistrado o juízo de verossimilhança capaz de autorizar a antecipação de tutela”¹¹.

Também obrigatoriamente presente para o deferimento da medida antecipatória se encontra a verossimilhança da alegação. Athos Gusmão Carneiro ensina que a verossimilhança "é mais do que o *fumus boni iuris* exigível para o deferimento da medida cautelar”¹². Contudo, pode-se dizer que em sentido amplo, verossímil é o que tem a probabilidade de ser verdadeiro. Assim, para que seja atendida a pretensão do autor de haver a antecipação dos efeitos do pedido na inicial, seus fundamentos devem ser relevantes e apoiados em prova idônea.

Teori Albino Zavascki apresenta o sentido de verossimilhança exigido para a concessão da antecipação de tutela ao afirmar que “o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta –, que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução – mas uma prova robusta, que embora no âmbito de cognição sumária aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade”¹³.

Uma vez presentes estes requisitos acima mencionados, que são obrigatórios, deverão ser verificados a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou o abuso de direito de defesa do réu ou o seu manifesto propósito protelatório.

O fundado receio de dano é, segundo o Humberto Theodoro Júnior, “o que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave”¹⁴.

¹¹ Ob. cit.

¹² Ibidem

¹³ Ob. cit. p. 76.

¹⁴ Ob. cit. p. 561.

Deve-se observar se o dano mencionado pode acarretar prejuízos de média ou grande intensidade ao direito da parte a ponto de permitir que a antecipação da tutela seja concedida, uma vez que um risco mínimo não a autorizaria.

Com efeito, conforme ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, “é indispensável a ocorrência do risco de dano anormal cuja consumação possa comprometer substancialmente a satisfação do direito subjetivo da parte”¹⁵.

Diante disto, é possível concluir que este fundado receio de dano se caracteriza como o *periculum in mora*, presente nas cautelares. A respeito, Athos Gusmão Carneiro leciona que “o requisito do dano, do *periculum in mora* é como vemos, pressuposto comum às medidas cautelares *strictu sensu* e às antecipações de tutela de que cuida o art. 273, I”¹⁶.

Outra via para que se tenha a antecipação de tutela concedida é demonstrar o autor que o réu abusa de seu direito de defesa ou que busca este protelar o desfecho final da demanda. Aqui se verifica claramente a intenção do legislador de “punir” o réu pela prática de atos tidos como imorais no andamento do processo.

O abuso do direito de defesa, consoante ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, “ocorre quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor, totalmente infundada ou contra direito expresso e, ainda, quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa”¹⁷.

Além dos pressupostos acima mencionados para a concessão da tutela antecipada, uma das modificações trazidas pela Lei n° 10.444, de 2002, acrescentou o § 6° ao artigo 273 do Código de Processo Civil, registrando a possibilidade de ser a medida antecipatória concedida, quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

¹⁵ *Ob. Loc. Cit.*

¹⁶ *Ob. cit.*

¹⁷ *Ob. cit. p. 561.*

Além dos pressupostos positivos acima demonstrados para a concessão da antecipação de tutela, o § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil apresenta um pressuposto negativo ao proibir que seja concedida a medida antecipatória quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Traçadas estas considerações, é possível apresentar as diferenças básicas existentes entre a tutela antecipada e a cautelar, a fim de que confusões não sejam feitas.

Ambas desempenham uma função semelhante, a de assegurar o direito da parte, garantir efetividade à jurisdição bem como preservar a segurança jurídica das relações.

Apesar de alguns autores defenderem a idéia de que a tutela antecipada constitui uma forma de tutela cautelar¹⁸, tal tese se encontra equivocada diante do regime processual e procedimental diferentes adotados pelo Código de Processo Civil.

Inicialmente, é possível constatar que a cautelar é pretendida em uma ação autônoma¹⁹, regulada pelos artigos 796 e seguintes do Código de Processo Civil, ao contrário da antecipação de tutela que é pretendida no próprio processo de conhecimento. Conforme elucida Teori Albino Zavascki, “a cautelar é postulada em ação autônoma, disciplinada no Livro do Processo Cautelar; a antecipatória é requerida na própria ação destinada a obter a tutela definitiva, observados os requisitos do regime geral previsto no art. 273 (CPC)”²⁰. É certo que no novo § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil tal distinção restou mitigada, mas não restou superada, sendo ainda a regra.

Outra diferença que é possível apontar é em relação ao fato de que a antecipação de tutela apresenta a característica de satisfatividade do direito alegado, pois nela se busca o recebimento total ou parcial da tutela pretendida (bem da vida) no pedido

¹⁸ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela Antecipada**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 55/56.

¹⁹ Exceto o novo § 7º do artigo 273 do CPC, introduzido pela Lei nº 10.444.

²⁰ Ob. cit. 57.

inicial, ao passo que na cautelar, busca-se garantir um resultado útil e eficaz do provimento jurisdicional. Nesse sentido leciona Reis Friede, defendendo que

“a tutela antecipatória, diferente, pois da tutela de segurança cautelar, alude necessariamente a uma jurisdição propriamente considerada (jurisdição de conhecimento) e a uma efetiva lide de natureza meritória. A tutela antecipatória ou antecipação de tutela é, portanto, sempre satisfativa do direito reclamado, especialmente quando este mesmo direito é evidenciável *prima facie* sem necessidade de se proceder a uma instrução probatória tradicional”²¹.

Sustenta ainda que

“a tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito, como já afirmamos, não possui natureza de tutela cautelar, pois não tem como escopo de atuação assegurar o resultado efetivo do regular processo, nem tampouco tornar viável a realização do direito reclamado pelo autor da demanda, uma vez que tem por objetivo único a concessão, de forma antecipada, do próprio provimento jurisdicional invocado. Já o objetivo da medida cautelar, como se sabe, é ao contrário, assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução, ou ainda, a viabilidade do direito postulado pelo autor”²².

Tem-se que a tutela antecipada é deferida em ação de conhecimento, antecipando provisoriamente resultado que seria obtido apenas com a decisão de mérito transitada em julgado e que a cautelar visa assegurar o processo de conhecimento e o processo de execução, em outras palavras, visa dar instrumentalidade ao processo. Leciona Teori Albino Zavascki:

“Antecipar significa satisfazer, total ou parcialmente, o direito afirmado pelo autor e, sendo assim, não se pode confundir medida antecipatória com antecipação da sentença. O que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação porventura pretendidas como tutela definitiva. Antecipam-se, isto sim, os efeitos executivos daquela tutela. Em outras palavras não se antecipa a eficácia jurídico-formal (ou seja, a eficácia declaratória, constitutiva e condenatória) da sentença; antecipam-se a eficácia que a futura sentença pode produzir no campo da realidade dos fatos”²³.

²¹ FRIEDE, R. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 39.

²² *Ob. Cit.* p. 161.

²³ *Ob. cit.* p. 48.

Outro ponto importante é o fato de que na tutela antecipatória há necessariamente a coincidência entre o conteúdo da medida e a consequência jurídica resultante do direito material, enquanto que na tutela cautelar o conteúdo do provimento é autônomo em relação à tutela definitiva postulada na ação principal.

A tutela cautelar tem como requisitos a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, ao passo que na medida antecipatória tais requisitos por si só não bastam, pois necessita de prova mais robusta, caracterizada pela prova inequívoca que leve à um juízo de verossimilhança.

Ressalte-se que muitas vezes a tutela antecipatória pode até prescindir do caráter emergencial, uma vez que o artigo 273, inciso II, do Código de Processo Civil autoriza a concessão da medida antecipatória como forma de punir o abuso do direito de defesa do réu ou seu manifesto propósito protelatório.

Conforme salienta Reis Friede, “nem sempre a tutela antecipada tem por escopo de atuação, a urgência, considerando que a mesma, como visto, na literalidade da lei, pode ainda ser concedida quando houver abuso do direito de defesa (incluindo o manifesto propósito protelatório)”²⁴.

Não se pode esquecer que a tutela antecipatória não pode ser concedida pelo juiz *ex officio*, enquanto que na tutela cautelar, o artigo 798 do Código de Processo Civil, fundado no poder geral de cautela, autoriza o juiz “a determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação”. Leciona Reis Friede:

“Diferente da tutela cautelar, que alude a uma jurisdição impropriamente considerada (e portanto desprovida de lide meritória e demanda efetiva) – e que, por esta razão pode ser deferida *ex officio* (por intermédio do legítimo exercício, pelo juiz, do denominado poder cautelar genérico) sem ferir o preceito normativo previsto no artigo 2º do CPC – a antecipação de tutela, por conter

²⁴ Ob. cit. p. 161.

efetiva lide de natureza cognitiva (e não simples lide de dano), em nenhuma hipótese, coaduna com qualquer tipo de exceção ao princípio da demanda, devendo ser sempre requerida pela parte autora, pelo representante do *Parquet* e pelo terceiro interveniente²⁵.

Ante o exposto, consoante ensinamento do Professor Adroaldo Furtado Fabrício, pode-se concluir:

“Em regra, tanto a tutela antecipatória quanto a cautelar retiram algo do demandado, invadindo sua esfera jurídica e privando-o do gozo, atual ou potencial, de um determinado bem ou direito. Mas os resultados não são idênticos do ponto de vista do autor: a cautelar não lhe acrescenta de imediato nada ao ativo jurídico, salvo a segurança; já o provimento antecipatório outorga-lhe o desfrute imediato do bem ou direito. A cautela só dá ao autor a expectativa favorável da efetiva fruição do direito no futuro; a antecipação o coloca desde logo em condições de fruir dele. Em simplificação talvez demasiada, mas certamente esclarecedora, em ambos os casos o demandado perde, mas só no último deles o autor ganha. O que se tira ao réu mediante cautela permanece sob custódia judicial, sem se transferir de imediato ao autor; o que a este se concede a título de antecipação, acrescenta-se prontamente ao seu patrimônio jurídico²⁶”.

Fungibilidade entre as cautelares e a antecipação de tutela (§ 7º, do artigo 273, do CPC)

Na multiplicidade de casos concretos, difícil algumas vezes (mesmo com apresentação de suas diferenças) distinguir com precisa exatidão as hipóteses em que a medida cautelar é bastante, daquelas em que se impõe a própria antecipação de tutela, ou seja, o provimento de caráter satisfativo.

Diante disso, o legislador introduziu no artigo 273 do Código de Processo Civil, pela Lei nº 10.444, o § 7º, que enseja a possibilidade de que seja o pedido de antecipação de tutela substituído pela cautelar. Eis a sua redação:

“Art. 273 § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

²⁵ *Ob. cit. p. 72.*

²⁶ *Ob. cit. p. 18.*

Todavia, é bom salientar que a inserção deste parágrafo não afasta a exigência de haver uma relação entre a pretensão e a resposta jurisdicional. Continuam sendo exigidos o pedido, formulado em petição escrita, e os requisitos legais.

Dessa forma, apresentando o autor, requerimento de antecipação de tutela com conotação verdadeiramente cautelar, incumbirá ao juiz, se for o caso, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da tutela antecipada no direito processual brasileiro.** Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/enciclopedia/tutelaathos.pdf>> Acesso em: 03 jan. 2003.

DIAS, Luiz Cláudio Portinho. **A medida cautelar como instrumento hábil a conferir efeito suspensivo a recursos extraordinários.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br>> Acesso em: 13. mar. 2003

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. **Ajuris**, Porto Alegre: Março, v. 23, n. 66, 1996.

FRIEDE, R. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar.** 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela Antecipada**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **As inovações no Código de Processo Civil.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. II. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. I. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Tutela cautelar durante tramitação de recurso. In: FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio de. (coord.). **Recursos no STJ.** São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Tutela jurisdicional de urgência: medidas cautelares e antecipatórias**, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**, São Paulo: Saraiva, 1997.