

LIMINAR CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Jorge Luiz de ALMEIDA*

O Código de Processo Civil de 1973, abandonando a advertência de CALANDREI, que tinha na cautelaridade simples "grupo de providências" de cognição e de execução (Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, p. 35), instituiu, com autonomia (Livro III), o processo cautelar.

Ao "*tertium genus*" de processo restaram reservadas as tutelas de urgência e provisória.

Galeno de Lacerda censurou a nova sistemática, que deixava a entendimento de reservar só para o processo cautelar, as medidas incidentes de urgência, dando a impressão que "deveriam ficar condensados no livro próprio, quando a validade era inteiramente outra, pois dita função, permanente e viva, manifesta-se muita mais através de atos diretos nos processos principais, do que no procedimento próprio para elas previsto no Código". E conclui com o ensinamento do ser viável a cumulação de ação principal e cautelar - "desde logo em petição inicial da ação principal, se presentes os pressupostos da cautelar para obter a liminar assecuratória do resultado útil da demanda" (Palestra proferida na PUC-Campinas em 26/10/92 - "Função e Processo Cautelar").

Igual é a posição de tese de doutorado constante da biblioteca da Faculdade de Direito da USP, aprovada em 1992, tema "*Liminar Cautelar em Procedimento Comum*", concluindo por "ser cabível cautelar incidente em qualquer tipo de processo e procedimento" (pg.126).

No processo de conhecimento (Livro I), dominado pelo procedimento comum, rito ordinário,

restou preservado o sistema romano de primeiro se definir o direito em lide no plano do juízo para, só após o alcance da coisa julgada, desencadear-se a atividade satisfativa, que é própria do processo de execução (Livro II).

Só em curso de procedimento especial codificado, como no caso das possessórias (art. 928 C.P.C.) ou de nunciação de obra nova (art. 937 C.P.C.), ou em hipótese de procedimento extravagante ao Código, como em mandado de segurança (Lei 1533/51, art. 7º II) ou em ação popular (Lei 4717/65, art. 5º § 4º), foi admitida a atividade satisfativa no curso do processo de conhecimento.

O direito, todavia, não é abstração lógica, castela conceitual de mundo jurídico idealístico. A força dos fatos desfaz a doutrina que não os respeite.

Foi o que sucedeu ao se afastar de incidência a liminar cautelar no processo de conhecimento, procedimento comum.

Com espírito criativo, os operadores do processo fizeram caminhar em apenso, após a citação conjunta, o processo cautelar com liminar incidente e o processo de conhecimento, procedimento ordinário. Foi onde se inspirou o art. 273 C.P.G.. Em consequência, generalizou-se, o que no procedimento especial do processo de conhecimento se admite, atividade satisfativa antes da solução da lide, antes da definição da direita.

A antecipação de tutela (art. 273 C.P.C.) é a providência urgente, adotada no direito italiano (arts. 700 a 702), alemão (ZPO § 935), no "*référé*" francês. São "medidas" provisórias, urgentes, para preservar o fim útil da tutela jurisdicional definitiva.

(*) Professor do curso de mestrado em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

Sem maior relevo, assim, o temor por equívoco processual terminológico, de rotular por cautelar liminar o que melhor se definiria como antecipação de tutela, ou vice-versa, esquecido o princípio da "efetividade", de ser função do processo realizar o direito material. No mínimo, o bom juiz há que se lembrar do princípio da fungibilidade, o fim instrumental do processo.

Para quem insiste em discriminar - "*liminar cautelar*" de "*antecipação de tutela*" - lembramos:

quando a tutela liminar concede satisfação fática do bem de vida da lide principal, coincidindo a "*decisão*" com a "*sentença*", a hipótese é a do art. 273 C.P.C.. Em caso contrário, a liminar é só cautelar. Ambas são medidas urgentes e provisórias, a serviço do fim útil da tutela jurisdicional.

O processo serve à realização da justiça, quando se pronuncia sobre a relação de direito material. Não assim, quando fica ensimesmado por suas figuras.