ANÁLISE CRÍTICA E DIFERENÇAS ENTRE TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA NO ÂMBITO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Por Carlos Athilio Machado Bassi de Oliveira Costa, advogado.

RESUMO

Diante das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, pairam muitas dúvidas sobre a comunidade jurídica, em especial a advocacia. No presente artigo escolhemos discorrer sobre o instituto das tutelas provisórias, mais especificamente a tutela cautelar e a tutela antecipada, instrumentos muito utilizados, porém nem sempre com o rigor técnico necessário, o que é completamente compreensível dada à própria inovação citada e a escassez de jurisprudência, pelo mesmo motivo. Sendo assim, procuramos delinear as diferenças entre elas, abordando, em paralelo, algumas críticas ao legislador - as quais entendemos serem construtivas, principalmente no que tange à omissão quanto a natureza jurídica de cada uma delas.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Civil. Tutelas Provisórias. Tutelas Cautelares. Tutelas Antecipadas.

1. INTRODUÇÃO

As tutelas cautelares e as tutelas antecipadas, também conhecidas por tutelas de urgência, não são novas no ordenamento jurídico brasileiro e, muito menos, pouco manejadas pelos operadores do direito. Trata-se de instituto de suma importância para a salvaguarda de direitos que tendem a perder o sentido de sua aplicação, seja pela ineficiência da estrutura judiciária brasileira, e aqui nos referimos à demora da prestação jurisdicional, seja por ocasião de embaraços externos ao ambiente processual.

Sendo assim, tamanha a importância que tem, trata-se de uma ferramenta constantemente estudada e aperfeiçoada pela doutrina e jurisprudência, sendo um dos marcos mais consideráveis na história das tutelas de urgência a alteração do CPC de 1973 por ocasião

da Lei 8.952/94, que estendeu a aplicação da tutela antecipada a qualquer processo, visto que anteriormente era tida como medida específica a alguns procedimentos "especiais",

Inclusive, na vigência do CPC/73, a tutela cautelar tinha tratamento muito distinto da manejada nos tempos atuais, porque havia, no Livro III, o Processo Cautelar. Era um meio de prestar a tutela jurisdicional mediata, instrumentalmente e de caráter não satisfativo. O que queremos dizer é que, enquanto a tutela de urgência ocorria incidentalmente no bojo do processo de conhecimento, a tutela cautelar era verdadeiro processo autônomo.

O Professor Humberto Dalla definia que a finalidade da tutela cautelar era, segundo a concepção clássica, assegurar, na medida do possível, a eficácia prática de providências cognitivas ou executivas, de aplicabilidade acessória tanto no processo de conhecimento quanto no processo de execução[1].

Tal qual aconteceu naquela época, a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 - que instituiu importantes inovações, ou melhor, promoveu o aprimoramento desta ferramenta aos operadores do direito, tornando-a mais enxuta e ao mesmo tempo mais eficaz no que se propõe a ser - trouxe a temática novamente à tona, exigindo da comunidade jurídica o desenvolvimento de novas abordagens sobre tal, a fim de se traçar as diferenças entre a "nova" tutela antecipada, mas também enxergar semelhanças com a tutela cautelar, formas até então utilizadas como método de obtenção das tutelas satisfativas anteriores à análise de mérito.

Nesse sentido, a matéria é tratada entre os artigos 294 a 310 do Código de Processo Civil vigente, cujo livro V foi intitulado "Tutela Provisória"[2]. Inclusive, apontamos críticas ao novo regime jurídico de aplicação, essas no campo teórico e no regramento.

No campo teórico, destaca-se que com a junção das possibilidades de concessão de tutelas de urgência numa única esfera, qual seja, a do Livro da "Tutela Provisória", deixou uma aparente ausência de diferenciação entre a antecipação de tutela e a tutela cautelar, cuja

[1] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Civil Contemporâneo: Teoria Geral do Processo. **Saraiva**. São Paulo, 7. ed, p. 598, 2017.
[2] Em verdade, o Livro V, que trata da Tutela Provisória, vai até o artigo 311. Entretanto, esse artigo normatiza o instituto da Tutela de Evidência, cuja matéria foge ao tema proposto neste artigo.

conclusão se baseia pela também ausência de requisitos distintos para a concessão de uma e de outra.

Em outras linhas, embora bastante diferentes em seus efeitos, o legislador pareceu não se importar com distinções teóricas, justamente por não haver no texto legislativo requisitos distintos de concessão entre elas.

Quanto ao regramento, à partir de uma ótica sistemática, podemos depreender que, indo de encontro à crítica anterior (dos requisitos), o CPC/2015, mesmo sem distinguir a tutela cautelar e a tutela antecipada, traz efeitos jurídicos diferentes entre elas, no que se refere à necessidade ou não de ajuizamento de nova demanda, em caso de deferimento da medida, bem como, pela possibilidade de estabilização dos efeitos da tutela concedida.

Também podemos notar que, para além da junção dos institutos em um único gênero e dos efeitos jurídicos distintos entre elas, é importante frisar que não é mais necessário apontar prova inequívoca da verossimilhança da alegação, conforme exigia o artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973.

Do exposto, este artigo buscará a abordagem do regramento no âmbito do Código de Processo Civil de 2015, buscando também diferenciar a Tutela Cautelar e a Tutela Antecipada, de acordo com as referidas críticas inicialmente levantadas.

2. A Tutela Cautelar e a Tutela Antecipada no Código de Processo Civil de 2015

A Tutela Cautelar, assim como a Antecipação da Tutela, encontram previsão nos artigos 294 a 310 do CPC/2015, no Livro da “Tutela Provisória”. Portanto, são espécies de tutelas do gênero das tutelas provisórias, ressaltando-se que também lá se encontra inserida a Tutela de Evidência, que não faz parte deste estudo.

Classificamos a cautelar e a antecipada como espécies porque, de simples leitura do *caput* do artigo 294, é possível depreender que são dois os gêneros de tutelas provisórias, as de urgência e a de evidência. Ato contínuo, normatiza o parágrafo único do mandamento

supra que a tutela provisória de urgência poderá ser cautelar ou antecipada, cuja concessão será antecedente ou incidental[3].

Nessa toada, lendo sistematicamente a norma, temos que a Tutela Provisória de Urgência, seja ela cautelar ou antecipada, fundamenta-se na existência de probabilidade do direito invocado pela parte e de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, conforme ensina o artigo 300 do CPC/2015, o que revela sua verdadeira natureza transitória, ou seja, não tem pretensão de ser definitiva, mas adianta os efeitos da tutela de mérito[4], enquanto a Tutela de Evidência, à título de exemplo, não carece de tais requisitos.

Apontaremos duas importantes perspectivas no tocante à diferenciação entre as tutelas cautelares e antecipadas, conforme é possível se observar através de leitura sistemática do Código de Processo Civil.

A primeira, é que o artigo 300 do CPC/2015, inclusive, também não serve para delinear diferenças entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, pois dispõe, *in verbis*: "A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.".

O que se pode concluir, é que os pressupostos processuais que autorizam a concessão tanto de uma quanto da outra, são exatamente os mesmos: a probabilidade do direito reivindicado pela parte e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Contudo, e já abordando o segundo ponto de vista, embora os requisitos de concessão sejam idênticos, os procedimentos para a efetivação da tutela cautelar e da tutela antecipada são distintos. Por exemplo, quando se requere a tutela provisória de forma antecedente, ou seja, anterior ao ajuizamento da ação principal.

[3]Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

[4] A tutela antecipada é transitória, visto que a decisão que a concedeu poderá ser revogada, revista ou modificada pelo próprio juiz da causa, cassada em sede de Agravo de Instrumento ou confirmada por ocasião da prolação de Sentença de mérito.

É que o referido tipo de tutela se for concedida, obriga ao autor o aditamento da petição inicial, para que apresente, no prazo de 15 (quinze) dias, a complementação do argumento que ensejou a concessão da tutela antecedente, junte novos documentos e confirme o pedido de tutela final, sendo certo que, se o autor não aditar sua inicial, haverá extinção do processo sem resolução de mérito, conforme explica o artigo 303, §1º, I e §2º, do CPC/2015.

Destaca-se, também, a possibilidade de estabilização dos efeitos da tutela antecedente caso a parte contrária não apresente o competente agravo de instrumento contra a decisão que a concedeu, conforme dita o artigo 304, caput do CPC/2015. Nesse sentido, havendo a estabilização aludida por falta de recurso, também ocorrerá extinção do processo, conforme manda o parágrafo 1º do mesmo artigo, ocasião em que o autor não será obrigado a aditar a petição inicial com a complementação aludida.

Vale observar que, quando se fala em extinção do processo, nos parece que o legislador está falando de mero arquivamento provisório dos autos. É o que se pode depreender da leitura do parágrafo 4º do artigo 304 do CPC/2015, *in verbis:*

> "§4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o §2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida."

Chegamos a essa conclusão porque a tutela antecedente tem por natureza a precariedade. Inclusive, o parágrafo 6º do artigo 304 nos traz esse embasamento, quando fala que a decisão que concede a tutela não faz coisa julgada. Logo, é uma decisão que, embora estabilizada, carece de certeza a ser dada futuramente com a prolação de sentença de mérito. Por isso o legislador obriga ao beneficiário da tutela o aditamento da inicial, mais especificamente para confirmar o pedido de tutela final.

E também, porque o próprio parágrafo 6º, fazendo remissão ao parágrafo 2º do também artigo 304, deixa clara a possibilidade de revisão, reforma ou invalidação da decisão que concedeu a tutela antecedente.

Procedimentalmente, na tutela antecipada antecedente, temos a citação e intimação do réu para comparecer à audiência de conciliação ou mediação, nos moldes do artigo 334 do CPC/2015. Não havendo acordo, automaticamente já se contará o prazo de 15 (quinze) dias, para apresentar contestação, conforme manda o artigo 335, I do CPC.

Entretanto, quando falamos em tutela cautelar antecedente, com a efetivação da medida concedida, o autor fica obrigado a formular o pedido principal no prazo de 30 (trinta) dias, no mesmo processo em que apresentou o pedido de tutela cautelar, independente do adiantamento de novas custas processuais, conforme o artigo 308, *caput* do CPC. Ainda, se o autor deixar de apresentar o pedido principal no prazo assinalado, a medida cautelar concedida perderá sua eficácia, nos termos do artigo 309, I.

Apontamos que a principal diferença sobre os efeitos da tutela antecipada antecedente e da tutela cautelar antecedente é que na segunda, não há estabilização.

Ademais, na cautelar antecedente, se concedida a medida, o réu será citado para, em 5 (cinco) dias, apresentar contestação e apontar quais provas deseja produzir, conforme o artigo 306 do CPC. Ainda, de acordo com o artigo 307[5], se o réu não contestar, partindo da intepretação lógica do texto legal, consideramos que ocorrerá a revelia, havendo o juiz que proferir decisão também em 5 dias.

Do exposto, o que podemos afirmar é que, se por um lado o legislador não se preocupou em distinguir a tutela cautelar da tutela antecipada, visto que possuem os mesmos requisitos autorizadores, deu destaque para o procedimento diferenciado após a concessão de uma e de outra, e principalmente, deu à tutela antecipada antecedente a possibilidade de estabilidade.

3. Análise crítica sobre o regime unificado das tutelas antecipadas e da pretensa falta de distinção entre tutela cautelar e antecipação de tutela

[5] Art. 307. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias.

Partindo do que discorremos até agora, o CPC/2015 não estabelece diferenças entre as tutelas cautelares e antecipações de tutela, na medida em que podem ser classificadas como espécies de um mesmo gênero, e porque têm os mesmos requisitos positivos de concessão.

Contudo, sob a ótica técnica, não nos parece razoável continuar classificando tanto a tutela cautelar quanto a antecipação de tutela como espécies de um mesmo gênero, pois não podemos deixar de levar em consideração a natureza jurídica de uma e de outra.

Para o Professor Humberto Theodoro Jr., o processo cautelar tem a finalidade de assegurar o resultado útil de outro processo, tendo verdadeira natureza processual.[6] Entretanto, outra parte da doutrina, adequada ao processo constitucional, sustenta que a tutela cautelar não pode ser mais vista simplesmente como forma de proteção ao processo.

Portanto, fugindo da lógica sustentada por Humberto Theodoro Jr., essa outra corrente doutrinária vê na tutela cautelar verdadeira natureza de direito material, sendo garantida a todos na medida de suas necessidades.

Nesse sentido, para os professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, a tutela cautelar é inerente à parte e um dever Estatal, e não tem fundamento no direito de ação, mas no próprio plano do direito material, assim como as tutelas inibitórias e ressarcitórias.[7]

Nesse sentido, sob a perspectiva da doutrina pátria que adota esta visão mais moderna da função da tutela cautelar e sua natureza jurídica, a concepção de "direito do Estado" ou exercício jurisdicional de proteção do processo não tem mais cabimento na nova ordem processual constitucional que orienta o CPC/2015, dado que o contexto contemporâneo é totalmente diferente, aqui nos referindo à função do Estado.

E é justamente nesse aspecto que reside a significativa diferença na natureza jurídica da tutela cautelar e da antecipação de tutela urgente, porque a antecipação de tutela é tão somente técnica voltada à tutela de direitos, é técnica para alcançar a proteção jurisdicional

[6] THEODORO JR., Humberto. Processo Cautelar. **LEUD.** São Paulo, 16. ed., p. 44, 1995.
[7] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil: processo cautelar. **RT.** São Paulo, 2. ed., vol. 3, p. 17, 2000.

adequada e efetiva. Em outras linhas, é um meio para atingir a finalidade do processo, que é a tutela jurisdicional.

Logo, se a tutela antecipada se encontra no contexto processual como um meio para atingir uma finalidade, sendo verdadeira técnica processual, portanto está no plano processual e não no do direito material, como é o caso da tutela cautelar. Eis uma significativa diferença entre tais institutos.

Sendo assim, não é possível concordar com o que o Código de Processo Civil de 2015 fez ao unificar a tutela cautelar e a tutela antecipada de urgência no mesmo gênero.

O legislador acabou por dificultar a correta compreensão teórica, e a incompreensão incorre na aplicação equivocada na prática jurídica. Isto porque, se não entendermos a natureza jurídica da antecipação da tutela como sendo técnica processual e a tutela cautelar como verdadeira tutela jurisdicional, como finalidade e realização de um direito, fatalmente haverá muitas falhas técnicas na prática forense, colocando em risco a eficiência da medida escolhida, em especial pelo advogado, em detrimento do melhor interesse do cliente.

4. Os problemas que podem decorrer da aparente falta de distinção legal entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela

O legislador não se preocupou em oferecer distinção entre tutela cautelar e antecipação de tutela. Chegamos a essa conclusão porque não há critérios legais de distinção entre as medidas urgentes e porque os critérios positivos para a concessão das duas são os mesmos.

Nada obstante, o mesmo CPC/2015 implicitamente nos alerta sobre a importância de estabelecer a referida distinção, porque como já ventilamos, os procedimentos são diferentes para cada uma dessas espécies de tutela provisória de urgência. Inclusive, destacamos que a antecipação de tutela pode ser estabilizada, conforme ensinou o artigo 304, *caput*, no caso da antecipação de tutela antecedente.

Na prática, é fundamental saber qual é a natureza da medida urgente que se pretende obter.

Se a medida pretendida for de natureza cautelar, conforme já citamos, não haverá possibilidade de estabilização dos seus efeitos, ficando a parte, ainda, obrigada a apresentar o pedido principal no prazo legal de 30 (dias). Se não o fizer, a medida cautelar perderá eficácia.

Por outro lado, a legislação concedeu aos magistrados poder discricionário para, caso entenda que a medida requerida não tem natureza cautelar, mas sim de tutela antecipada, determine ao autor a adequação da inicial e do pedido para que se enquadre na situação de tutela antecipada, conforme o artigo 305, parágrafo único, senão vejamos.

> "Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.
>
> Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303."

Assim, podemos concluir que quem definirá a natureza da medida urgente requerida é de fato o magistrado, bem como, decidirá consequentemente se a medida, se concedida, será estabilizada ou se será necessário o ajuizamento da ação principal para a manutenção de sua eficácia.

Na prática, o que irá acontecer é que qualquer das partes terá interesse recursal no intuito de reformar a decisão do juiz de primeiro grau que concedeu a decisão de concessão da medida urgente, isso porque, se a parte pretendia uma tutela antecipada e o juiz, entendendo se tratar de cautelar, a concede como tal, certamente essa parte irá interpor Agravo de Instrumento para que seja reconhecido o caráter antecipado por ela sustentado, e enfim, eventualmente conseguir a estabilização da tutela.

A parte autora ajuíza, hipoteticamente, pedido de suspensão de protesto, como tutela antecipada. O magistrado, ao receber a inicial, entende que na verdade se trata de medida

cautelar. Ato contínuo, entendendo também que estão presentes os requisitos autorizadores (que como já exaurimos, são os mesmos da tutela antecipada), defere o pedido e concede a tutela cautelar.

Consequentemente, e como é de interesse da parte a manutenção da medida, mesmo não sendo a inicialmente pretendida, terá que proceder à adequação desse rito e propor a ação principal no prazo máximo de 30 (trinta) dias, aguardar que o juiz mande citar o réu para que apresente contestação.

De qualquer forma, também terá interesse em interpor Agravo de Instrumento da decisão que concedeu a medida cautelar, com pedido de efeito suspensivo, para suspender o prazo legal de 30 (dias) para adequação e manutenção dos efeitos da medida.

E se o tribunal não acolher as alegações da agravante no que tange ao pedido suspensivo, sem, contudo deixar de reconhecer futuramente a natureza de tutela antecipada da ação. A ação principal proposta será extinta? Ou se eventualmente a parte deixa de propor a ação principal acreditando que em sede de Agravo de Instrumento, conseguirá que o Tribunal reconheça a natureza de tutela antecipada e restaure a medida urgente que havia sido concedida como cautelar, ela poderá ser estabilizada?

E se o réu não interpuser Agravo de Instrumento da Decisão do juiz que concedeu a tutela cautelar, mas recorrer da Decisão do Tribunal que reconheceu a natureza de tutela antecipada no Agravo de Instrumento da parte autora contra a Decisão do juízo *a quo*, para evitar que haja estabilização dos efeitos da tutela reconhecida pelo Tribunal?

Por último, em caso de deferimento da tutela antecipada, se a parte ré opuser Agravo de Instrumento e o Tribunal reformar a decisão, alterando a natureza da medida, existirá prazo para que a parte autora ajuíze a ação principal? Se sim, qual será o marco inicial da contagem de prazo?

Resta-nos aguardar que a jurisprudência comece a apontar a solução para tais questionamentos, mas a partir destes, já podemos vislumbrar muitos recursos contra as decisões liminares de concessão das tutelas urgentes.

Portanto, mais uma vez frisamos a problemática trazida pela falta de distinção legal entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, cujas consequências tendem a movimentar a jurisprudência e a doutrina cada vez mais. E enquanto isso, a prática forense encontrará entraves, em especial pela discricionariedade dada aos magistrados sobre a questão, consequência da aludida ausência de distinção.

5. Conclusão

Tendo em vista a análise da distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada no CPC/2015, podemos apontar que: 1. o novo código só corrobora a ideia antiquada de que a diferença entre essas medidas encontra fundamento no resultado obtido no campo do direito material, posto que a tutela cautelar conservará o direito material e a tutela antecipada realizará de fato o direito material e de forma plena; 2. Por isso, a tutela cautelar e a tutela antecipada encontram-se no gênero das tutelas de urgência; 3. Essa unificação levou o legislador a deixar de oferecer a competente distinção de requisitos para a concessão de uma e de outra; 4. Consequentemente, ante a ausência de diferenciação no texto legal, restou ao magistrado a discricionariedade para conceder as tutelas urgentes conforme o próprio entendimento, fato este que trará implicações na prática forense, seja porque embora "iguais", têm procedimento diverso, tanto porque a estabilização só ocorre na tutela antecipada.

Assim, o Código de Processo Civil vigente perdeu a oportunidade de apresentar a correta distinção entre as tutelas urgentes, segundo a natureza jurídica de cada uma, porquanto a tutela cautelar é uma tutela jurisdicional e a tutela antecipada uma técnica processual com vistas à garantir o resultado do processo.

6. Bibliografia

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105. 2015.

THEODORO JR., Humberto. **Processo Cautelar**. LEUD. São Paulo, 16. ed., p. 44, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. RT. São Paulo, 2. ed., vol. 3, p. 17, 2000.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Civil Contemporâneo: Teoria Geral do Processo**. Saraiva. São Paulo, 7. ed, p. 598, 2017.