

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC – SP

Fernanda Barbosa Arantes

EVOLUÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO
DIREITO PROCESSUAL CIVIL

SÃO PAULO

2017

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC – SP

Fernanda Barbosa Arantes

EVOLUÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em **Direito Processual Civil**, sob a orientação da Prof. Dra. **Cristiane Druve Tavares Fagundes**.

SÃO PAULO

2017

Arantes, Fernanda Barbosa, 1990.

Evolução da tutela de urgência no sistema processual brasileiro / Fernanda Barbosa Arantes – 2017.

108 f.; 30 cm

Orientador: Professora Cristiane Druve Tavares Fagundes

Trabalho de conclusão de curso (pós-graduação *lato sensu*) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Curso de pós-graduação *lato sensu*, Especialização em Direito Processual Civil, 2017.

1. Tutela de urgência. 2. Código de Processo Civil de 2015. I. Fagundes, Cristiane Druve Tavares. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Curso de pós-graduação *lato sensu*, Especialização em Direito Processual Civil. III. Evolução da tutela de urgência no sistema processual brasileiro.

Banca Examinadora

Ao meu namorado, Rubens Van Moorsel Filho e aos seus pais, Ana Paula e Rubens Van Moorsel;
Aos meus pais, Rosânia e Aderbal Luiz Arantes.

Agradeço a Deus, porque me fez crescer na terra da minha aflição (Gn 41:52).

À minha orientadora Prof. Cristiane Druve Tavares Fagundes, por toda orientação acadêmica.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar as tutelas de urgência, considerando a evolução do direito processual e a necessidade de se alcançar uma tutela jurisdicional efetiva e célere ao mesmo tempo. Nesse panorama, será analisada a evolução da tutela sumária desde as primeiras noções provenientes da doutrina italiana de Giuseppe Chiovenda e de Piero Calamandrei, até o seu surgimento no sistema processual brasileiro, delineando o tratamento dado pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973. Posteriormente, se verificará que o Código de Processo Civil de 2015 disciplina a tutela de urgência como espécie de tutela provisória, podendo ser concedida sob a forma de tutela cautelar e tutela antecipada. Ademais, será constatado que a atual legislação processual teve a intenção de adotar um regime jurídico único para as espécies de tutela de urgência, exigindo-se dois requisitos para a sua concessão: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Depreende desse estudo a análise das tutelas cautelar e antecipada, requeridas em caráter antecedente e incidental, apresentando as diferenças procedimentais. Por fim, será analisado os contornos da estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente e das dúvidas que cercam o instituto, que pode ser considerado inovador no sistema processual brasileiro.

Palavras-chave: Tutela jurisdicional. Tutelas de urgência. Estabilização. Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT

This study aims to analyze the interim reliefs, considering procedural law evolution and the need to achieve effective and rapid judicial protection at the same time. In this setting, interim relief evolution since Giuseppe Chiovenda and Piero Calamandrei's first notions coming from Italian doctrine until its emergence in the Brazilian procedural system will be analyzed, outlining the treatment given by the Civil Procedure Codes of 1939 and 1973. Subsequently, it will be verified that the Civil Procedure Code of 2015 governs the interim relief as a kind of provisional relief, and may be granted in the form of a provisional and precautionary relief. Furthermore, it will be verified that the current procedural legislation was intended to adopt a single legal regime for the types of interim relief, and two requirements are needed for its grant: *fumus boni iuris* and *periculum in mora*. From this study, the analysis of the precautionary and anticipated relief, required in antecedent and incidental character, presenting the procedural differences. Finally, the shapes of the stabilization of the anticipated relief granted in antecedent character and the doubts that surround the institute, that can be considered innovative in the Brazilian procedural system, will be analyzed.

Keywords: Judicial protection. Interim Relief. Stabilization. Civil Procedure Code of 2015.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	TUTELA JURISDICIONAL	11
2.1	Considerações iniciais	11
2.2	Tutela jurisdicional padrão	11
2.3	Tutela jurisdicional de urgência	13
3	A EVOLUÇÃO DA TUTELA SUMÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO	14
3.1	Considerações preliminares	14
3.2	O avanço da tutela de urgência: do CPC de 1939 ao CPC de 1973	15
3.3	A consagração da tutela sumária satisfativa nas reformas do CPC de 1973	19
3.3.1	Reforma de 1994	19
3.3.2	Reforma de 2002	21
3.4	Fundamento constitucional da tutela de urgência	22
4	TUTELAS DE URGÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	25
4.1	Considerações iniciais	25
4.2	Semelhanças e diferenças entre tutela cautelar e tutela antecipada	25
4.2.1	Semelhanças	25
4.2.2	Diferenças	30
4.3	Requisitos para a concessão das tutelas de urgência	32
4.3.1	<i>Periculum in mora</i> e <i>fumus boni iuris</i>	32
4.4	Tutela antecipada	34
4.4.1	Objeto da antecipação	34
4.4.2	Processo e procedimentos compatíveis	37
4.4.3	Irreversibilidade dos efeitos jurídicos da decisão	40
4.4.4	Legitimação	42
4.4.5	Tutela Antecipada Antecedente	43
4.4.5.1	Procedimento	43
4.4.6	Decisão e sentença	46
4.4.7	Tutela antecipada de ofício?	49
4.5	Tutela cautelar	52
4.5.1	Autonomia	52
4.5.2	Instrumentalidade e referibilidade	53
4.5.3	Cautelares típicas e dever geral de cautela	54
4.5.4	Tutela Cautelar Antecedente	56
4.5.4.1	Procedimento	56
4.5.5	Pedido cautelar e pedido principal	61
4.5.6	Cessação da eficácia da tutela cautelar	62
4.6	Efetivação da tutela de urgência	63
4.7	Tutela de urgência nos tribunais	65
4.8	Tutela de urgência incidental	68
5	ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA SATISFATIVA ANTECEDENTE	71
5.1	Conceito e objeto da estabilização	71
5.2	Requisitos e procedimento	73
5.3	Efeitos da estabilização	76
5.4	Desestabilização da tutela antecipada	76

5.5	Dúvidas acerca da estabilização	79
6	CONCLUSÃO	82
	REFERÊNCIAS	86
	ANEXO A – RECURSO ESPECIAL N. 195.224	89
	ANEXO B – RECURSO ESPECIAL N. 445.863	95

INTRODUÇÃO

Em decorrência da consolidação do Estado Moderno, ao Poder Judiciário foi dada a incumbência de solucionar litígios. É incontestável o poder dos órgãos jurisdicionais de substituir a vontade dos litigantes, impondo a sua própria vontade por meio de decisão devidamente motivada.

Considerando a evolução dos fenômenos sociais e históricos, dentro os quais destaca-se o processo de modernização e democratização da sociedade brasileira, surgiu a necessidade de se conferir celeridade, adequação e efetividade à tutela dos direitos. Em outras palavras, os operadores do direito passaram a ter a preocupação de alcançar formas de aprimoramento da atividade jurisdicional.

Em vista da insuficiência dos instrumentos até então criados pelo legislador processual para a proteção de situações marcadas pela urgência, o Estado passou a ter duas opções: a) utilizar os meios já conhecidos, ignorando a necessidade de uma providência imediata, apta a proteger adequadamente determinado direito; b) privilegiar o interesse de proteção imediata diante de um direito provável que encontra-se exposto a perigo, seja adotando uma medida de simples segurança, seja realizando antecipadamente o direito material.

A demora para se alcançar a tutela jurisdicional definitiva passou a ser, em algumas situações, uma ameaça à efetividade. Visando impedir que o decurso do tempo causasse prejuízos a quem tem razão no pleito, o sistema processual passou a regular a chamada tutela de urgência.

O objetivo geral desse estudo é analisar a importância das tutelas cautelar e antecipada, tendo em vista que as formas convencionais de tutela jurídica não são capazes de promover a proteção de todo e qualquer direito posto em conflito. Assim, a proteção que o Estado-juiz vier a conceder após cognição exauriente pode ser absolutamente inútil, já que o decurso do tempo pode causar o perecimento do direito.

Especificadamente, esse estudo procederá à análise das principais alterações promovidas ao tema das tutelas de urgência com o advento da Lei nº 13.105 de 2015 – Código de Processo Civil e também contemplará o surgimento da técnica da estabilização.

Os objetos de estudo do presente trabalho serão abordados por meio de pesquisa bibliográfica, com enfoque em obras doutrinárias, artigos científicos, artigos de lei e na jurisprudência. Não se almeja apresentar respostas absolutas, mas apenas de propor indagações e estimular reflexões a respeito do tema.

Esse trabalho encontra-se dividido em quatro capítulos, sendo o primeiro destinado ao estudo, em linhas gerais, da tutela jurisdicional padrão e da tutela jurisdicional de urgência, enfatizando a importância da técnica da cognição na criação de instrumentos adequados para a tutela dos direitos.

No segundo capítulo apresenta-se a evolução da tutela sumária no direito brasileiro, delineando o tratamento conferido pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, com suas principais reformas.

O presente estudo também aborda o fundamento constitucional da tutela de urgência, contemplando as tutelas cautelar e antecipada como instrumentos capazes de concretizar a garantia do acesso à justiça (inciso XXXV, do artigo 5º), em consonância aos princípios da duração razoável do processo (inciso LXXVIII, do artigo 5º) do princípio do devido processo legal (inciso LIV, artigo do 5º) e de todos os que dele decorrem.

O terceiro capítulo aborda as duas espécies de tutela de urgência com base na atual legislação processual, estabelecendo as semelhanças, diferenças e requisitos exigidos pela lei para a sua concessão.

Também será analisada as principais características das tutelas cautelar e antecipada, bem como as regras procedimentais estabelecidas pela lei quando as referidas medidas são requeridas em caráter antecedente.

Nesse sentido, o presente trabalho promove o estudo das tutela cautelar e antecipada, como espécies de tutela de urgência, requeridas em caráter antecedente ou incidental, mediante a demonstração de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

No último capítulo, apresenta-se os principais contornos da estabilização da tutela sumária satisfativa, considerada verdadeira inovação no sistema processual brasileiro. Como se verá, trata-se de técnica processual inspirada no direito francês e no direito italiano, capaz de conferir estabilidade a uma decisão caracterizada pela provisoriedade.

2 TUTELA JURISDICIONAL

2.1 Considerações iniciais

Nos termos do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário fará a apreciação de qualquer “lesão ou ameaça a direito”. Assim, diz-se que a tutela jurisdicional está ligada à assistência e à defesa que o Estado deve prestar aos direitos dos indivíduos.

Tutelar nada mais é do que defender, amparar e assistir um determinado direito. Ao prestar tutela jurisdicional, o Estado, por meio de seus órgãos jurisdicionais, exerce sua função de compor conflitos com o intuito de dar a cada um o direito que lhe pertence.

Sob o comando do Código de Processo Civil de 1973, a doutrina clássica destacava três modalidades de tutela jurisdicional: i) tutela jurisdicional de cognição (processo de conhecimento); ii) tutela jurisdicional de execução (processo de execução); iii) tutela jurisdicional cautelar (processo cautelar).¹

Atualmente, devido às alterações promovidas pelo Código de Processo Civil de 2015, a tutela cautelar deixou de ser modalidade autônoma de tutela jurisdicional. Trata-se, pois, de espécie de tutela de urgência, que pode ser concedida em caráter antecedente ou no bojo de um processo de conhecimento ou de execução.

Em busca da adequada e efetiva tutela dos direitos, torna-se necessária a compreensão das tutelas cautelar e antecipada, ambas tutelas de urgência prestadas com base em cognição sumária, como se verá a seguir.

2.2 Tutela jurisdicional padrão

Para melhor compreensão acerca da tutela jurisdicional padrão, importante destacar primeiramente a técnica da cognição, a qual possibilita a criação de procedimentos adaptados de acordo com as reais necessidades de tutela.

Pode-se afirmar que a cognição é um ato de inteligência que considera, analisa e valora as alegações e provas trazidas pelas partes ao processo. O juiz, de fato, antes de decidir a demanda realiza uma série de atos de inteligência, a fim de alcançar a solução para o conflito.²

¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 17.

² WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

Quando a doutrina tradicional classificou as ações em conhecimento, executivas e cautelares, em consonância com o Código de Processo Civil de 1973, não só levou em consideração a natureza da tutela requerida, como também a técnica da cognição empregada pelo julgador.

A ação de conhecimento caracteriza-se pela atividade de cognição que o magistrado desenvolve, podendo resultar em uma declaração, condenação ou constituição. Por esta razão, a natureza do provimento nada mais é do que o resultado obtido pela técnica da cognição utilizada.

Segundo Kazuo Watanabe, são dois os planos em que a cognição pode ser estudada: plano horizontal (extensão) e plano vertical (profundidade).³

Constata-se no plano horizontal que a cognição pode ser plena ou limitada, a depender da extensão do conflito colocado no processo. Considerando que o objeto da demanda seja a totalidade do conflito, diz-se que a cognição é plena. Em contrapartida, se o objeto da demanda contiver apenas uma parte do conflito, a cognição é considerada limitada.

Já no plano vertical, a cognição pode ser exauriente ou sumária, sendo estabelecida de acordo com a profundidade com que é realizada.

A tutela jurisdicional padrão é aquela formada dentro de um processo com cognição exauriente e também caracteriza-se pela definitividade (coisa julgada material).

Em outras palavras, a tutela jurisdicional prometida pelo Estado é prestada com base em juízo mais próximo da certeza jurídica, o que pressupõe certo tempo para a solução do conflito.

Nos dizeres de Kazuo Watanabe: ⁴

A solução definitiva do conflito de interesses é buscada por provimento que se assente em cognição plena e exauriente, vale dizer, em procedimento plenário quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade dessa cognição. Decisão proferida com base em semelhante cognição propicia um juízo com índice de segurança maior quanto à certeza do direito controvertido, de sorte que a ela o Estado confere a autoridade de coisa julgada.

Em razão da crise de eficiência e de efetividade na prestação da tutela jurisdicional, o ordenamento jurídico brasileiro se viu diante da necessidade de alcançar uma tutela rápida e adequada para a solução de determinados conflitos.

³ WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118.

⁴ *Ibid.*, p. 120.

Percebe-se que os indivíduos têm apresentado as mais diversas pretensões e por meio da técnica de cognição o magistrado é capaz de solucioná-las, levando em conta a natureza da tutela requerida e a urgência.

Considerando as situações nas quais a espera para se alcançar a pretensão não é compatível com a natureza do direito posto em conflito, surge a tutela jurisdicional de urgência, a ser estudada a seguir.

2.3 Tutela jurisdicional de urgência

Como mencionado acima, existem situações que não comportam o tempo que seria necessário para se alcançar a solução definitiva do conflito, após cognição exauriente e pautada em juízo de certeza. A duração do processo, muitas vezes, constitui entrave à plena satisfação do direito da parte.

As chamadas tutelas de urgência mostram-se como instrumentos aptos a enfrentar o desafio da espera, por meio da tutela antecipada e da tutela cautelar. Ambas são pautadas em cognição sumária, razão porque não se prestam à declaração de certeza, mas tão somente à tutela do direito com base na probabilidade de sua existência.

Em resumo, utilizando-se da cognição sumária, o juiz pode prestar determinada tutela por meio de diferentes técnicas processuais: tutela cautelar, tutela antecipada e tutela da evidência. A tutela cautelar e a tutela antecipada são subespécies de tutela provisória, que podem ser concedidas tanto em caráter antecedente, como incidentalmente, conforme previsão do artigo 294, parágrafo único do Código de Processo Civil de 2015. A tutela de evidência, por sua vez, é tutela provisória que só pode ser prestada no curso de um processo e independe da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo (artigo 311 do atual Código de Processo Civil).

Assim, a tutela prestada com base em cognição sumária tem por objetivo garantir a tutela jurisdicional do direito (tutela cautelar), promover a realização antecipada de um direito, diante de uma situação de perigo (tutela antecipada) ou realizar antecipadamente um direito que se mostra evidente (tutela da evidência).

3 A EVOLUÇÃO DA TUTELA DE SUMÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 Considerações preliminares

Neste tópico, pretende-se apresentar em linhas gerais, as origens conceituais da tutela sumária, que durante muito tempo foi concebida nos limites da tutela cautelar.

Em suas origens, a tutela cautelar foi idealizada como uma proteção jurídica no campo da execução forçada. A doutrina alemã concebia a tutela cautelar como forma de realização gradual do direito, negando a ela qualquer autonomia, já que não poderia ser aplicada em atividade diversa da execução.⁵

Todavia, a doutrina italiana, por meio dos estudos de Giuseppe Chiovenda, colocou a tutela cautelar ao lado das funções de cognição e de execução, enfatizando que a função da cautelar era assegurar a futura satisfação de um direito.⁶

Em 1936, Piero Calamandrei publicou sua obra clássica “*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*”, na qual entendeu que a principal característica da tutela cautelar consistia na provisoriedade do provimento, concedido mediante cognição sumária.⁷

Como pondera Ovídio A. Baptista da Silva, Piero Calamandrei não aderiu ao entendimento que coloca a tutela cautelar como um *tertium genus* entre as providências de cognição e de execução, considerando que, para o doutrinador italiano, o que caracteriza a tutela cautelar não é a “qualidade de seus efeitos”, mas sim o fato de consistir em providência que visa proteger o provimento principal. Assim, Calamandrei entendia que a tutela cautelar poderia ter conteúdo de cognição ou de execução.⁸

Segundo a obra de Piero Calamandrei, a tutela cautelar visa garantir que o processo não sofra um dano, possivelmente ocasionado pelo decurso do tempo ou por um risco de “infrutuosidade da tutela jurisdicional, enquanto pendente o processo de conhecimento ou de execução, ou quando quaisquer dessas atividades se encontrem prestes a iniciar”.⁹

⁵ MITIDIÉRO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 33-34.

⁶ Ibid., p. 41.

⁷ Ibid., p. 42.

⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 42.

⁹ MITIDIÉRO, Daniel. op. cit., p. 43.

Em suma, Calamandrei entendeu que o provimento cautelar possuía uma relação de dependência com os provimentos do processo de conhecimento ou de execução e, com relação a estes era um acessório.

Além disso, o doutrinador italiano não identificou qualquer diferença entre tutela cautelar e tutela satisfativa, pois afirmava que a provisoriedade existia em ambas. Assim, toda tutela sumária era compreendida como tutela cautelar, sempre relacionada à proteção contra o perigo do decurso do tempo.¹⁰

Para melhor compreender a influência da doutrina de Calamandrei no direito brasileiro, necessário se faz analisar as opções legislativas de 1939 e, posteriormente, de 1973, com relação às tutelas sumárias.

3.2 O avanço da tutela de urgência: do CPC de 1939 ao CPC de 1973

O Código de Processo Civil de 1939 foi promulgado em 18 de setembro e entrou em vigor em 01 de março de 1940, consolidando a unificação do Direito Processual Civil em todo o país.

Com relação à tutela cautelar, dispunha os artigos 675 e 676 do Código de Processo Civil de 1939:¹¹

Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:

- I – quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;
- II – quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes;
- III – quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.

Art. 676. As medidas preventivas poderão consistir: I – no arresto de bens do devedor;

- II – no sequestro de coisa móvel ou imóvel;
- III – na busca e apreensão, inclusive de mercadorias em trânsito;
- IV – na prestação de cauções;
- V – na exibição de livro, coisa ou documento (arts. 216 a 222);
- VI – em vistorias, arbitramentos e inquirições *ad perpetuam memoriam*;
- VII – em obras de conservação em coisa litigiosa;
- VIII – na prestação de alimentos provisionais, no caso em que o devedor seja suspenso ou destituído do pátrio poder, e nos de destituição de tutores ou curadores, e de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

¹⁰ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 46.

¹¹ BRASIL. **Decreto-lei nº 1.608 de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm >. Acesso em: 02 de ago. de 2017.

IX – no arrolamento e descrição de bens do casal e dos próprios de cada cônjuge, para servir de base a ulterior inventário, nos casos de desquite, nulidade ou anulação do casamento;

X – na entrega de objetos ou bens de uso pessoal da mulher e dos filhos; na separação de corpos e no depósito dos filhos, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento.

Com base nesses dois dispositivos é possível afirmar que o Código de Processo Civil de 1939 previa um poder geral de cautela. Todavia, Luiz Guilherme Marinoni enfatiza que os tribunais brasileiros não se atentaram à real necessidade de se usar esse poder geral de cautela, de modo que foram bastante cautelosos na concessão de medidas cautelares que extrapolassem a esfera do artigo 676.¹²

Analisando o texto legislativo de 1939, percebe-se que os artigos 675 e 676 estavam dispostos no Livro V, “Dos processos acessórios”. Ademais, o artigo 677 previa que, uma vez concedida a medida cautelar, a ação principal deveria ser proposta no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de perder sua eficácia.¹³

Assim, note-se que o legislador de 1939 não fez qualquer menção à técnica de antecipação dos efeitos da tutela, referindo-se apenas à “medida preventiva”.

Em comparação com o Código de Processo Civil de 1939, pode se afirmar que o legislador de 1973 tratou as tutelas de urgência com maior precisão. Notório que o sistema processual alemão do final do século XIX, bem como a doutrina italiana da primeira metade do século XX influenciaram a formação do Código de 1973. A sua estrutura reconhece a influência do processo civil europeu e pode-se afirmar que este Código reconheceu as *Instituições* de Chiovenda.¹⁴

O Código de Processo Civil de 1973 dispunha as matérias em cinco livros: I – Do Processo de Conhecimento; II – Do Processo de Execução; III – Do Processo Cautelar; IV – Dos Procedimentos Especiais; V – Das Disposições Finais e Transitórias.

Percebe-se que o Código de 1973 afastou-se da teoria de Calamandrei, citada anteriormente, visto que reconheceu o processo cautelar como *tertium genus*.¹⁵

Logo, o processo cautelar foi posto ao lado do processo de conhecimento e do processo de execução. Com relação ao processo de conhecimento, frisa-se que seu objetivo é a composição da lide, enquanto que o processo de execução visa a realização do direito que

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 102.

¹³ BRASIL. **Decreto-lei nº 1.608 de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm >. Acesso em: 02 de ago. de 2017.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1, p. 558.

¹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**: processo cautelar (tutela de urgência). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 3, p. 21.

fora declarado em sentença ou por meio de título executivo extrajudicial. De outro lado, o processo cautelar objetiva a segurança, isto é, a garantia do resultado útil da função de cognição ou de execução.

Dizia o artigo 796 do Código de Processo Civil de 1973: “O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”. Assim, decorre dessa redação que o processo cautelar objetivava a proteção de um futuro processo de conhecimento ou de execução.

O Código de Processo Civil de 1973 reservou um livro para regular o procedimento das medidas cautelares típicas/nominadas e das cautelares atípicas/inominadas. Afirmava que a ação cautelar era autônoma, isto é, exigia um procedimento próprio e especial, ainda que dependente de um processo dito principal.

Humberto Theodoro Júnior, processualista adepto à teoria de Carnelutti, criticou o legislador de 1973 por ter previsto uma relação de dependência entre o processo cautelar e o processo principal. Nesse sentido, afirma que o processo cautelar serve à realização do processo principal, razão porque não existe relação de dependência entre eles.¹⁶

A lei processual de 1973 previa dois requisitos para a concessão da tutela cautelar: *fumus boni iuris e periculum in mora*. Trata-se de instituto concedido com base no juízo de probabilidade do direito pleiteado pela parte.

Através do artigo 798 o legislador concedeu ao magistrado o poder de determinar “as medidas provisórias” que julgasse pertinentes diante da existência de fundado receio de que uma parte causasse lesão grave e de difícil reparação à outra parte, antes do término da demanda.

Nos dizeres de Ovídio A. Baptista da Silva:¹⁷

Quando, pois, o legislador, no art. 798, fala de “medidas provisórias”, havemos de entender que se encontram inseridas nesse conceito, além das simples medidas, sem conteúdo de ação, que o juiz poderia tomar para acautelar o interesse das partes, no curso da relação processual satisfativa (ou até mesmo cautelar), também as ações cautelares inominadas, que teriam um indispensável procedimento cautelar.

A doutrina se dividiu com relação ao alcance e conteúdo das “medidas provisórias adequadas”, previstas pelo artigo 798. Muito se discutiu se tais medidas destinavam-se

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. São Paulo: Leud, 1976, p. 530-532.

¹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do Processo Cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 110-111.

somente à assegurar a utilidade de um futuro processo ou se poderiam abranger providências de caráter satisfativo.¹⁸

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni:¹⁹

A inefetividade do procedimento ordinário, entretanto, fez com que os tribunais passassem a falar de “ação cautelar satisfativa”. Lamentáveis equívocos foram cometidos pelos tribunais e pela doutrina em razão da não consideração da cognição inerente ao procedimento materialmente sumário [...]. Os tribunais e parte da doutrina, de fato, importavam-se muito com a satisfatividade da tutela, imaginando que a “ação principal” seria desnecessária no caso de “tutela satisfativa” [...] deixamos claro que a jurisprudência e a doutrina vinham confundindo satisfatividade com definitividade. Dissemos: a tutela somente é definitiva, dispensando a “ação principal”, quando a cognição é exauriente.

Por certo, a medida cautelar, nos moldes do Código de Processo Civil de 1973, visava garantir a utilidade e efetividade de uma futura prestação jurisdicional satisfativa, de modo que não poderia pretender antecipar a decisão sobre o direito material.

Essa expansão indevida do instituto passou a gerar insegurança no ordenamento jurídico, uma vez que inexistia requisitos próprios para a concessão da tutela de caráter satisfativo e os requisitos definidos para a tutela cautelar eram considerados insuficientes para a concessão de tutela antecipatória.²⁰

Luiz Fux, defendendo a criação de tutelas autônomas destinadas a assegurar o direito material diante de situações de urgência e também diante de um direito evidente, traz em sua obra alguns exemplos de provimentos satisfativos, que eram concedidos por meio de liminares “disfarçadas de cautelares”: autorização para realização de cirurgia impedidas por um dos pais; levantamento de valores consignados em juízo; determinação de matrícula em universidade etc.²¹

Nesse contexto, conclui-se que entre o período de 1973 e 1994, o sistema processual brasileiro possuía duas espécies de tutela de urgência: (i) tutela cautelar, ampla e genérica, que visava assegurar o resultado útil do processo; (ii) liminares, reservadas a determinados procedimentos, como por exemplo, ação civil pública, ação popular, mandado de segurança, ação declaratória de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, ação

¹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 41.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 103.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. loc. cit.

²¹ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 62.

possessória de posse nova e embargos de terceiro, todos com o objetivo de produzir os efeitos práticos do direito da parte.²²

3.3 A consagração da tutela sumária satisfativa nas reformas do CPC de 1973

3.3.1 Reforma de 1994

Com o advento da Lei n° 8.952 de 1994, a tutela antecipada passou a ser regulada no Livro I do Código de Processo Civil de 1973. Os operadores do direito passaram a contar com uma tutela de urgência satisfativa, responsável por preencher a omissão legislativa que deu origem às chamadas “tutelas cautelares satisfativas”.

João Batista Lopes informa que alguns institutos romanos influenciaram a legislação processual brasileira no tocante às liminares possessórias, liminares de busca e apreensão, liminar na ação civil pública, a liminar do artigo 84, §3° do Código de Defesa do Consumidor, bem como do despejo liminar, alguns delas previstas pelo Código de Processo Civil de 1939.²³

O sistema processual brasileiro, ao se deparar com a necessidade de superar a morosidade do processo, vinculada ao procedimento ordinário, concluiu que a antecipação de tutela deveria alcançar não só as situações especiais acima exemplificadas, como também situações comuns e isso ocorreu justamente com a reforma de 1994.

A introdução da antecipação de tutela no sistema processual brasileiro possibilitou a realização do direito material requerido pela parte, de modo que foi promovida maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional.

Mediante a constatação de perigo de dano (inciso I, artigo 273) ou do abuso do direito de defesa do réu (inciso II, artigo 273), o juiz poderia conceder a antecipação dos efeitos do provimento final almejado pela parte requerente.

Consolidou-se o pensamento da maioria dos doutrinadores e da jurisprudência no sentido de não admitir que a tutela sumária satisfativa fosse concedida por meio da ação cautelar inominada.

²² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela antecipada e tutela cautelar. In: **Tutelas de urgência e cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. ARMELIN, Donaldo (Coord.). São Paulo: 2010, p. 317.

²³ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 67.

Sobre o tema, declara Humberto Theodoro Júnior:²⁴

Essa nova e ampla possibilidade de antecipar medidas satisfativas não se confunde, necessariamente, com as antigas e conhecidas liminares, pois agora a providência urgente pode acontecer em qualquer momento ou fase do processo, enquanto não solucionado definitivamente o processo de conhecimento, e não apenas na abertura da relação processual [...]. É certo que todas elas pertencem ao gênero comum da tutela de urgência. Sendo, no entanto, diversos os requisitos de seu deferimento e diverso o terreno sobre o qual atua cada tipo dessas medidas, não nos parece conveniente que sua análise doutrinária e científica seja feita em comum, como se tratasse de providências de uma única natureza. Não há como evitar a diversidade gritante que se nota entre os diversos efeitos da medida cautelar e da medida antecipatória: a primeira não vai além do preparo de execução útil do futuro provimento jurisdicional de mérito, enquanto a última já proporciona a provisória atribuição do bem da vida à parte, permitindo-lhe desfrutá-lo juridicamente, tal como se a lide já tivesse sido solucionada em seu favor. [...] Assim, também, a medida que antecipa, no processo de conhecimento, efeitos da solução de mérito não é, em nosso sistema, medida cautelar, porque vai além da simples prevenção da utilidade do provimento final do processo e já se transforma, antecipadamente, num meio de reconhecer, de modo provisório, o direito material da parte e de propiciar-lhe o respectivo exercício. Enquanto, pois, a medida cautelar se limita a garantir uma futura e eventual execução, a medida antecipatória, desde logo, cria condições de provisoriamente executar o direito subjetivo ainda não acertado em definitivo. Realiza, por antecipação, o que, de regra, se obteria pelo provimento final de mérito.

É inegável a contribuição que a medida de antecipação de tutela trouxe ao ordenamento processual, uma vez que possibilitou à doutrina proceder à distinção entre uma tutela de simples segurança e uma tutela que realiza, ainda que provisoriamente, o pedido feito pela parte.

Todavia, ficou claro que da forma como o artigo 273 foi redigido, a tutela antecipatória ficou muito próxima da tutela cautelar. Dizia o referido artigo:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Note-se no dispositivo citado que o legislador utilizou uma expressão tipicamente cautelar (“verossimilhança das alegações”), em conjunto com o termo “prova inequívoca”, expressão esta de cunho satisfativo.

Em suma, constata-se que a Lei n° 8.952 de 1994 introduziu expressamente a tutela antecipatória, mas disse menos do que deveria, já que as expressões utilizadas pelo

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 49. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. II. p. 704 - 705.

legislador causaram embaraços quando da definição de qual tutela urgente se encaixava a cada caso concreto.

Com o passar do tempo, surgiu a necessidade de promover determinados ajustes ao instituto da tutela antecipada, que superassem as contradições e contribuíssem para a sua execução (efetivação).

Dito isso, o Código de Processo Civil de 1973 sofreu uma nova reforma no ano de 2002 e percebe-se que algumas alterações recaíram sobre a tutela antecipada.

3.3.2 Reforma de 2002

No intuito de conferir maior efetividade às tutelas de urgência, a Lei nº 10.444/2002 trouxe importantes alterações ao Código de Processo Civil de 1973.

A principal contribuição trazida pela reforma de 2002 diz respeito à regra da fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada.

Por algum tempo houve divisão na doutrina acerca da possibilidade ou não de fungibilidade entre as duas técnicas. Parte da doutrina entendia que a fungibilidade era parcial, isto é, somente poderia ser concedida a cautelar quando requerida a tutela antecipada; e para outra parte, a fungibilidade era total, com as devidas adaptações.²⁵

Dizia o §7º ao artigo 273: “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”.

Por meio da liminar o juiz poderia conceder a tutela antecipada e, desde logo, ela poderia ser realizada na prática. Também por intermédio da reforma de 2002 foi inserido o §3º ao artigo 273, segundo o qual, deveriam ser observadas as regras concernentes à execução provisória para a efetivação da tutela antecipada.

Cumprido ressaltar que, por se tratar de provimento sumário, a execução da tutela antecipada não poderia se submeter às regras da execução da sentença condenatória, já que o título executivo pressupõe a declaração de um direito “certo”. Assim, com bem frisa o §3º do artigo 273, a efetivação na tutela antecipada deve observar, no que couber e conforme a natureza da medida, as regras contidas nos artigos 475-O, 461, §§ 4º e 5º e 461-A.²⁶

²⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 385.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 208.

De outro modo, percebia-se que conforme a urgência da situação e levando em conta as peculiaridades do bem jurídico, a tutela antecipatória passou a ter força mandamental. Assim, a tutela antecipada era efetivada no próprio processo em que fora requerida e concedida.

Certo é que tempos antes da reforma de 2002 a doutrina já vinha reconhecendo a eficácia mandamental e executiva *lato sensu* da tutela antecipada. A Lei n° 10.444 simplesmente consagrou esse entendimento, ao passo que previu que também se aplicariam à tutela antecipada, no que coubesse, as regras dos artigos 461, §§ 4° e 5°, e artigo 461-A.²⁷

Conclui-se que, a introdução da tutela antecipada no ordenamento processual brasileiro foi de extrema importância, tendo em vista o surgimento de situações de direito material que careciam de tutela satisfativa sumária. Ademais, como mencionado, a doutrina e os tribunais entendiam ser inadmissível a concessão de tutela antecipada com base no instituto da cautelar, de modo que se tornou absolutamente necessária a regulação da técnica antecipatória.

3.4 Fundamento constitucional da tutela de urgência

O Estado Liberal, cujos contornos decorrem dos preceitos do liberalismo econômico, tinha como principal objetivo a manutenção da propriedade privada e, devido às suas fragilidades, não resistiu à crise econômica de 1929.²⁸

Com o surgimento do Estado Social, inscrito na Constituição de 1988, o ente estatal passou a participar de forma ativa na efetivação dos direitos fundamentais, fato que gerou a necessidade de se buscar meios processuais adequados ao requerimento de tais garantias, diante da hipótese de violação ou ameaça de ofensa.²⁹

O direito de ação, em seu aspecto mais amplo, pode ser considerado o mais fundamental de todos os direitos, visto que é imprescindível à concreta efetivação de todos os demais direitos materiais.³⁰

A Constituição de 1988 outorga a todos a garantia de acesso à justiça, mediante o art. 5°, inciso XXXV. Assim, por meio da restauração da ordem jurídica violada e também

²⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 385.

²⁸ ALVIM, Arruda. A evolução do direito e a tutela de urgência. In: **Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva**. ARMELIN, Donaldo. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 152.

²⁹ *Ibid.*, p. 154.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 1, p. 205.

através de atuação que impeça a violação da norma, a jurisdição atua com a finalidade de realizar o direito.

Verifica-se que o aumento do número de processos gerou um congestionamento nos órgãos do Poder Judiciário, acarretando lentidão na prestação da tutela jurisdicional. Certo é que a morosidade dos processos prejudicou os litigantes e afetou também a ordem econômica, em vista da imobilização de bens e capitais, especulação econômica e insolvência.³¹

No intuito de concretizar a pretensão do art. 5º, XXXV, o ordenamento jurídico passou a prever formas de tutela de urgência (cautelar e antecipação de tutela) como meios capazes de impedir a ocorrência de lesão a direitos juridicamente protegidos, bem como aptas a vencer o desafio do tempo.

Como já mencionado nesse trabalho, diante de uma situação de urgência seria infrutífero o uso da cognição exauriente, apesar da segurança jurídica que se alcança através dela. Se fez necessário priorizar a cognição sumária, em detrimento da certeza jurídica, a fim de se preservar o direito posto em litígio.

Nesse sentido, ponderou Kazuo Watanabe:³²

O direito e o processo devem ser aderentes à realidade, de sorte que as normas jurídico-materiais que regem essas relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo e vida, criando os mecanismos de segurança e de proteção que reajam com agilidade e eficiência às agressões ou ameaças de ofensa. E, no plano processual, os direitos e pretensões materiais que resultam da incidência dessas normas materiais devem encontrar uma tutela rápida, adequada e ajustada ao mesmo compasso.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu o inciso LXXVIII ao art. 5º, que garante a todos os indivíduos a duração razoável do processo, princípio este que guarda íntima relação com a efetividade e economia processual.

Importante destacar o princípio constitucional do devido processo legal, contido no artigo 5º, LIV da Constituição Federal de 1988. Segundo Nelson Nery Junior, deste princípio emanam as consequências processuais que culminam na outorga de um processo e sentença justos, a todos os litigantes.³³

³¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 114.

³² WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 149.

³³ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 77.

Nesse diapasão, cumpre dizer que a introdução da tutela provisória no ordenamento processual não acarretou na redução do princípio do devido processo legal. Pelo contrário, o que se percebe é que os demais princípios que dele decorrem, foram analisados e postergados, a fim de que fosse possível conceder provisoriamente o direito pretendido.

Assim, tanto o princípio do devido processo legal quanto o princípio da duração razoável do processo, permitiram que o legislador se empenhasse na criação de soluções jurídicas que tutelassem o direito do indivíduo, de modo a evitar que o decurso do tempo da demanda gerasse prejuízo às partes litigantes.

Nelson Luiz Pinto aborda o assunto da seguinte forma:³⁴

A antecipação de tutela apresenta-se, neste aspecto, não apenas como um meio para assegurar o resultado efetivo e satisfatório da prestação jurisdicional, mas também como forma de assegurar o equilíbrio, a igualdade processual, a identidade de armas e de poderes, visando a propiciar um verdadeiro contraditório, sem que uma das partes se veja impossibilitada de litigar, assegurando o resultado do processo em razão da proporcionalidade de condições e de poderes entre os litigantes, em decorrência, principalmente, de pressões econômicas e de ameaças, verdadeira coação do litigante 'mais forte' sobre o 'mais fraco'.

Conclui-se que o legislador brasileiro alcançou o objetivo de instituir procedimentos capazes de assegurar um acesso efetivo ao Poder Judiciário, em se tratando de situações de perigo de perecimento do direito de um dos litigantes, daí falarmos de tutela de urgência sob o aspecto constitucional.

³⁴ PINTO, Nelson Luiz. A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, n. 105, p. 59, jan./mar. 2002.

4 TUTELAS DE URGÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

4.1 Considerações iniciais

O tema das tutelas provisórias é um dos que mais sofreu mudanças e discussões, no decorrer do projeto do novo Código de Processo Civil. Sabe-se que a tutela provisória é aquela concedida mediante cognição sumária, em juízo de probabilidade.

É de se observar que a tutela provisória, nos termos do artigo 294 do Código de Processo Civil de 2015, divide-se em tutela de urgência e tutela de evidência. A tutela de urgência visa afastar o *periculum in mora*, de modo a evitar que no curso do processo venha ocorrer prejuízo grave ou irreparável ao passo que, a tutela de evidência fundamenta-se apenas no alto grau de probabilidade do direito invocado pelo requerente, de sorte que concede, desde já, o provimento que muito provavelmente virá ao final da lide.³⁵

Na terminologia adotada pelo Código de 2015, a tutela de urgência é espécie de tutela provisória, mas em relação à tutela antecipada e à tutela cautelar, ela é gênero.

Ao que parece, o legislador de 2015 optou por adotar um regime jurídico único para as tutelas cautelar e antecipada que, antes da alteração legislativa eram medidas sujeitas a requisitos e procedimentos distintos.

Dito isso, o presente trabalho entende ser importante apontar as semelhanças e diferenças das duas espécies de tutela de urgência, no intuito de sustentar que, apesar de serem parecidas, a tutela cautelar e a tutela antecipatória representam espécies diferentes de um mesmo gênero. Ademais, como se verá a seguir, o legislador não conseguiu adotar um regime jurídico verdadeiramente único para ambas as tutelas de urgência, em vista da evidente diferença procedimental, especialmente quando requeridas em caráter antecedente.

4.2 Semelhanças e diferenças entre tutela cautelar e tutela antecipada

4.2.1 Semelhanças

No regime do Código de Processo Civil de 1973, muitos doutrinadores indicavam diferenças com relação aos requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Relativamente à

³⁵ WAMBIER, Teresa Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; DE MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 539.

ao primeiro requisito, a distinção era definida em razão da redação do artigo 273, que exigia prova inequívoca da verossimilhança das alegações, requisito não exigido para a concessão de tutela cautelar. Por conseguinte, o *fumus boni iuris* exigido para a tutela antecipada era mais intenso e mais forte do que aquele previsto para a tutela cautelar. No tocante ao *periculum in mora*, a distinção residia no fato de o artigo 273, inciso II prever a concessão da tutela antecipada independentemente da urgência ou da existência de risco à fruição do direito, hipótese em que o requisito para a concessão da tutela antecipada era a existência de direito evidente.

De acordo com o Código de Processo Civil de 2015, tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada exigem a demonstração de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, sendo este último exigido na mesma proporção para ambas as tutelas.

Nesse sentido, afirma o professor Cassio Scarpinella Bueno:³⁶

É correto entender que o dispositivo afasta, por vez, o entendimento predominante no CPC de 1973 de que os requisitos cognitivos da aparência do direito para a concessão da tutela antecipada seriam mais profundos que o das cautelares em geral. Com o CPC de 2015, independentemente da natureza da tutela provisória, se cautelar ou antecipada (art. 294, *caput*), o magistrado deverá se convencer da *probabilidade* do direito do requerente da medida e, porque se trata de medida de urgência, do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Diz o Enunciado n. 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada”.

Observa-se que alguns doutrinadores continuam fazendo menção à chamada “teoria da gangorra”, mas, agora, com base na nova legislação processual. Diz-se que o “fiel da balança” é o perigo de risco de perecimento do direito, sem o qual não há que se falar em tutela de urgência. De acordo com esta teoria, quanto maior for o *periculum in mora*, menos *fumus boni iuris* se exige para a concessão da tutela de urgência. Pondera-se, ainda, que não há de se falar em concessão de tutela de urgência apenas com base na existência de perigo, sem que haja qualquer probabilidade de existência do direito invocado. Em outras palavras, ainda que em menor grau, o *fumus boni iuris* deve ser constatado em cada caso concreto e a tutela de urgência pode ser concedida se o *periculum in mora* for intenso.³⁷

³⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 270.

³⁷ WAMBIER, Teresa Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; DE MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 551.

Além de adotar os mesmos requisitos para ambas as tutelas de urgência, o legislador de 2015 prevê no §1º do artigo 300, que o juiz pode exigir caução para a concessão de tutela cautelar e de tutela antecipada. O dispositivo ainda indica que a prestação de contracautela não é exigida sempre que a tutela de urgência for concedida, de modo que o juiz determinará a prestação de caução a depender do caso concreto.³⁸

Nesse sentido, o presente trabalho defende que a caução deve ser exigida na hipótese de o juiz ter alguma dúvida a respeito da concessão da tutela de urgência. Sabe-se que a não concessão da tutela de urgência pode causar grave prejuízo ao direito a ser tutelado ou provocar dano ao resultado útil do processo. De outro lado, pode ser que a concessão da tutela de urgência se depare com uma situação de irreversibilidade. Assim, diante dessas duas hipóteses que geram dúvida, o juiz deve exigir que a parte preste caução, que poderá ser real ou fidejussória.

Por último, com relação à exigência de caução, o artigo 300, §1º, dispensa a sua exigência caso o requerente da tutela de urgência demonstre ser economicamente hipossuficiente e, por isso, não pode prestá-la. O legislador optou por proteger aquele que não tem condições financeiras de prestar a caução, em detrimento da outra parte, que ficará sem garantia de reparação de eventuais danos ocasionados pela efetivação da tutela de urgência.

Esse trabalho vê com bons olhos a dispensa de caução para aqueles que são economicamente hipossuficientes, justamente por se tratar de uma tutela de urgência. Não resta dúvida de que o magistrado, ao decidir, deve ponderar todos os valores em jogo e, com base na situação específica, deve afastar a exigência de caução, quando comprovada a hipossuficiência, a fim de viabilizar a efetivação da tutela de urgência.

Outra identidade entre as tutelas cautelar e antecipada que pode ser destacada é a previsão de responsabilidade pelo dano ocasionado pela efetivação da tutela de urgência, sem prejuízo do dever de reparar por dano processual. Nos termos do artigo 302 do Código de Processo Civil de 2015, a parte beneficiada pela concessão de tutela de urgência poderá responder pelos danos suportados pela parte contrária, quando no caso concreto se constatar uma das quatro hipóteses previstas nos incisos do referido dispositivo: (i) quando a sentença lhe for desfavorável; (ii) quando, obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, o requerente da medida não fornecer os meios necessários para a citação da parte adversa, no prazo de 5 (cinco) dias; (iii) quando ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 313.

hipótese legal; (iv) quando o juiz reconhecer que houve decadência ou prescrição da pretensão da parte requerente.

Para Daniel Amorim Assumpção Neves o artigo 302 do Código de Processo Civil de 2015 retrata uma hipótese de responsabilidade objetiva, de modo que o elemento culpa é irrelevante para a sua configuração. Assim, bastaria a constatação de uma das quatro hipóteses previstas na lei, juntamente com a prova do efetivo prejuízo sofrido pela parte contrária, para que seja imputado ao beneficiado da tutela de urgência o dever de reparar.³⁹

Pensam em sentido contrário, os doutrinadores Marinoni, Arenhart e Mitidiero, na obra conjunta, “Novo Código de Processo Civil Comentado”. Em suma, sustentam que somente os incisos II e III do artigo 302 podem configurar hipóteses de responsabilidade objetiva, ao passo que os incisos I e IV dependem da demonstração de dolo ou culpa do beneficiado pela efetivação da tutela de urgência. A responsabilidade deve ser considerada subjetiva nesta última situação, pois apesar de existir a possibilidade de o juiz declarar inexistente o direito antes reconhecido como provável, ele não poderá considerar o juízo sumário como inexistente. Se a efetivação da tutela de urgência fora amparada por um legítimo exercício do poder estatal, não faria sentido se falar em responsabilidade objetiva para os incisos I e IV.⁴⁰

Neste aspecto, esse trabalho entende que o artigo 302 do Código de Processo Civil traz quatro hipóteses de responsabilidade objetiva diante da cassação da tutela de urgência. Veja-se que o artigo 302 é claro ao afirmar que “independentemente da reparação por dano processual”, a parte responde pelo prejuízo decorrente da efetivação da tutela de urgência. Assim, a culpa deve ser comprovada para fins de reparação do dano processual, nos termos dos artigos 79 e 81 do mesmo diploma, o que não é exigido para a reparação dos prejuízos relativos à efetivação da tutela de urgência.

Clama atenção o inciso II do artigo 302, segundo o qual, a parte beneficiada pela efetivação da tutela de urgência será responsabilizada pelos prejuízos que causar à parte contrária, quando não fornecer os meios necessários para a citação, no prazo de 5 (cinco) dias. O doutrinador Daniel Amorim Assumpção Neves é adepto à corrente doutrinária que questiona a aplicabilidade do inciso II, do artigo 303:⁴¹

³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 506.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 314-315.

⁴¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. op. cit., p. 507.

Parcela da doutrina o entende por inaplicável, porque a ausência de promoção de citação do requerido em cinco dias não é causa de cessação dos efeitos da tutela de urgência, sendo, portanto, plenamente possível que o requerente se sagra vitorioso no processo, não tendo sentido lógico nem jurídico em responsabilizá-lo pelos danos suportados pela parte contrária [...]. Entendo que havendo o direito à cautela do direito material, não parece lógica a aplicação do art. 302, II do Novo CPC.

Sabe-se que por meio da citação, a parte contrária toma conhecimento da concessão de tutela de urgência em favor do requerente e também permite que seja exercido o direito de defesa e o contraditório. Assim, entende-se que o legislador teve a intenção de assegurar que o beneficiado pela concessão de tutela de urgência não retarde o andamento do processo, já que encontra-se amparado pela medida. Logo, o prejuízo a que se refere o inciso II deve corresponder apenas ao período em que, de forma injustificada, a existência do processo foi ocultada do réu, em decorrência do atraso da citação.

Evidente que o requerente e beneficiado pela tutela de urgência não é responsável pelo próprio ato de citação, que cabe aos auxiliares do juiz. Todavia, cabe ao requerente fornecer “os meios necessários” para que seja promovida a citação.

Nesse sentido, afirma Luiz Guilherme Marinoni:⁴²

Se a efetivação da tutela urgente *inaudita altera parte* pode ser imprescindível, a sua excepcionalidade decorre do fato de postergar o contraditório. Em nome da efetividade do contraditório, ao réu deve ser permitido demonstrar, com a maior brevidade possível, a eventual inexistência dos fundamentos que autorizaram a concessão da tutela urgente e mesmo a sua inadequação [...]. Portanto, há razão para o legislador se preocupar em exigir breve citação do réu quando a tutela de urgência é deferida *inaudita altera parte*, impondo responsabilidade objetiva pelo dano ocasionado pela efetivação da tutela na hipótese de o autor não fornecer os meios necessários para a realização da citação no prazo de cinco dias.

Com relação à previsão do inciso III do artigo 302 (cessação da eficácia da medida), necessário se faz analisar também o artigo 309 do Código de Processo Civil. Apesar de se encontrar nas disposições a respeito da tutela cautelar concedida em caráter antecedente, o artigo 309 aplica-se a ambas as espécies de tutela de urgência (cautelar e antecipada). Assim, o inciso III do artigo 302 impõe que o autor repare os prejuízos do requerido quando ocorrer a cessação da eficácia da medida concedida, em qualquer das hipóteses legais trazidas pelo artigo 309.

A derradeira hipótese de responsabilidade (inciso IV) não foi bem redigida pelo legislador de 2015. Note-se que a lei fala em “alegação de decadência ou prescrição”, sendo

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 223-224.

que estes dois institutos podem ser conhecidos de ofício pelo juiz, isto é, independe de alegação de qualquer das partes do processo.

Por fim, o parágrafo único do artigo 302 preceitua que diante da ocorrência de qualquer das hipóteses descritas nos incisos, a indenização devida pelo beneficiado da tutela cautelar ou antecedente, ao requerido que sofreu prejuízo, deverá ser liquidada “nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível”. Não será caso, portanto, de novo processo para liquidar e executar o prejuízo sofrido pela parte contrária.

Outro exemplo de identidade entre tutela cautelar e tutela antecedente é a previsão do §2º do artigo 300 do Código de Processo Civil, que trata da possibilidade de o juiz designar uma audiência de justificação antes de conceder a tutela de urgência requerida pela parte. Por certo, tanto a tutela cautelar quanto a antecipada podem ser concedidas liminarmente ou após justificação prévia. Além disso, entende-se que o juiz poderá designar audiência de justificação diante de um pedido de tutela antecedente ou incidental.

Para concluir o tópico, relevante mencionar a regra da fungibilidade prevista no parágrafo único do artigo 305. Segundo este dispositivo, se o juiz se deparar com um pedido de tutela cautelar em caráter antecedente, mas entender que se trata de hipótese de pedido de tutela antecipada, poderá observar o procedimento previsto para a concessão dessa última espécie de tutela de urgência.

Nesse sentido, esse trabalho entende por bem defender a fungibilidade de mão-dupla, de modo a admitir que, apesar de se estar diante de um pedido de tutela antecipada, o juiz possa receber o pedido como tutela cautelar, ainda que a nova lei assim não diga expressamente. Afinal, sendo requerida uma tutela antecipada em caráter antecedente diante de hipótese que se enquadra no pedido de tutela cautelar, evidente que a decisão não poderá se estabilizar nos termos do artigo 304 do Código de Processo Civil.

Quanto ao pedido de tutela de urgência feito em caráter incidental, não faz sentido falar em fungibilidade, uma vez que a tutela cautelar e a antecipada sujeitam-se ao mesmo procedimento.

Por conseguinte, observa-se que a norma contida no parágrafo único do artigo 305 almeja corrigir o procedimento diante da alteração da espécie de tutela, o que reforça a ideia de que o regime jurídico adotado para as tutelas cautelar e antecipada não é idêntico, como se verá a seguir, com a menção de suas diferenças.

4.2.2 Diferenças

Analisando o artigo 301 do Código de Processo Civil de 2015, percebe-se a distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada. Enquanto a primeira visa garantir a efetividade da tutela jurisdicional, a segunda permite a realização do direito material.

Apesar de o Código de Processo Civil de 2015 admitir que tanto a tutela cautelar quanto a antecipada sejam requeridas em caráter antecedente, o legislador fixou regras diferentes para as duas espécies de tutela de urgência, com relação ao ônus da formulação do pedido principal após a efetivação da medida.

Em razão da efetivação da tutela cautelar em caráter antecedente, o autor tem o ônus de formular o pedido principal dentro do prazo de 30 dias, sob pena de suspensão da eficácia da medida cautelar, como se vê nos artigos 308 e 309, I. Por outro lado, em se tratando de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, o autor deverá “aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação”, juntar novos documentos e confirmar o pedido de tutela final no prazo de 15 dias, ou em outro prazo maior que o juiz determinar, sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito, conforme artigo 303, §§ 1º, I e 2º.

Ademais, depreende do artigo 304, *caput*, que somente a tutela antecipada requerida em caráter antecedente é apta a estabilizar-se, caso não seja interposto recurso da decisão que concede a medida de urgência.

Em se tratando de tutela cautelar antecedente, a nova legislação processual não trouxe previsão de estabilização e o artigo 306 prenuncia que o requerido será citado para contestar o pedido e indicar provas a serem produzidas, no prazo de 5 (cinco) dias.

Há quem identifique também diferença da urgência que justifica a concessão de tutela cautelar em caráter antecedente e a tutela antecipada antecedente. Em suma, diz-se que devido à urgência o autor pode requerer a concessão de tutela antecipada em caráter antecedente porque ainda não possui os documentos necessários ou porque não há tempo suficiente para estruturar adequadamente os argumentos a fim de ajuizar a ação em que pediria a tutela do seu direito, bem como a sua antecipação. De outro lado, a urgência que recai sobre o pedido de tutela cautelar antecedente não guarda relação com a impossibilidade do autor em elaborar de forma adequada a petição inicial da ação em que pretende pedir a tutela do seu direito. Afirma-se que a tutela cautelar pode ser requerida em caráter antecedente apenas para garantir a tutela jurisdicional de um direito que encontra-se em risco, momento em que ainda não se tem interesse de agir no pedido de tutela principal.⁴³

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 253.

Daniel Mitidiero é um dos doutrinadores que coloca a tutela cautelar no plano do direito material e afirma expressamente:⁴⁴

A tutela cautelar é uma proteção jurisdicional que visa a resguardar o direito à outra tutela do direito. Não visa resguardar o processo. Apenas assegura para que possa eventualmente ocorrer satisfação. Há segurança-para-execução. Já a tutela satisfativa é uma proteção jurisdicional que desde logo realiza um direito, sem qualquer ligação com outro direito. E se a tutela satisfativa é realizada de forma antecipada motivada pela urgência, então há execução-para-segurança.

Observa-se que Cássio Scarpinella Bueno também entende que a tutela cautelar deve ser entendida no plano das tutelas jurisdicionais, ao afirmar que não é o processo que apresenta cunho cautelar, mas sim a própria tutela jurisdicional.⁴⁵

Pode-se dizer que Luiz Guilherme Marinoni foi um dos primeiros processualistas a estudar a tutela antecipada no plano do direito processual, isto é, como verdadeira técnica. Em suas palavras: “note-se que os procedimentos, as sentenças, os meios de execução e a possibilidade de antecipação são técnicas para a prestação da adequada tutela dos direitos”.⁴⁶

A título conclusivo, pode-se dizer que o Código de Processo Civil de 2015 guardou o entendimento doutrinário anterior no que tange às distinções entre as tutelas cautelar e antecipada com base no resultado obtido por cada uma delas no plano do direito material. Dessa forma, diz-se que a tutela cautelar é capaz de conservar o direito material, ao passo que a tutela antecipada é apta a realizá-lo.

4.3 Requisitos para a concessão das tutelas de urgência

4.3.1 *Periculum in mora* e *fumus boni iuris*

Sob as diretrizes do Código de Processo Civil de 1973, pode-se afirmar que a grande distinção entre as tutelas cautelar e antecipada dizia respeito aos requisitos exigidos para cada uma delas. Para a tutela cautelar exigia-se o *periculum in mora* (uma situação de perigo) e o *fumus boni iuris* (representado pela probabilidade do direito alegado pela parte ser verdadeiro). Em contrapartida, a tutela antecipada somente poderia ser concedida uma vez

⁴⁴ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 63-64.

⁴⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 4, p. 171-172.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 31.

constatada a verossimilhança decorrente da prova inequívoca e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Desde logo, verifica-se que os requisitos exigidos pelo Código de 1973 para a concessão de tutela cautelar eram mais tênues do que aqueles exigidos para a tutela antecipada. A tutela cautelar pautava-se na aparência do direito alegado e requerido pela parte, ao passo que a tutela antecipada exigia a verossimilhança, isto é, aquilo que parece verdadeiro por meio de uma prova inequívoca.

Posteriormente, o Código de Processo Civil de 2015 unificou os requisitos para a concessão das tutelas cautelar e antecipada, de modo a exigir *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, nos termos do artigo 300 do referido diploma legal.

A expressão latina *fumus boni iuris* indica a probabilidade do direito alegado pela parte, enquanto que a expressão *periculum in mora* remete ao perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Frisa-se que a tutela cautelar se depreende de uma situação na qual o direito material esteja em perigo, isto é, diante do risco de inefetividade ou inutilidade da tutela do direito pleiteado. Esse perigo de dano também pode justificar o requerimento de tutela antecipada, a fim de se evitar o dano ao direito que se pretende obter ao final da lide.

No artigo 300 do Código de Processo Civil, o legislador não descreveu os possíveis elementos que são capazes de promover o convencimento do magistrado para que conceda a tutela de urgência requerida pela parte. O que se sabe é que o juiz se baseará na probabilidade de existência do direito pleiteado para conceder a tutela de urgência.

Há quem entenda que o artigo 299, *caput*, do Código de 2015 confere grande poder ao magistrado, tendo em vista que não exige mais que a simples probabilidade de existência do direito. Assim, seria suficiente a decisão devidamente motivada, com base nas alegações do requerente, sem necessidade de produção de provas⁴⁷. O presente trabalho entende diversamente e conclui que a probabilidade do direito deve ser aferida com base nas provas, presunções e nos pressupostos necessários para se alcançar a tutela final.

Salienta-se que o fundamento das duas espécies de tutela de urgência (cautelar e antecipada) é justamente a impossibilidade de se esperar que o juiz alcance a tutela definitiva por meio da cognição exauriente, tendo em vista que no caso concreto o direito está exposto a perigo e há risco de o resultado final do processo ser inútil.

⁴⁷ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do Novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 400.

Todavia, o perigo de dano não pode ser considerado requisito suficiente para a concessão da tutela de urgência, quando se está diante de direito que não é plausível.

A fim de obter a tutela cautelar ou a tutela antecipada é necessário que a parte convença o juiz de que é bem provável que a tutela final lhe será favorável, razão porque pleiteia tutela de urgência. Por certo, o juiz formará sua convicção através de cognição sumária, tida como menos aprofundada do que a cognição exauriente, pois ainda não se busca a certeza jurídica.

Entende-se que o magistrado deve analisar as alegações da parte, bem como eventuais provas e argumentos que possam demonstrar a probabilidade do direito invocado pela parte.

4.4 Tutela antecipada

4.4.1 Objeto da antecipação

A tutela antecipatória é aquela capaz de produzir os efeitos jurídico que viriam apenas ao final, com a prolação de sentença de mérito. Justamente por ser uma tutela prestada com base em cognição sumária, a tutela antecipada pode também ser denominada tutela satisfativa sumária, a qual pode ser concedida em caráter antecedente ou no curso de um processo, quando presentes os requisitos exigidos pela lei.

Luiz Guilherme Marinoni doutrina:⁴⁸

Não há mais como admitir que a tutela que satisfaz o direito com base em cognição sumária – antecipadamente – possa continuar a ser equivocadamente designada de cautelar. Isso acontecia numa época em que, em vista da regra da *nulla executio sine titulo*, não se admitia realização do direito no curso do processo. Hoje, especialmente diante do teor do Código de 2015, não há mais motivo algum para continuar a falsear a natureza da tutela satisfativa do direito prestada com base em cognição sumária.

Importante considerar que, em razão da provisoriedade e da revogabilidade que pairam sobre a tutela antecipada, o magistrado não pode conceder a medida e antecipar totalmente a eficácia da futura sentença de mérito. Assim, relevante se faz estudar os efeitos da sentença de mérito que poderão ser antecipados.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 110.

Tradicionalmente, o cabimento da tutela antecipada foi admitido em sede de pedidos de natureza condenatória, executiva e mandamental. Com relação à possibilidade de concessão de tutela antecipada em se tratando de ação declaratória e constitutiva, perdurou por certo tempo uma divergência na doutrina e na jurisprudência.

Em sua obra “Antecipação da Tutela”, Teori Albino Zavascki assevera:⁴⁹

A antecipação de efeitos da tutela somente contribuirá para a efetividade do processo quando, pela sua natureza, se tratar de efeitos (a) que provoquem mudanças ou (b) que impeçam mudanças no plano da realidade fática, ou seja, quando a tutela comportar, de alguma forma, execução. Execução em sentido o mais amplo possível: pela via executiva *lato sensu*, pela via mandamental ou pela ação de execução propriamente dita. Somente nesses casos a antecipação de efeitos será compatível com o princípio da necessidade. Aliás, também em se tratando de tutela condenatória, o que se antecipa não é a condenação propriamente (que não comporta provisoriedade), e sim os efeitos executivos que dela decorrem.

A tutela declaratória é aquela que declara a existência ou inexistência de uma determinada relação jurídica, ao passo que a tutela constitutiva cria, modifica ou extingue uma relação jurídica, de modo a alterar uma situação.

Ficou consagrado pela doutrina majoritária que é cabível a antecipação em sede de ação declaratória e constitutiva, contanto que a eficácia produzida pela antecipação não seja declaratória nem constitutiva.

Em outras palavras, é possível perceber que não se antecipa a própria declaração de certeza nem a constituição e muito menos a condenação pretendida a título de tutela definitiva. Somente os efeitos executivos da futura sentença de mérito é que podem ser antecipados, uma vez preenchidos os requisitos legais.

Não obstante a controvérsia que inicialmente se instalou nos Tribunais, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de admitir o cabimento de tutela antecipada em ações declaratórias e constitutivas.⁵⁰

O juiz, ao conceder a tutela antecipada requerida em ação declaratória, não declarará provisoriamente a existência ou inexistência de determinada relação jurídica, mas, tão somente, antecipará alguns efeitos práticos que decorrem do pedido de declaração. A

⁴⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 87.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 195.224/PR**. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Brasília, 15 de dezembro de 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199800851119&dt_publicacao=05/03/2001>. Acesso em: 27 set. 2017.

eficácia declaratória corresponde à certeza, razão pela qual só é alcançada com o trânsito em julgado, após análise do pedido por meio de cognição exauriente.⁵¹

Teori Albino Zavascki, em consonância com o entendimento de Pontes de Miranda acrescenta que não são apenas as sentenças condenatórias que produzem efeitos executivos, mas também as declaratórias e constitutivas, pois nenhuma ação pode ser puramente declaratória ou constitutiva.⁵²

Ainda sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior assinala:⁵³

O objetivo visado é a concreta eliminação da situação de perigo ou de injustiça que a manutenção do estado fático das partes representa para o direito subjetivo material do autor. Fala-se, por isso, não em antecipação do julgamento do mérito, mas, sim, em antecipação dos “efeitos” da tutela de mérito postulada na inicial [...] o que a lei permite é, em caráter liminar, a execução de alguma prestação, positiva ou negativa, que haveria, normalmente, de ser realizada depois da sentença de mérito e já no campo da execução forçada o de algo a esta equivalente Promove-se, então, uma provisória e condicional execução, total ou parcial, daquilo que se espera virá a ser o efeito de uma sentença ainda por proferir.

Analisando o caso concreto apresentado pelo requerente de tutela antecipada, pode ser que a declaração e a constituição (ou desconstituição), consideradas individualmente, não estejam expostas a perigo de dano pelo decurso do tempo, mas sim os efeitos práticos que o autor pretende alcançar por meio da sentença final. Fato é que em qualquer processo de conhecimento existe a possibilidade da eficácia da sentença de mérito encontrar-se sob risco, o que justifica a concessão de medida satisfativa. Assim, a tutela antecipada é capaz de afastar o perigo que residia sobre a efetividade da eficácia da futura sentença de procedência.

Dessa forma, chega-se à conclusão de que diversas modalidades de ação admitem a concessão de tutela antecipada, tanto em caráter positivo (execução provisória do direito contra o réu) quanto em caráter negativo (impondo vedações ao réu, em razão da situação jurídica reconhecida provisoriamente em favor do autor).⁵⁴

De outro lado, aduz parcela minoritária da doutrina que o juiz tem a possibilidade de antecipar a própria declaração ou a constituição de uma situação jurídica. Em suma, sustentam que o problema não está na admissão ou não de uma declaração ou constituição provisórias, mas, sim, na viabilidade e na utilidade dessas tutelas diante de variados casos

⁵¹ LOPES, João Batista **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 80.

⁵² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 87-88.

⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 49. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. II. p. 732 – 733.

⁵⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. op. cit., p. 89.

concretos. Assim, com relação à declaração, entendem que a antecipação é possível, mas não terá utilidade ao requerente.⁵⁵

Segundo Luiz Guilherme Marinoni:⁵⁶

Note-se que, embora seja impossível antecipar a eficácia constitutiva (que depende de coisa julga material), uma constituição fundada em cognição sumária – uma cognição provisória – produz modificações no direito material que podem ser implementadas mediante meios executivos que não têm relação com o processo em que a tutela antecipada constitutiva é prestada, ou mediante atos de execução imprópria. Realmente, não há razão para impedir uma constituição fundada em cognição sumária, nem mesmo a alegação de que a sentença constitutiva produz efeitos *ex nunc*. [...] Deixe-se claro, no entanto, que em alguns casos – em face da situação de direito substancial controvertida – a ação constitutiva não abre oportunidade a tutela antecipada com a mesma natureza. Assim, não há como admitir tutela antecipada constitutiva ou desconstitutiva nas ações de estado.

Conclui-se que a tutela antecipada pode ser requerida em sede de ação declaratória, constitutiva, condenatória e mandamental. Com relação às duas primeiras modalidades, entende-se que não se antecipa o efeito principal (o qual será alcançado somente por meio da sentença final), mas sim os efeitos práticos da declaração ou da constituição.

4.4.2 Processo e procedimentos compatíveis

O Código de Processo Civil de 1973 disciplinou a tutela antecipada dentro do processo de conhecimento, visto que o artigo 273 situava-se nas “Disposições gerais” do “Do processo de conhecimento”.

O parágrafo único do artigo 272 do Código de 1973 previa aplicação subsidiária das disposições gerais do procedimento ordinário ao procedimento sumário, de modo que a tutela antecipada passou a ser admitida também nesse último procedimento.

A problemática do tema girou em torno do cabimento ou não de tutela antecipada nos procedimentos especiais, em razão de sua especificidade e também pelo fato do legislador ter estabelecido expressamente em lei as hipóteses em que o magistrado poderia adiantar a tutela.

Diante da impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses possíveis de adiantamento de tutela, surgiu o entendimento de que a tutela antecipada prevista no artigo

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 114.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 114 – 115.

273 do Código de Processo Civil de 1973, poderia incidir de forma supletiva nos procedimentos especiais, a fim de se garantir a tutela do direito em questão.

O Código de Processo Civil de 2015 evidencia o cabimento de tutela antecipada no procedimento comum e nos procedimentos especiais, previstos pelo próprio Código ou regradados em leis extravagantes.

Durante certo tempo se questionou o cabimento de tutela antecipada nas ações locatícias, em especial nas ações de despejo. Prevaleceu o entendimento de que a tutela antecipada era cabível, desde que preenchidos os pressupostos legais. De fato, não se poderia cogitar do afastamento absoluto da tutela que é prevista especificadamente para as ações locatícias, sem antes verificar no caso concreto os requisitos para sua concessão.

Luiz Fux, em sua obra “Tutela antecipada e locações” cita inúmeras hipóteses de cabimento de tutela antecipada em se tratando de ação de despejo, dentre elas: (i) tutela antecipada de retomada para realização de reparações urgentes; (ii) tutela antecipada de despejo por falta de pagamento; (iv) tutela antecipada de rescisão da locação por abandono do imóvel com imissão de posse deferida; (v) tutela antecipada de reocupação do imóvel etc.⁵⁷

A jurisprudência do Tribunal de Justiça, no mesmo sentido da doutrina majoritária, entendeu pelo cabimento de tutela antecipada, desde que verificados seus requisitos, nas ações de despejo cuja causa de pedir não correspondesse a nenhuma das hipóteses previstas no artigo 59, §1º da Lei 8.245/1991.⁵⁸

Contata-se que os artigos 59 e 68 da Lei do Inquilinato utiliza as expressões “ordinário” e “sumário”, se referindo ao procedimento que deverá ser utilizado para o processamento da ação despejo e da ação revisional, respectivamente. Acontece que, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, as expressões “ordinário” e “sumário” passaram a ser denominadas de “procedimento comum”, em consonância com artigo 318 e com o parágrafo único do artigo 1.049 do referido diploma. Dessa forma, as ações previstas na Lei 8.245/1991 seguirão o procedimento comum, que está regulado no Livro I, Título I do Código de Processo Civil de 2015.

Justamente porque a atual legislação processual preconiza uma prestação jurisdicional célere e eficaz, o presente trabalho entende que continua sendo cabível a técnica

⁵⁷ FUX, Luiz. **Tutela antecipada e locações**. Rio de Janeiro: Destaque, 1996, p. 134-135.

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 445.863/SP**. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 05 de dezembro de 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200800960&dt_publicacao=19/12/2002>. Acesso em: 27 set. 2017.

antecipatórias nas ações locatícias. Em outras palavras, não se vislumbra qualquer incompatibilidade entre a tutela antecipada e a matéria locatícia.

Pois bem, parece-nos que à parte é permitido requerer despejo liminar com base no procedimento da tutela antecipada em caráter antecedente (artigo 303 do Código de 2015). Relativamente à estabilização da tutela antecipada disciplinada pelo artigo 304 do mesmo diploma, entende-se que, uma vez deferida liminarmente a ordem de despejo e não havendo interposição de recurso pelo réu, o processo deverá ser extinto com a devida estabilização da tutela antecipada concedida.

De toda sorte, cumpre ressaltar que todas as discussões doutrinárias a respeito da estabilização da tutela antecipada também terão repercussão nas ações locatícias.

Nesse diapasão, cumpre mencionar que a tutela antecipada também é cabível no procedimento sumaríssimo, pois o instituto e os princípios intitulados pela Lei 9.099/1995 (Juizados Especiais Estaduais), Lei 10.259/2001 (Juizados Especiais Federais) e Lei 12.153/2009 (Juizados Especiais da Fazenda Pública) guardam harmonia e compatibilidade.

Todavia, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o Fórum Nacional de Juízes Estaduais e o Fórum Nacional dos Juizados Federais, criaram enunciados para negar cabimento de tutela antecipada em caráter antecedente nos procedimentos dos juizados especiais.⁵⁹

Como veremos mais adiante, o legislador de 2015 prevê um procedimento próprio para a concessão de tutela antecipada em caráter antecedente, conforme artigo 303 e seguintes do Código de Processo Civil. Nesse aspecto, sabe-se que em sede de Juizados Especiais as decisões interlocutórias não estão sujeitas aos efeitos da preclusão, razão pela qual se torna difícil se cogitar a estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente dentro desse procedimento sumaríssimo.

Por esta razão conclui-se que somente a tutela antecipada concedida em caráter incidental guarda harmonia com os princípios e regras que pairam sobre os Juizados Especiais.

Finalmente, considerando que a tutela antecipada visa antecipar os efeitos executivos de uma futura sentença de mérito, há, de certa forma, incompatibilidade entre a

⁵⁹ **Enunciado 163:** “Os procedimentos de tutela de urgência requeridos em caráter antecedente, na forma prevista nos arts. 303 a 310 do CPC/2015, são incompatíveis com o Sistema dos Juizados Especiais”.

Enunciado 178: “A tutela provisória em caráter antecedente não se aplica ao rito dos juizados especiais federais, porque a sistemática de revisão da decisão estabilizada (art. 304 do CPC/2015) é incompatível com os arts. 4º 6º da Lei n. 10.259/2001”.

técnica e o processo ou fase de execução, já que não faz sentido antecipar os efeitos que já foram concedidos à parte. Daniel Amorim Assumpção Neves doutrina a esse respeito: ⁶⁰

Acredito que a tutela antecipada fundada no perigo de lesão grave ou de difícil reparação não se justifica, porque, havendo tal perigo, o exequente não deverá pedir a satisfação imediata, mas a garantia de que sua satisfação ocorra no momento procedimental adequado, o que será feito por meio da cautelar [...]. Registre-se que, havendo embargos à execução, ação incidental de conhecimento, é admissível o pedido de tutela antecipada tanto pelo embargante como pelo embargado, desde que preenchidos os requisitos legais. Basta imaginar a hipótese de o executado requerer a tutela antecipada para a retirada imediata de seu nome dos cadastros dos devedores em embargos à execução no qual se discute a existência da dívida.

De acordo com Daniel Mitidiero, todos os efeitos jurídicos práticos provenientes das formas de tutela jurisdicional podem ser antecipados. Acrescenta que, “sempre que for possível ordenar um comportamento ao demandado ou preceitua-lo para realização independentemente da vontade do demandado à vista da futura sentença de procedência, caberá antecipação de tutela para sua imediata atuação”. ⁶¹

Conclui-se que, nesta perspectiva, a tutela antecipada é compatível com o procedimento comum ordinário, comum sumário, especial e também com os processos incidentes, a exemplo da suspensão da execução por meio da tutela antecipada em embargos à execução.

4.4.3 Irreversibilidade dos efeitos jurídicos da decisão

Nos termos do §3º do artigo 300 do atual Código de Processo Civil, a tutela antecipada “não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”.

Já de antemão cumpre destacar que o atual diploma processual trouxe redação melhor acerca do tema, quando comparada ao Código de Processo Civil de 1973. O §2º do artigo 273 trazia a expressão “irreversibilidade do provimento antecipado”. Ora, como se sabe a decisão que concede tutela antecipada será sempre reversível, dada a revogabilidade que recai sobre essa espécie de tutela de urgência. Em outras palavras, a irreversibilidade recai sobre os efeitos práticos da decisão, e não propriamente sobre a decisão proferida, pois contra esta caberá recurso.

⁶⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 515.

⁶¹ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 170.

Apesar de ser louvável a postura do legislador de cuidar dos interesses da parte requerida, necessário se faz interpretar o tema da “irreversibilidade” com muita cautela e sempre tendo por base a efetividade da tutela jurisdicional.

Acerca do tema, pondera Teori Albino Zavascki:⁶²

Não se pode confundir *irreversibilidade* com *satisfatividade*. Todas as medidas antecipatórias são, por natureza, satisfativas, isto é, permitem fruição, ao menos em parte, do bem da vida reclamado pelo autor da demanda. A satisfatividade, todavia, pode ser consequência reversível ou irreversível no plano dos fatos. Será reversível quando permitir a recomposição integral da situação fática anterior ao seu deferimento e irreversível na situação inversa.

Para Luiz Guilherme Marinoni, o impedimento previsto no §3º do artigo 300 visa assegurar que não sejam produzidos “determinados efeitos jurídicos incompatíveis com o objeto da tutela jurisdicional”, isto é, o objetivo da norma é impedir a constituição provisória, como por exemplo, a antecipação da desconstituição de um casamento.⁶³

Evidente que o magistrado deve ter a preocupação de conceber meios que garantam o retorno da situação fática anterior, na hipótese de a tutela antecipada ser revogada no futuro. O juiz não só pode como deve realizar seu trabalho intelectual com base no princípio da proporcionalidade, de modo a aferir no caso concreto qual direito guarda maior relevância e expressão.

Assim, quando a única forma de impedir que o dano irreparável ao direito do requerente seja justamente a antecipação de efeitos irreversíveis, o juiz poderá instituir caução a fim de assegurar o ressarcimento do réu, pelos efeitos da antecipação de tutela que vier a ser indeferida em momento posterior. Outro mecanismo à disposição do magistrado para esses casos extremos é a substituição por perdas e danos.

Com efeito, é possível existir situações excepcionais, nas quais a segurança do réu diante da possibilidade de irreversibilidade fática, entrará em conflito com a necessidade do autor em obter a tutela de urgência.

Diante dos pressupostos legais para a concessão de tutela antecipada (perigo de demora na prestação da tutela jurisdicional e da probabilidade do direito pleiteado), entende-se que, ainda que constatada a irreversibilidade fática, negar a concessão da tutela de urgência provocará a lesão de um direito que é provável. Como se defende, necessário se faz analisar o

⁶² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 102.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 121.

caso concreto com muito zelo, a fim de que o direito provável não seja claramente exposto a perigo diante da irreversibilidade que recai sobre o direito improvável da parte contrária.

O impedimento para a concessão de tutela antecipada cujos efeitos são considerados irreversíveis deve ser vencido quando, no caso concreto, ficar demonstrado que a não concessão prejudicará a efetividade da tutela jurisdicional. Considerando que em determinada situação é grande o perigo a que o direito do autor está exposto, maior será a necessidade de se superar este impedimento diante da irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Frisa-se, novamente, o quanto é importante se proteger o direito evidentemente provável, em detrimento do direito improvável do réu, sob pena de se admitir lesão a um direito e prejuízo à ordem jurídica.

Para Cândido Rangel Dinamarco, não se pode admitir o sacrifício de qualquer direito, isto é, entende que o direito improvável é direito que pode existir e, se existir, o direito do requerente da tutela de urgência, que antes era provável, será improvável. Por essa razão, o ilustre doutrinador, ao estudar o tema da irreversibilidade nos termos do Código de Processo Civil de 1973, preferiu tratar o assunto com cautela no que diz respeito ao entendimento de que em alguns casos a irreversibilidade fática deve ser superada.⁶⁴

Todavia, a doutrina majoritária chegou à conclusão de que é possível se admitir a concessão de tutela antecipada que produza efeitos práticos irreversíveis, com a finalidade de se evitar qualquer dano ao direito do autor e à efetividade da tutela jurisdicional. Se além do perigo da demora, o autor demonstrar a probabilidade do direito pleiteado, é preciso ter em mente o princípio da proporcionalidade, de modo a não permitir que o direito dito provável seja sacrificado apenas porque a irreversibilidade recai sobre o direito improvável.

4.4.4 Legitimação

Neste tópico pretende-se demonstrar que não apenas o autor pode requerer a concessão de tutela antecipada em seu favor, como também o réu estará legitimado em determinadas situações.

É evidente que o único legitimado para requerer tutela antecipada na forma antecedente seja o autor do pedido principal, já que a lei dispõe que após a concessão ou denegação da medida de urgência, o requerente dela deverá promover o aditamento da petição inicial com a finalidade de converter o pedido de antecipação de tutela em processo principal.

⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 144.

No tocante ao pedido de tutela antecipada feito em caráter incidental, isto é, no curso do processo principal, entende-se que tanto o autor quanto o réu possuem legitimação.

Considerando que o réu apresente reconvenção ou até mesmo um pedido contraposto, passará a figurar de forma ativa no processo, de modo a assumir a posição de autor com relação à pretensão vinculada nessas duas modalidades de resposta. Diante disso, fica clara a legitimação do réu para fazer pedido de antecipação de tutela.

O mesmo entendimento se aplica às ações dúplices, nas quais o réu assume posição ativa ao apresentar contestação e fazer pedido de improcedência da pretensão do autor. Assim, o réu poderá fazer pedido de antecipação de tutela e lhe será possível obter o bem da vida posto em conflito.⁶⁵

Ademais, considerando a hipótese de intervenção de terceiros, obviamente que em razão da condição de réu, o terceiro na denunciação à lide pode requerer o emprego da técnica antecipatória contra o denunciado. Da mesma forma, o demandante pode requerer tutela antecipada contra o réu originário ou contra aquele que fora chamado ao processo.

No que diz respeito à assistência simples, entende-se que o terceiro (assistente) estará sempre vinculado à vontade do assistido, ou seja, caso este não tenha interesse em obter tutela antecipada, o assistente não poderá formular o pedido, não por ausência de legitimação, mas sim por falta de interesse jurídico. Diz-se que o assistente simples atua como “auxiliar da parte principal”, podendo exercer os mesmos poderes que a parte assistida, ao menos que haja expressa manifestação desta, indicando inconveniência do pedido de tutela antecipada feito pelo assistente.⁶⁶

Daniel Amorim Assumpção Neves afasta-se da doutrina majoritária por entender que o Ministério Público não possui legitimidade para requerer a concessão de tutela antecipada. Sustenta que o pedido de antecipação de tutela pressupõe interesse da parte e que o Ministério Público, como fiscal da lei poderia apenas peticionar o pedido de tutela antecipada a que a parte tem interesse.⁶⁷

4.4.5 Tutela antecipada antecedente

4.4.5.1 Procedimento

⁶⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 518.

⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 107.

⁶⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. op. cit., p. 519.

Nos artigos 303 e 304, o Código de Processo Civil de 2015 disciplina o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente – hipótese em que o autor requer a mencionada tutela de urgência antes da propositura da ação principal, na qual será postulada a tutela final.

Note-se que a possibilidade de se requerer antecipação de tutela de forma antecedente apresenta-se como verdadeira novidade no direito processual brasileiro, visto que o Código de Processo Civil de 1973 não trazia previsão semelhante. Na verdade, a legislação anterior previa apenas a cautelar como tutela passível de ser requerida em caráter antecedente.

A atual legislação processual permite que a tutela antecipada seja requerida em caráter antecedente somente quando for identificada uma situação de urgência que se mostre incompatível com o tempo necessário para a elaboração adequada de uma petição inicial, bem como da juntada de documentos essenciais ao pedido de tutela final

Imperioso que se analise de forma correta a urgência alegada pela parte, pois a escolha pela tutela antecipada antecedente implica um procedimento um tanto quanto complexo, que, se usado de forma indevida, pode prejudicar a efetividade da tutela jurisdicional.

Nos termos do artigo 303 do diploma processual de 2015, o autor poderá requerer tutela antecipada de forma antecedente “nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação”. Devido à urgência vislumbrada no caso concreto, o autor poderá limitar-se a apresentar petição inicial com o pedido de tutela antecipada, sendo absolutamente necessário que indique o pedido de tutela final, com a devida exposição da lide, do direito que se pretende ver realizado e dos pressupostos legais para a concessão da referida tutela de urgência.

Não fosse a urgência excepcional que recai sobre o caso, não subsistiria razão para o autor se valer dessa modalidade de procedimento da tutela antecipada. Além disso, uma vez afastada a possibilidade de seguir o referido procedimento, não haverá possibilidade de se alcançar a estabilização nos termos do artigo 304.

Além de preencher as exigências constantes do *caput* do artigo 303, o autor também deve indicar na petição inicial o valor da causa, com base no pedido de tutela final (§4º do artigo 303). Sobre a exigência, Cassio Scarpinella Bueno assevera: ⁶⁸

⁶⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 269.

A exigência é de infelicidade gritante: como exigir do autor a indicação do valor da causa levando em conta a “tutela final” se o caso é de tamanha urgência a ponto de o *caput* do próprio art. 303 sugerir, até mesmo, o afrouxamento de regras formais mínimas de elaboração da petição inicial? O mais correto, do ponto de vista sistemático, é permitir ao autor que, naquele momento, limite-se a indicar o valor da causa condizente com o pedido da tutela antecipada. Se houver necessidade de aditamento da petição inicial, aí sim caberá ao autor a indicação esboçada do valor da causa, levando em conta a totalidade de sua pretensão, vale dizer, a “tutela final”.

O artigo 303 em seu §5º impõe, ainda, que o requerente da tutela antecipada antecedente manifeste na petição inicial a sua vontade de valer-se do “benefício previsto no *caput* deste artigo”. Nessa linha, entende-se que o autor deve salientar que está se valendo da técnica da antecipação de tutela na forma antecedente, nos termos do artigo 300 e que pretende promover o aditamento da petição inicial em momento oportuno.

Dito isso, considerando a hipótese de o juiz conceder a tutela antecipada antecedente, incumbe ao autor promover o aditamento da petição inicial, no intuito de complementar os argumentos da lide, juntar novos documentos e confirmar o pedido de tutela final, dentro do prazo de 15 (quinze) dias ou em prazo maior fixado pelo juiz (§1º, inciso I do artigo 303), sob pena de o processo ser extinto sem resolução do mérito (§2º, artigo 303) e a tutela antecipada concedida perder sua eficácia. Referido aditamento ocorrerá nos mesmos autos e não haverá incidência de novas custas processuais, pelo disposto no §3º do mesmo dispositivo legal.

O réu deverá ser citado (em relação ao processo que se iniciou com o pedido de tutela antecipada antecedente) e intimado (da concessão da tutela antecipada) para que compareça à audiência de conciliação ou de mediação, prevista no artigo 334. Esta regra encontra-se no inciso II do §1º, do artigo 303 também da atual legislação processual.

Considerando a hipótese de não haver autocomposição, começa a contar o prazo para que o réu apresente contestação, observando a regra do artigo 335 do Código de Processo Civil.

Tendo conhecimento de que foi concedida a tutela antecipada, o réu poderá interpor agravo de instrumento e o prazo começará a contar de sua intimação, conforme o artigo 231 da nova lei processual. Neste aspecto, essencial que o mandado de citação e intimação mencione expressamente a consequência que a lei impõe caso o requerido opte por não recorrer da decisão que concedeu a tutela antecipada – sabe-se, que o silêncio do réu é o requisito necessário para que a tutela antecipada se estabilize.

Por outro lado, importante analisar o quadro jurídico quando a tutela antecipada requerida em caráter antecedente é indeferida pelo juízo. Neste caso, o autor deverá emendar

a petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de ser extinto o processo sem resolução do mérito. É imprescindível que o juiz indique ao autor no que consiste a emenda da inicial, como por exemplo, quais elementos deverão ser trazidos ao processo.

Possível observar que o Código de Processo Civil de 2015 utilizou expressões distintas para as hipóteses de concessão e de indeferimento da tutela antecipada em caráter antecedente. Em caso de concessão da tutela de urgência, a lei requer o “aditamento” da petição inicial; e diante do indeferimento da mesma, é exigida a “emenda” da inicial. Para Luiz Guilherme Marinoni, o indeferimento da tutela antecipada nada tem a ver com defeito da petição inicial em que a medida foi requerida, razão porque não há motivo para se falar em “emenda”.⁶⁹

Finalmente, diante da ausência de emenda/aditamento da inicial, o §6º do artigo 303 impõe como consequência a extinção do processo sem resolução do mérito.

4.4.6 Decisão e sentença

Primeiramente, cumpre destacar que a tutela antecipada deverá ser concedida sempre por meio de decisão devidamente motivada, em respeito ao artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988 e ao artigo 298 do Código de Processo Civil de 2015.

Ademais, o §1º do artigo 489, do Código de Processo Civil, traz seis situações nas quais toda e qualquer decisão judicial não será considerada fundamentada. Neste aspecto, é preciso ter em mente que a fundamentação está ligada à análise do litígio como um todo e consiste na elaboração de razões que justifiquem a interpretação do julgador. Assim, a fundamentação pode ser vista como a resposta que o juiz dá aos argumentos trazidos por ambas as partes (autor e réu) ao processo, em defesa de seus interesses.⁷⁰

Percebe-se que a lei processual não determinou expressamente o momento adequado para a concessão de tutela antecipada. Assim, a referida tutela de urgência pode ser concedida pelo juiz antes ou depois da citação da parte contrária, conforme o grau de urgência que recai sobre o caso concreto.

O que se percebe é que a doutrina majoritária refutou o entendimento de que a tutela antecipada somente poderia ser concedida após a conclusão da fase de postulação, o

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 231.

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 492.

que, de fato, não guarda qualquer relação com o objetivo da tutela de urgência nem com a efetividade da tutela jurisdicional.

Da decisão do juiz de primeira instância que, antes da sentença, julga o pedido de tutela antecipada (concedendo ou negando), caberá agravo de instrumento, nos termos do inciso I do artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015.

Todavia, cumpre ressaltar que existe a possibilidade de o juiz proferir sentença de procedência do pedido do autor e, na mesma decisão, conceder tutela antecipada. Em outras palavras, após cognição exauriente pautada no juízo de certeza, o magistrado, em sentença, concede a tutela definitiva e também uma tutela antecipada.

Como já fora exposto no presente trabalho, o juiz não antecipa a própria tutela, mas apenas os efeitos práticos dela. Por esta razão, se o juiz não antecipar os efeitos executivos da decisão, pouco proveito tem ao autor ver confirmada a tutela definitiva em sentença, pois havendo recurso do réu com efeito suspensivo, não alcançará os efeitos práticos da decisão.

Com efeito, se o recurso interposto pelo réu não possuir efeito suspensivo, a tutela definitiva a que a sentença se refere, produzirá seus efeitos de forma imediata, razão porque não faz sentido se falar em antecipação de tutela dentro da sentença. Esse é justamente o caso das sentenças que são proferidas nos Juizados Especiais Estaduais, das quais caberá recurso inominado, cujo efeito não suspende a eficácia da decisão.

De outro lado, sendo a sentença de procedência atacada por recurso com efeito suspensivo (apelação, por exemplo), grande valor tem a concessão de tutela antecipada na mesma decisão, pois concederá ao autor os efeitos práticos da tutela.⁷¹

Nesse diapasão, desde o Código de Processo Civil de 1973 discute-se a respeito da possibilidade de se conceder tutela antecipada no momento da prolação da sentença, bem como de qual recurso o réu poderia se valer contra a sentença que concede a tutela definitiva e a tutela antecipada.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:⁷²

[...] na mesma folha de papel, e no mesmo momento, o juiz pode proferir a decisão interlocutória, concedendo a tutela, e a sentença, que então confirmará a tutela já concedida e não poderá ser atacada através de recurso de apelação que deva ser recebido no efeito suspensivo [...] não se diga que neste caso estará sendo ferido o princípio da unirecorribilidade, uma vez que o *periculum in mora*, indispensável para a concessão da tutela antecipatória nada tem a ver com os fundamentos para a

⁷¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.84.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 160-161.

procedência do pedido. [...] há, materialmente, em um mesmo instrumento, uma decisão interlocutória e uma sentença, a primeira atacável por intermédio de agravo de instrumento (que deve ser recebido no efeito devolutivo) e a segunda por meio de apelação (que deve ser recebida no efeito apenas devolutivo por ter confirmado a tutela antecipatória.

Em sentido diverso, Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que se trata de verdadeira ficção jurídica, o fato de se enxergar duas decisões onde, na realidade, só existe uma. Não é adepto, portanto, à teoria dos capítulos da sentença, a qual defende que o capítulo da sentença que concede a tutela antecipada seja recorrível por agravo de instrumento, ao passo que o capítulo que julga procedente o pedido do autor seja recorrível por apelação. Portanto, o ilustre professor entende que o único recurso cabível para o caso é a apelação, que deverá ser recebida sem efeito suspensivo, de modo a possibilitar que os efeitos da sentença tenham eficácia imediata, ainda que diante de sua impugnação.⁷³

Em oposição, Humberto Theodoro Júnior frisa que é perfeitamente possível que a sentença contenha um capítulo “especial” para a concessão de tutela antecipada, uma vez preenchidos os requisitos exigidos pela lei. Acrescenta que, havendo interposição de apelação, o seu efeito suspensivo não pode atingir a tutela antecipada concedida pelo magistrado, em sentença. Para o ilustre professor, o princípio da unirrecorribilidade das decisões judiciais determina apenas que o recurso seja único, o que não significa que os capítulos da sentença devam se sujeitar a um único efeito recursal.⁷⁴

Em sua obra “Da antecipação de tutela”, Athos Gusmão Carneiro frisa que no caso da tutela antecipada ser concedida na própria sentença, na forma de capítulo, caberá exclusivamente o recurso de apelação. Tal recurso suspenderia apenas o cumprimento da sentença com relação ao conteúdo estranho à antecipação e o capítulo da sentença a respeito da tutela antecipada deveria ser cumprido de imediato.⁷⁵

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 1973 trazia previsão a respeito, em seu artigo 520, inciso VII, esclarecendo que o recurso de apelação não teria efeito suspensivo caso a sentença confirmasse a antecipação de tutela. Referido dispositivo não tratava da hipótese de concessão da tutela antecipada por ocasião da sentença.

Inegável que o melhor cenário seria aquele em que o magistrado concede tutela antecipada por meio de decisão interlocutória em separado e antes de proferir a sentença de

⁷³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 535.

⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 49. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. II, p. 724.

⁷⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 97.

mérito, de modo que todo o questionamento acerca do recurso cabível se quedaria. Todavia, diante do cenário em que o juiz opta por conceder a tutela antecipada concomitantemente à sentença de procedência do pedido do autor, o Código de Processo Civil de 2015 teve o cuidado de regular a hipótese. Nos termos do inciso V, do §1º do artigo 1.012, ainda que haja interposição de apelação, a sentença produzirá seus efeitos práticos quando confirmar, revogar ou conceder tutela provisória, aqui inclusas a antecipada, a cautelar e a tutela de evidência.

Em resumo, a tutela antecipada pode ser requerida em caráter antecedente ou de forma incidental, no curso de um processo. De fato, a urgência justifica a escolha do legislador de não instituir limite temporal para a concessão dessa tutela, prestigiando a efetividade da tutela jurisdicional.

4.4.7 Tutela antecipada de ofício?

Cumprе ressaltar a divergência doutrinária que se instalou no ordenamento processual acerca da possibilidade de concessão da tutela antecipada *ex officio*, isto é, estaria o juiz autorizado a conceder a tutela de urgência, quando identificar no caso concreto os requisitos legais, ainda que diante de ausência de pedido da parte?

Sob o comando do Código de Processo Civil de 1973 alguns doutrinadores admitiam a tutela cautelar de ofício, com base na previsão do artigo 797: “Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”.

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco:⁷⁶

Por isso e sobretudo porque ao juiz moderno não é dado assumir posturas de espectador, legitimam-se e impõem-se as iniciativas *ex officio* destinadas a preparar os bons resultados do exercício da jurisdição, mediante a conservação de bens e provas e antecipação de decisões com vista a preservar os valores humanos que em juízo se controvertem.

Todavia, o ilustre professor entendia não ser cabível a tutela antecipada *ex officio*, visto que essa modalidade de tutela de urgência não tem por finalidade “dar apoio ao processo

⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v.II, p. 888.

e à dignidade da jurisdição, mas de atender a interesses do litigante – sendo mais que razoável que prevaleça, quanto a isso, a regra *nemo iudex sine actore*”.⁷⁷

Por certo, o próprio artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973 condicionava a concessão de tutela antecipada a requerimento da parte: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida...”.

José Roberto dos Santos Bedaque defendeu que, não só a medida cautelar poderia ser concedida de ofício pelo juiz. Assevera em sua obra que em situações tidas como excepcionais em razão do risco de perecimento do direito e pelo preenchimento dos demais requisitos legais, ainda que não houvesse pedido da parte interessada, poderia o juiz conceder a antecipação dos efeitos da tutela final, no intuito “de se preservar a utilidade do resultado do processo”. Acrescenta que ao se impedir a iniciativa judicial com relação à tutela antecipada, soluções injustas poderiam surgir e que o contraditório não estaria sendo violado, pois a antecipação é caracterizada pela provisoriedade e tem como pressuposto a reversibilidade.⁷⁸

Cassio Scarpinella Bueno defendeu, sob o manto do Código de Processo Civil de 1973, a concessão de tutela antecipada *ex officio*:⁷⁹

Se o juiz vê, diante de si, tudo o que a lei reputou suficiente para a concessão da tutela antecipada menos o pedido, quiçá porque o advogado é ruim ou irresponsável, não será isso que o impedirá de realizar o valor “efetividade”, sobretudo naqueles casos em que a situação fática reclamar a necessidade de tutela jurisdicional urgente (art. 273, I).

No entanto, o entendimento que prevaleceu no ordenamento processual regido pela legislação revogada, foi no sentido de negar o cabimento de antecipação *ex officio* dos efeitos da tutela.⁸⁰

Não há dúvida de que a discussão acerca da possibilidade ou não de haver antecipação *ex officio* implica na análise não apenas da efetividade da tutela jurisdicional, mas também da segurança jurídica.

O princípio da segurança jurídica encontra-se estampado no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal e prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v.II, p. 889.

⁷⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 383.

⁷⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37.

⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 547.

o devido processo legal”. Além disso, o artigo 5º, inciso LV do mesmo diploma, prevê o princípio do contraditório e ampla defesa, como norteadores da relação processual.

Sob o manto do Código de Processo Civil de 2015, percebe-se que o legislador não utilizou em seus dispositivos a respeito da tutela de urgência, a expressão “a requerimento da parte”. Apesar disso, não parece ser a melhor interpretação que a atual legislação processual tenha permitido a concessão de ofício de tutela antecipada.

É preciso ter em mente o princípio da vedação das decisões surpresas, estampado no artigo 9º e 10 do atual Código de Processo Civil. Apesar de ser permitida a concessão de tutela de urgência sem a oitiva da parte adversa (parágrafo único, inciso I do art. 9º), o legislador não permite que seja proferida uma decisão surpresa ao autor da lide, por meio da concessão de uma tutela antecipada *ex officio*.

Ademais, de extrema relevância é o conteúdo do artigo 10, prevendo a vedação de uma decisão “com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, em obra conjunta, asseveram:⁸¹

[...] tendo em conta a estrutura cooperativa do novo processo civil, pode o juiz, percebendo que é possível tutelar a parte provisoriamente, consultá-la a respeito de seu interesse na obtenção de uma tutela sumária (art. 6º, CPC). Não pode o juiz, porém, antecipar a tutela de ofício (seja satisfativa, seja cautelar), dado o regime de responsabilidade objetiva inerente à sua fruição (art. 302, CPC), o qual a parte pode não ter interesse em submeter-se.

Segundo Daniel Mitidiero, com base no princípio da cooperação, ao juiz é permitido consultar a parte se há interesse em obter tutela antecipada, de modo que assim seria possível equilibrar a iniciativa judicial com a liberdade da parte.⁸²

Diante disso, há que se ponderar que o princípio da efetividade não pode ser colocado acima do princípio da segurança jurídica, de modo a permitir que o juiz conceda tutela de urgência *ex officio*. A situação é delicada e deve ser analisada com base nas diretrizes trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, no qual prevalece a vedação da

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 307.

⁸² MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 109-110.

decisão surpresa. Resta saber como a jurisprudência irá se posicionar diante da atual legislação processual.

4.5 Tutela cautelar

4.5.1 Autonomia

Sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, a fim de se obter uma tutela cautelar, a parte deveria instaurar um processo específico, o denominado “processo cautelar”, cujo objetivo era garantir o resultado útil do processo dito principal.

Assim, ficou consagrada a autonomia do processo cautelar, sob o comando da legislação revogada, de modo que não se confundia com o processo de conhecimento nem com o processo de execução.

No entanto, Ovídio Baptista da Silva ponderou a respeito essa autonomia:⁸³

A formação de um *tertium genus* com o processo cautelar, sob a alegação de não ser ele um processo de conhecimento, ofende um princípio elementar de lógica, pois não há, nessa operação classificatória, uniformidade de critério para a formação das três espécies em que se pretende dividir o fenômeno jurisdicional [...]. Quando, porém, se passa a conceituar o processo cautelar, de modo a separá-lo do processo de conhecimento, abandona-se o elemento lógico [...], de tal sorte que o processo cautelar passa a ser identificado por seu resultado, e não mais pela natureza da atividade desenvolvida pelo juiz.

O Código de Processo Civil de 2015 retirou a autonomia do processo cautelar, de modo que a parte interessada em obter uma medida cautelar poderá requerê-la em caráter antecedente ou incidental, nos termos do parágrafo único do artigo 294, do referido diploma.

Não resta dúvida de que o legislador de 2015 se afastou da doutrina italiana e se aproximou da doutrina francesa, que não admite processo autônomo para a concessão de tutela de urgência.⁸⁴

O §1º do artigo 308 permite expressamente a possibilidade de se formular o pedido principal conjuntamente com o pedido de tutela cautelar. Com essa previsão, o autor pode formular na petição inicial, desde logo, o pedido principal e o pedido cautelar, evitando-se, assim, a sua formulação apenas após o deferimento da tutela cautelar.

⁸³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v.3, p. 119.

⁸⁴ WAMBIER, Teresa Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; DE MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 572.

As medidas cautelares típicas previstas no artigo 812 e seguintes do Código de Processo Civil de 1973 são apenas mencionadas pelo legislador de 2015, no artigo 301. Significa que a atual legislação processual não regulamenta um procedimento com requisitos específicos para a concessão de cada uma das medidas cautelares ditas “nominadas” ou “típicas”.

Dessa forma, o juiz poderá conceder o arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de proteção contra alienação de bem, com base no poder geral de cautela e observando os mesmos requisitos: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

4.5.2 Instrumentalidade e referibilidade

Sob as diretrizes do princípio da instrumentalidade, afirma-se que o processo cautelar é o instrumento capaz de assegurar o resultado útil do processo principal (seja ele de conhecimento ou de execução), o qual também é instrumento que permite à parte obter o bem da vida discutido na lide.

Há entendimento diverso, no sentido de que a tutela cautelar não pode ser tida como instrumento de outro instrumento, no caso, o processo principal. Em suma, afirma-se que a tutela cautelar é, na realidade, instrumento capaz de conferir segurança à tutela do direito que a parte pretende obter.⁸⁵

A tutela cautelar é concedida diante da mera probabilidade de existência do direito alegado (*fumus boni iuris*), e por esta razão pode ser que nem sempre ela alcance a sua finalidade, qual seja, garantir a efetividade e utilidade do processo principal ou da tutela do direito, conforme o entendimento supracitado.

O juiz, após cognição exauriente, pode chegar à conclusão de que o beneficiado pela tutela cautelar não merece razão no processo principal, de modo que ele não obterá a realização do direito pretendido. Assim, a tutela cautelar confere segurança para uma “eventualidade”: o reconhecimento e a satisfação do direito no processo principal.

Ademais, uma vez concedida a tutela cautelar, existe a possibilidade do réu reconhecer voluntariamente a existência do direito alegado pelo autor ou, ainda, de satisfazê-lo, o que torna a tutela cautelar ineficaz com relação ao processo principal.

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 87.

Dessa forma, percebe-se que, apesar do processo cautelar funcionar como instrumento para a satisfação do direito em sede de processo principal, este nem sempre existirá, razão porque diz-se que a instrumentalidade é “hipotética”.⁸⁶

Cumprе mencionar também outra característica que recai sobre a tutela cautelar: a referibilidade. Diz-se que a tutela cautelar deve sempre se referir a uma provável tutela de direito, isto é, deve existir uma ligação entre a segurança e o direito a ser posteriormente satisfeito. Nesse sentido, afirma Luiz Guilherme Marinoni: “não há tutela cautelar que possa deixar de fazer referência a uma situação substancial tutelável”.⁸⁷

4.5.3 Cautelares típicas e dever geral de cautela

As medidas cautelares expressamente previstas pelo Código de Processo Civil de 1973, eram conhecidas como “cautelares típicas” ou “cautelares nominadas”, dentre elas, o arresto, sequestro, produção antecipada de provas, etc (artigos 813 a 889).

Todavia, a doutrina e a jurisprudência eram unânimes quanto à possibilidade de se conceder “cautelares atípicas”, também denominadas de “cautelares inominadas”, predominando o entendimento de que ao legislador seria impossível prever todas as possíveis situações de perigo que demandariam a concessão de uma tutela cautelar.

Se a função da tutela cautelar é justamente afastar o perigo que recai sobre determinada situação, com base na probabilidade do direito, a ausência de previsão expressa na lei não poderia comprometer a efetividade da tutela jurisdicional. Por esta razão, os artigos 798 e 799 do antigo diploma processual, afirmam que ao juiz é permitido adotar outras “medidas provisórias”, além daquelas descritas em lei, desde que se mostrem capazes de afastar o perigo do caso concreto.

À vista disso, diante de uma situação de perigo não prevista nem regulada pela lei processual, o magistrado poderia determinar outras medidas adequadas e, assim, se consagrou o poder geral de cautela.

Importante salientar que sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, tanto as medidas cautelares típicas quanto as atípicas desempenhavam a mesma função, ou seja, se destinavam a assegurar a efetividade e a utilidade da prestação jurisdicional final. Da

⁸⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 544.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 88.

mesma forma, os requisitos para a concessão eram os mesmos para ambas: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, previstos no artigo 798.

Havia discordância na doutrina e na jurisprudência sobre as dimensões e limites do poder geral de cautela. Destaca-se a discussão acerca da possibilidade de se aplicar uma medida cautelar inominada a uma situação para a qual a lei previa medida cautelar típica. Os professores Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, em obra conjunta, afirmam que, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, mesmo diante dos requisitos e circunstâncias de uma determinada medida cautelar típica, seria perfeitamente possível que o juiz empregasse outra medida que fosse menos gravosa ao réu do processo cautelar.⁸⁸

Para Humberto Theodoro Júnior, os limites que recaem sobre o poder geral de cautela são basicamente a necessidade de ser deferida a medida e a restrição aos contornos da realização do direito que se pretende assegurar.⁸⁹

O Código de Processo Civil de 2015 optou por extinguir os procedimentos cautelares específicos. O artigo 301 do atual Código apenas prevê que a tutela cautelar pode ser efetivada por meio do arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida que seja idônea para assecuração do direito.

O que se percebe é que o legislador de 2015, ao invés de fazer uma mera nomeação de medidas cautelares, preferiu dar prestígio ao “dever-poder geral de cautela”, de modo que submeteu todas as medidas de natureza cautelar aos mesmos requisitos: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Todavia, já há na doutrina divergência e muitas críticas à opção do legislador em mencionar algumas medidas cautelares típicas, apesar de não mais terem um procedimento específico regulado pelo Código. O presente trabalho segue a linha de entendimento segundo a qual a solução para a questão será recorrer ao Código de Processo Civil de 1973, no intuito de entender melhor cada uma dessas medidas cautelares.⁹⁰

Nesse sentido, pode-se afirmar o seguinte:⁹¹

⁸⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 3, p. 74.

⁸⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 49. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. II. p. 551.

⁹⁰ WAMBIER, Teresa Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; DE MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 555.

⁹¹ WAMBIER, Teresa Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; DE MELLO, Rogério Licastro Torres. loc. cit.

Resumidamente, pode-se dizer que o arresto é a apreensão judicial de bens para garantir uma futura execução por quantia. O sequestro caracteriza-se pela apreensão de coisa determinada e individualizada, sobre a qual pende um litígio, visando a assegurar sua entrega ao vencedor; visa a garantir, portanto, uma execução de entrega de coisa. O arrolamento consiste na descrição e indicação de bens, visando a evitar sua dissipação durante o processo. O protesto contra alienação de bens visa a tornar inequívoco que o autor está em desacordo com a alienação de bens de outrem, alegando ter algum tipo de direito ou preferência.

Cassio Scarpinella Bueno aborda o tema das cautelares inominadas da seguinte forma:⁹²

O emprego da expressão “dever-poder-geral” no lugar do mais comum “poder-geral” [...] no intuito de frisar a ideia da concepção de que o magistrado exerce *função jurisdicional* que, de acordo com o modelo de Estado criado pela Constituição Federal de 1988, merece ser compreendida como a síntese das finalidades a serem atingidas (“dever”) mediante os meios adequados e próprios para tanto (“poder”). Só há, destarte, “poder” enquanto vocacionado ao atingimento de um “dever”.

Aliás, até mesmo sob o comando do Código de Processo Civil de 1973, muitos doutrinadores defendiam não ser adequado usar a expressão “poder geral”, pois a expressão carrega certo conteúdo de discricionariedade, o que não condiz com a atividade jurisdicional.⁹³

De qualquer forma, importante mencionar a conclusão do Enunciado 31 do Fórum Permanente de Processualistas: “O poder geral de cautela está mantido no CPC”.

4.5.4 Tutela cautelar antecedente

4.5.4.1 Procedimento

Os procedimentos do pedido de tutela cautelar em caráter antecedente estão disciplinados nos artigos 305 a 310 do Código de Processo Civil de 2015. Percebe-se que o legislador optou por delinear um procedimento para a hipótese de acolhimento da tutela cautelar, e outro procedimento para a hipótese de rejeição do pedido.

Caso o juiz entenda pela concessão da tutela cautelar, seguida de sua efetivação, o requerente deverá aditar a petição inicial, em 30 (trinta) dias, a fim de elaborar o seu pedido

⁹² BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 263.

⁹³ THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinicíus Ferreira. Dever-geral de cautela no CPC/2015. In: **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. DIDIER JR., Fredie (Coord). 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 226.

principal. Após o aditamento, o processo seguirá o rito comum (artigo 308 do atual Código de Processo Civil).

Sendo indeferido o pedido de tutela cautelar, o autor não estará impedido de formular o pedido principal, a não ser que o indeferimento tenha sido motivado pelo reconhecimento de prescrição ou decadência (artigo 310).

O artigo 305 da atual legislação processual dispõe sobre o conteúdo da petição inicial em que o autor requer tutela cautelar antecedente. Basicamente, além dos requisitos do artigo 319, exigidos para toda e qualquer petição inicial, o autor deverá indicar “a lide e seu fundamento” (objeto da ação principal), “a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar” (demonstração do *fumus boni iuris*) e “o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (demonstração do *periculum in mora*).

Note-se que o parágrafo único do artigo 305 prevê expressamente a fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada. Ao receber o pedido de tutela cautelar antecedente, o juiz pode entender se tratar de hipótese de antecipação de tutela, de modo que observará o procedimento dessa tutela de urgência, nos termos do artigo 303 do Código de Processo Civil.

O presente trabalho entende que a fungibilidade é de mão dupla, isto é, o juiz pode converter a tutela cautelar inadequada em tutela antecipada e tutela antecipada inadequada em tutela cautelar, já que ambas se submetem aos mesmos requisitos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) e principalmente porque a preocupação com a técnica a ser utilizada não pode ser maior do que a tutela da situação de urgência.

Importante salientar que o legislador de 2015 foi omissivo com relação à indicação do valor da causa para o pedido de tutela cautelar antecedente. Evidente que, por se tratar de uma petição inicial, é necessário indicar o valor da causa, que seguirá a regra disposta no artigo 291 do atual Código de Processo Civil.

Sobre o tema, importante mencionar divergência na doutrina, desde a vigência do Código de Processo Civil de 1973. Humberto Theodoro Júnior, por exemplo, defende que o valor da causa do pedido de tutela cautelar deve “corresponder tanto quanto possível ao valor da causa principal”⁹⁴. De outro lado, Daniel Amorim Assumpção Neves entende que não há vinculação necessária entre o valor da causa do pedido cautelar e do pedido principal, pois os bens da vida postulados são distintos.⁹⁵

⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 49. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. II. p. 567.

⁹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 547.

Neste aspecto, importa analisar o disposto no *caput* do artigo 308 do Código de Processo Civil, o qual prevê que, no prazo de 30 (trinta) dias da efetivação da tutela cautelar, o autor deve formular o pedido principal nos mesmos autos e independentemente de adiantamento de novas custas. A princípio, essa regra se encaixa com o entendimento de que o valor do pedido cautelar deve corresponder ao valor do pedido principal.

O presente trabalho já expôs que, em sede de tutela antecipada antecedente, o valor da causa deve levar em consideração o pedido de tutela final (§4º do artigo 303). Com base nesse dispositivo e por meio da analogia, há quem entenda ser esta a melhor solução para a omissão legislativa quanto ao valor da causa na tutela cautelar antecedente. Assim, seria mais adequado conferir o valor do pedido principal ao pedido cautelar, de modo a dar sentido à dispensa de adiantamento de custas quando da conversão do pedido cautelar em processo principal.⁹⁶

Nesse trabalho defende-se que diante da possível e esperada conversão do pedido cautelar em pedido principal, como dispõe o artigo 308 do Código de Processo Civil, o requerente deve fixar o valor da causa, desde o início, com base no pedido principal.

Além disso, importante notar que o atual Código de Processo Civil não prevê a possibilidade do juiz conceder a tutela cautelar *inaudita altera parte*. Nos termos do artigo 306 o réu será citado para, em 5 (cinco) dias, apresentar contestação e indicar as provas que pretende produzir. No entanto, entende-se que diante de situações de extrema necessidade, a tutela cautelar pode ser concedida antes da ouvida do réu, no intuito de garantir efetividade à tutela jurisdicional.

Uma vez apresentada a contestação no prazo legal, o parágrafo único do artigo 307 prevê que o pedido cautelar seguirá o procedimento comum. Aqui, vale lembrar que na hipótese da tutela cautelar ser concedida *inaudita altera parte*, a ação principal acaba sendo proposta antes que o pedido cautelar seja julgado. Apesar do procedimento ser único para regular o pedido cautelar e o pedido principal, não se pode perder de vista a ordem de julgamento. O juiz deve analisar o pedido de tutela cautelar antes, tendo em vista que sobre esse pedido recai a cognição sumária e, sobre o pedido principal, recai a cognição exauriente.

Apesar de ser citado para contestar, o réu tem ao seu dispor a arguição de incompetência ou suspeição do magistrado, conforme dispõe os artigos 144 a 146 do Código de Processo Civil. Essas petições também podem ser apresentadas no momento de se contestar o pedido principal.

⁹⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do Novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 409-410.

Entende-se que somente a reconvenção não é cabível em sede de tutela cautelar, em razão da demora que recai sobre essa ação. Ademais, todas as defesas de mérito (acerca da probabilidade do direito e do perigo de dano) e processuais (preliminares que obstem a apreciação do mérito) podem ser relacionadas na contestação.⁹⁷

O artigo 307 do Código de Processo Civil prevê que “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”. O instituto da revelia está previsto nos artigos 344 e 346 do mesmo diploma e tem como efeito a presunção de veracidade dos fatos alegados dentro do pedido de tutela cautelar.

A decretação de revelia com a presunção de veracidade dos fatos constitui hipótese de julgamento antecipado do mérito, nos termos do artigo 355 do Código de Processo Civil.

Também vale destacar que o réu pode reconhecer a procedência do pedido cautelar, em se tratando de direito disponível. Este reconhecimento do requerido vincula o juiz, de modo que deve julgar procedente o pedido cautelar e fixar prazo para que o réu elimine a situação de perigo, sob pena de designar a efetivação da tutela cautelar que fora reconhecida.⁹⁸

Com relação à instrução probatória, cabe ressaltar que ao réu é permitido requerer a produção de provas que julgar convenientes para convencer o juiz a não conceder a tutela cautelar. Se esta tutela de urgência é julgada por meio de cognição sumária, não há necessidade de se produzir provas extremamente elaboradas, já que a discussão encontra-se no âmbito da probabilidade do direito invocado pelo autor. Dessa forma, apesar do artigo 306 do Código de Processo Civil de 2015 não traçar limites às provas, entende-se que elas devem guardar harmonia com o juízo de probabilidade e com a urgência que recai sobre a situação colocada em discussão.

No caso de efetivação da tutela cautelar, o autor deverá observar o prazo legal para converter o pedido cautelar em pedido principal, sendo este último o processo em que o juiz proferirá uma sentença a fim de conceder a tutela definitiva. Quando do indeferimento da tutela cautelar, o processo seguirá como processo cautelar e também será sentenciado.

Predomina na doutrina o entendimento de que há mérito no processo cautelar, de modo que haverá sentença de mérito (artigo 487, I), na hipótese de acolhimento ou rejeição

⁹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 549.

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 258.

do pedido do autor. Todavia, há quem entenda pela ausência de mérito da decisão que julga o pedido cautelar, pois o processo cautelar não se destina a solucionar a lide.⁹⁹

Nesse diapasão, evidente que para aqueles que negam o mérito da sentença proferida no âmbito do processo cautelar, não há que se falar em coisa julgada material da sentença.

Outra parcela da doutrina entende que há um direito substancial à cautela, mas a sentença cautelar é incapaz de produzir coisa julgada material, já que não tem por finalidade produzir “definitividade”. Assim, considerando que o juiz julga o pedido cautelar com base na probabilidade do direito, ele não alcança o juízo de certeza que é necessário para se declarar um direito e formar coisa julgada material.¹⁰⁰

Com efeito, aqueles que negam a produção de coisa julgada material pela sentença que julga o pedido cautelar, se baseiam na provisoriedade da medida, que somente subsistirá enquanto houver perigo sobre a situação colocada perante o órgão jurisdicional.

A parcela da doutrina que entende haver mérito na sentença cautelar não é unânime a respeito de sua natureza. Afirma Ovídio A. Baptista da Silva:¹⁰¹

O conteúdo, portanto, da sentença cautelar será formado, no mínimo, por estes dois elementos: a ordem, eficácia mandamental, e, em dose menos intensa, a declaração, que estará invariavelmente presente como parte de seu conteúdo, porém em dose menos intensa, ou mais rarefeita, posto que o juiz nada declara com força de coisa julgada, uma vez que seu julgamento baseia-se em juízo de simples verossimilhança do direito invocado pelo autor”.

Para outros, a natureza da sentença cautelar dependerá da espécie de cautelar concedida pelo juiz, podendo ser declaratória, constitutiva ou condenatória.¹⁰²

Salienta-se que o artigo 310 do Código de Processo Civil prevê que ao juiz é permitido reconhecer a prescrição e decadência no âmbito da tutela cautelar, quando alcança convencimento de certeza e não apenas de probabilidade. Essa sentença de mérito é capaz de gerar coisa julgada material, de modo a impedir que o processo principal seja proposto.

Não resta dúvida de que a sentença proferida no âmbito de processo cautelar terá a sua satisfação no próprio processo, como mera fase procedimental. Em outras palavras,

⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 49. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. II. p. 579.

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 260-261.

¹⁰¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v.3, p. 187.

¹⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto. op. cit., p. 579-580.

independe de processo de execução autônomo e não se admite embargos à execução quando da satisfação da tutela cautelar.

Finalmente, ao julgar o pedido cautelar, o juiz deve condenar o vencido ao pagamento das verbas de sucumbência, tendo em vista que há litigiosidade no processo cautelar.¹⁰³

4.5.5 Pedido cautelar e pedido principal

Sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973 o autor deveria propor ação cautelar e, em seguida, a denominada ação principal, conforme o artigo 806 do referido diploma. Sob o comando do Código de Processo Civil de 2015, o autor propõe a ação cautelar e depois, no próprio processo, propõe a ação principal, nos termos do *caput* do artigo 308.

Importante ressaltar que são duas ações, cada qual com seu pedido e causa de pedir. Sabe-se que por meio da ação cautelar o autor visa garantir a tutela conservativa, ao passo que na ação principal, o requerente busca a tutela do direito material.

Como já afirmado neste trabalho, o artigo 308, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015 prevê que, uma vez efetivada a tutela cautelar requerida de forma antecedente, o autor deverá formular o pedido principal no prazo de 30 (trinta) dias, nos mesmos autos em que foi pleiteada e deferida a tutela cautelar.

Cumpre mencionar que à época do Código de Processo Civil de 1973, havia controvérsia quanto à natureza do prazo. Parte da doutrina entendia se tratar de prazo decadencial¹⁰⁴, enquanto outra parcela afirmava se tratar de prazo passível de ser suspenso ou interrompido.¹⁰⁵

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni entende que o prazo de 30 (trinta) dias deve ser suspenso nas seguintes hipóteses previstas no artigo 313 do diploma processual de 2015: i) diante da morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, represente legal ou de seu procurador; ii) mediante convenção das partes e iii) por motivo de força maior.¹⁰⁶

¹⁰³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 550.

¹⁰⁴ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Código de processo civil anotado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 594.

¹⁰⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do Processo Cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 202.

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 267.

Esse trabalho, entende que se o autor não elaborar o pedido principal no prazo de 30 (trinta) dias, opera-se a decadência com relação apenas ao direito à cautela, pois a parte ainda poderá propor ação principal para pleitear eventual direito que não tenha sido extinto.

Ao promover a conversão do pedido cautelar em principal, a causa de pedir poderá ser aditada, nos termos do §2º do artigo 308. De fato, seria inadequado exigir que o autor, ao formular pedido cautelar antecedente, desenvolvesse todos os fundamentos do futuro pedido principal.

O §3º do artigo 308 do Código de Processo Civil de 2015, afirma que após a apresentação do pedido principal, as partes deverão ser intimadas para comparecer a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do artigo 334, dispensada nova citação do réu. Acrescenta o §4º do mesmo dispositivo, que não havendo autocomposição, inicia-se o prazo para o réu apresentar contestação, na forma do artigo 335.

Outrossim, vale consignar que enquanto a tutela cautelar não for devidamente cumprida, o procedimento cautelar deve seguir normalmente, conforme regras dispostas nos artigos 305 a 307 do Código de Processo Civil.

4.5.6 Cessação da eficácia da tutela cautelar

O artigo 309 do Código de Processo Civil prevê 3 (três) hipóteses de cessação da eficácia da tutela cautelar.

De acordo com o inciso I do artigo 309, a tutela cautelar efetivada perderá sua eficácia caso o autor não converta o pedido cautelar em pedido principal, no prazo fixado pelo artigo 308. Esta regra aplica-se às medidas cautelares concedidas em caráter antecedente e além da cessação da eficácia da medida, o autor será responsabilizado por danos causados à parte adversa, nos termos do artigo 302 do Código de Processo Civil.

Vale dizer, que apesar da cessação da eficácia da medida cautelar efetivada, o processo principal não será extinto, devendo seguir para análise do processo principal.

Em se tratando de tutela cautelar concedida, mas não efetivada no prazo de 30 (trinta) dias, o legislador também impõe a cessação da medida. Note-se que o Código de Processo Civil de 1973 trazia previsão semelhante e muitas discussões surgiram a respeito do tema.

Contrário à regra da revogada lei processual, afirma Humberto Theodoro Júnior: “sem o ato executório não se pode cogitar, em hipótese alguma, da responsabilidade civil em

questão, já que o próprio texto do *caput* do art. 811 fala em responsabilidade do requerente perante o requerido, ‘pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida’¹⁰⁷.

De qualquer forma, o atual Código de Processo Civil manteve a regra pela qual a decisão que concede medida cautelar perde sua eficácia quando a medida não for efetivada e também se responsabiliza o beneficiado pela concessão da tutela cautelar, que não adota as providências necessárias para a sua adequada execução (artigo 302, III). Todavia, sendo alheios os fatos que impedem o autor de executar a medida concedida dentro do prazo de 30 (trinta) dias, entende-se que neste caso não há que se falar cessação da medida nem em responsabilização em favor da parte contrária.

O inciso III do artigo 309 dispõe que se o juiz julgar improcedente o pedido principal ou extinguir o processo sem resolução do mérito, também ocorrerá a cessação da eficácia da medida cautelar deferida. Essa regra se aplica somente no caso de não haver confirmação da tutela cautelar no momento em que o juiz analisa o pedido principal, o qual versa sobre a tutela definitiva. Assim, entendendo o juiz que a parte não tinha direito (seja pela improcedência, seja pela falta de mérito), a medida cautelar perde sua eficácia e incidirá sobre o autor a regra da responsabilidade.

Além dessas três hipóteses legais, pode-se afirmar que haverá cessação da eficácia da medida cautelar, caso o quadro fático ou probatório à época da concessão, seja alterado.¹⁰⁸

Finalmente, o parágrafo único do artigo 309 prevê que “se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento”. Isto significa que, uma vez cessada a eficácia da medida cautelar, o autor não poderá requerer a mesma tutela, salvo se diante de nova causa de pedir. Por certo, apesar do pedido cautelar não produzir coisa julgada material, o juiz não pode julgar novamente o mesmo pedido, conforme dispõe o artigo 505.

4.6 Efetivação da tutela de urgência

Nos termos do *caput*, do artigo 297, do Código de Processo Civil de 2015, o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória.

¹⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 49. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. II. p. 559 – 600.

¹⁰⁸ WAMBIER, Teresa Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; DE MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 574.

Constata-se que o legislador de 2015 manteve a tradição do Código de Processo Civil de 1973, ao prever a “efetivação” da tutela provisória e não a “execução” da decisão concessiva de tutela de provisória.

Nesse sentido, cabe ao juiz determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória, com base nas especificidades do caso concreto, ou seja, deve ser levada em conta a natureza do objeto da tutela antecipada, bem como própria situação de urgência.

O parágrafo único do artigo 297 prevê que a efetivação da tutela provisória observará as regras concernentes ao cumprimento provisório de sentença, no que couber.

Como bem aponta Luiz Guilherme Marinoni, a provisoriedade está no título, razão porque pode existir execução completa e execução incompleta fundadas em título provisório:¹⁰⁹

O título é provisório por ser fundado em cognição não definitiva, razão pela qual é possível falar de execução, completa ou incompleta, fundada em título provisório ou de execução fundada em cognição não definitiva, bastando lembrar, para demonstrar o equívoco da doutrina tradicional, que a chamada execução provisória do despejo sempre foi uma execução completa fundada em cognição exauriente, mas não definitiva.

Assim, entende-se que a provisoriedade indica que a execução não é definitiva, isto é, não há coisa julgada material. Por isso, a execução provisória pode ser completa ou incompleta.

Como já afirmado neste trabalho, a tutela antecipada é a espécie de tutela de urgência capaz de produzir os efeitos jurídicos que somente viriam ao final, após cognição exauriente. Em vista do perigo de dano e da probabilidade de existência do direito alegado, o juiz pode conceder a tutela antecipada, que permitirá a realização do direito do autor.

Sob o comando do Código de Processo Civil de 2015, esse trabalho entende que a decisão que concede a tutela antecipada promove a realização integral do direito. Em outras palavras, defende-se que é possível se falar em execução completa, apesar de se tratar de uma decisão proferida com base em cognição sumária (não definitiva).

Considerando as especificidades da efetivação da tutela de urgência, incabível o uso da “impugnação”, prevista pelo §1º, do artigo 525, do Código de Processo Civil de 2015. Todavia, a tutela de urgência pode ser suspensa ou limitada, com base no inciso I, do artigo 1.019, do mesmo diploma, por meio da atribuição de efeito suspensivo ao recurso. Assim,

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 165.

diante da concessão de tutela de urgência, a parte adversa poderá interpor recurso de agravo de instrumento e requerer ao relator que seja conferida a suspensão dos efeitos da decisão. Ademais, caso a tutela antecipada promova a constrição indevida de bem de terceiro, são cabíveis os embargos de terceiro.¹¹⁰

Se a tutela de urgência concedida impor obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa, aplicar-se-á os meios executivos previstos do artigo 536 ao 538 do Código de Processo Civil de 2015.

Relativamente à tutela antecipada que determina o pagamento de soma em dinheiro, as três modalidades de execução podem ser utilizadas: (i) expropriação; (ii) meios executivos definidos para a execução de alimentos de direito de família; (iii) execução sob pena de multa, pois se a antecipação de soma for imprescindível, não pode ficar na dependência da execução por expropriação, uma vez que essa “modalidade executiva nem sempre permite uma execução tempestiva e, assim, capaz de responder aos motivos que legitimam a própria concessão da tutela antecipada”.¹¹¹

Por fim, sob o comando do Código de Processo Civil de 2015, deve o operador do direito compatibilizar a efetivação da tutela de urgência com o disposto no artigo 797, que garante que a execução deve ser realizada no interesse do exequente, e também com a previsão do artigo 805, que assegura a escolha do meio executivo menos gravoso ao executado.

4.7 Tutela de urgência nos tribunais

Pode-se constatar que o aumento da tramitação de tutelas de urgência nos tribunais corresponde à ampliação do uso dessas tutelas na primeira instância, tendo em vista que concedida ou não em primeiro grau, a parte poderá manejar recurso contra essa decisão. Busca-se em fase recursal a suspensão da tutela de urgência que fora concedida pelo juiz de primeiro grau ou a concessão da mesma tutela, quando indeferida pelo juízo inferior.

Importante acrescentar que, em segunda instância, o escopo das tutelas de urgência é o adiantamento dos efeitos práticos da decisão final, diante da existência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 169.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 171.

Para tanto, julga-se importante delinear o tratamento do tema pelo Código de Processo Civil de 1973 e pela atual legislação processual, de modo a apreciar o regime de competência para a análise das tutelas cautelar e antecipada que forem requeridas em sede recursal.

Sabe-se que o juízo competente para apreciar o pedido de tutela de urgência durante o processamento da ação em primeira instância, é aquele que tem a competência de julgar a lide. Com relação aos recursos, o juízo competente para apreciar a tutela de urgência é aquele que julgará o mérito do recurso, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 299 do Código de Processo Civil de 2015.

Por força do artigo 932, inciso II do atual Código de Processo Civil, o relator do recurso será competente para apreciar o pedido de tutela provisória, considerando que o recurso tenha sido interposto no próprio órgão que procederá ao seu julgamento. O Código anterior trazia semelhante previsão no artigo 558.

Todavia, existe a possibilidade do recurso não ser interposto no próprio órgão competente para o seu julgamento. Esse recurso pode apresentado perante o órgão *a quo*, isto é, aquele que proferiu a decisão da qual a parte recorre, mas será julgado pelo órgão *ad quem*. Diante disso, levanta-se a indagação de qual juízo seria competente para apreciar os pedidos tutela de urgência.

O artigo 558 do Código de Processo Civil de 1973 previa a competência do relator para suspender o cumprimento do provimento agravado ou conceder a medida indeferida pela decisão agravada, até que a turma ou câmara decidissem definitivamente o mérito do recurso. Por meio de interpretação sistemática e teleológica, o referido dispositivo passou a ser observado no âmbito do artigo 527, inciso III, segundo o qual o relator do agravo de instrumento tem competência para atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir a pretensão recursal por meio de antecipação de tutela.¹¹²

Acrescenta-se que apesar do artigo 558 se referir ao agravo de instrumento, o parágrafo único do dispositivo estendia a regra para o recurso de apelação, a fim de se conceder tutela de urgência.

O artigo 518 da revogada legislação processual previa que o juiz de primeiro grau decidiria a respeito dos efeitos que recairiam sobre o recurso de apelação, mas a verdade é que este dispositivo passou a ser aplicado também aos demais recursos sujeitos ao duplo juízo de admissibilidade. Em oposição, havia o entendimento de que a competência para conceder

¹¹² ZAVASCKI, Teoria Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 146.

tutela cautelar e tutela antecipada pertencem somente ao órgão julgador do recurso, ainda que este se encontrasse na primeira instância para análise de admissibilidade recursal.¹¹³

Considerando preponderantemente o cerne da medida – perigo de dano ou de risco à efetividade da tutela jurisdicional – percebe-se que a doutrina majoritária entendeu, sob o comando do Código de Processo Civil de 1973, que tanto o órgão recorrido, quanto o órgão recorrente poderiam fazer a apreciação de tutela de urgência, na hipótese de duplo juízo de admissibilidade do recurso.

Teori Albino Zavascki defendia o cabimento de mandado de segurança para se obter a antecipação da tutela recursal, com relação aos recursos ordinários. Identificou em sua doutrina que, em relação ao recurso especial e ao extraordinário, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça conduz a parte a fazer pedido de “medida cautelar”, através de simples petição. Ademais, em sua percepção, enquanto o recurso estivesse no juízo recorrido para fins de juízo de admissibilidade, o pedido de antecipação de tutela poderia ser apreciado nesta instância.¹¹⁴

É cediço que na doutrina existe entendimento negando o cabimento de pedido de antecipação de tutela em sede de recurso especial e extraordinário, pois nestas instâncias o julgador não faz análise de fatos a fim de confirmar a existência de perigo de dano.¹¹⁵

O presente trabalho discorda do entendimento acima exposto, pois a vedação de análise fática recai somente sobre o julgamento dos recursos excepcionais, sendo que é plenamente possível ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça analisarem os fatos acerca do risco de dano ao bem da vida e a conceder tutelas de urgência no intuito de garantir a efetividade da tutela jurisdicional.

Importa mencionar as Súmulas 634 e 635, editadas pelo Supremo Tribunal Federal, a respeito da possibilidade de ser concedida uma tutela de urgência pelo órgão perante o qual é interposto o recurso.¹¹⁶

Relativamente ao Código de Processo Civil de 2015, pode-se observar o seguinte: quando de sua aprovação, o legislador optou pela retirada do juízo duplo de admissibilidade

¹¹³ MELLO, Rogério Licastro. A competência para apreciação de tutelas provisórias nos recursos. In: **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 315.

¹¹⁴ ZAVASCKI, Teoria Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 163.

¹¹⁵ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 157-158.

¹¹⁶ **Súmula 634**: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem”.

Súmula 635: “Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade”.

de todos os recursos, isto é, o denominado órgão *a quo* não mais procederá à análise dos requisitos de admissibilidade do recurso interposto contra sua decisão. Por esta razão, toda e qualquer tutela de urgência deveria ser requerida ao órgão competente para julgar o recurso interposto, de modo que as Súmulas 634 e 635 acima mencionadas perderam sua justificativa.

Todavia, durante o período de *vacatio legis* da nova lei processual, foi promulgada a Lei 13.256/2016, responsável por resgatar o duplo juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário. Desse modo, retoma-se a possibilidade de a tutela de urgência ser requerida tanto perante o órgão em que é interposto o recurso, quanto o órgão competente para a sua apreciação.

Dada a retomada do juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, o teor das Súmulas 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal, passa a ser confirmado pelo artigo 1.029, §5º, inciso III do atual Código de Processo Civil.

Assim, inegável o cabimento de pedido de tutelas de urgência em sede recursal, diante do preenchimento dos pressupostos legais para sua concessão e com o objetivo de evitar o perecimento do direito, bem como de afastar o risco de inutilidade da tutela jurisdicional.

4.8 Tutela de urgência incidental

Nos termos do parágrafo único do artigo 294 do atual Código de Processo Civil, tanto a tutela cautelar como a tutela antecipada podem ser requeridas em caráter antecedente ou incidental.

O Código de Processo Civil de 1973 previa que a tutela cautelar poderia ser requerida em caráter antecedente (cautelar preparatória) ou incidental (no curso do processo principal). No que tange à tutela antecipada, o legislador de 1973 admitia seu requerimento apenas em caráter incidental.

Com efeito, o atual Código de Processo Civil inovou e permitiu que a tutela antecipada seja requerida em caráter antecedente, através de petição com simples “indicação do pedido de tutela final”, como dispõe o artigo 303, *caput*. Destaca-se que o legislador de 2015 não criou um procedimento autônomo para a obtenção de tutela antecipada e outro procedimento para obtenção da tutela definitiva. Logo, sendo concedida a tutela antecipada em caráter antecedente, a lei processual exige que o autor promova o aditamento da inicial, a fim de complementar sua argumentação, juntar novos documentos e confirmar o pedido de tutela final (§1º, inciso I, artigo 303).

O §2º do artigo 300 dispõe que a tutela de urgência (cautelar e antecipada) podem ser concedidas liminarmente ou após justificção prévia. A doutrina vem entendendo acertadamente que a possibilidade de se conceder uma tutela de urgência antes da citação do réu não constitui ofensa ao princípio do contraditório, pois ele apenas será diferido no tempo, como se pode observar no inciso I, do parágrafo único, do artigo 9º do atual Código de Processo Civil.

É plenamente possível se postergar o contraditório quando se está diante de dano prestes a se concretizar ou, ainda, quando o conhecimento do réu possa levá-lo a frustrar a execução da tutela de urgência concedida. Dito de forma diferente, a concessão de tutela de urgência *inaudita altera parte* somente se justifica em situações de extrema necessidade e urgência.¹¹⁷

Parece indiscutível que sendo plenamente possível promover a citação do réu e esperar o seu pronunciamento no processo, sem que isso acarrete prejuízo ao autor, que a tutela de urgência seja concedida após a realização do contraditório.

Considerando que o juiz forma a sua convicção segundo os fundamentos expostos pelo autor, é possível que haja necessidade de justificção prévia antes da concessão da tutela de urgência requerida.

Se a situação for de extrema urgência, a justificção pode ocorrer sem a presença do réu. Do contrário, quando não houver perigo de inutilidade da tutela de urgência, o réu deverá ser convocado para a justificção prévia.

Por certo, a justificção prévia tem a finalidade de permitir que o juiz esclareça a situação fática que gera a necessidade de se pleitear uma tutela de urgência. Assim, cabe ao requerente da tutela de urgência demonstrar ao juiz que todos os requisitos para a obtenção da tutela estão presentes no caso concreto.

Durante a justificção, o réu não pode deduzir matéria de defesa nem requerer a produção de provas, podendo apenas contraditar eventuais testemunhas presentes e questionar a idoneidade do especialista.¹¹⁸

Desse modo, conclui-se que as duas espécies de tutela de urgência podem ser concedidas incidentalmente, ou seja, no curso de um processo de conhecimento ou de execução, sendo suficiente que a parte interessada apresente petição fundamentada e

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 134.

¹¹⁸ Ibid., p. 137.

demonstre o preenchimento dos requisitos legais (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), sendo dispensado o pagamento de custas (artigo 295).

5 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA SATISFATIVA ANTECEDENTE

5.1 Conceito e objeto da estabilização

É possível afirmar que a estabilização é uma técnica processual inovadora no direito brasileiro, cujos contornos têm inspiração no direito francês (procedimentos *de référé* e *sur requête*) e no direito italiano (*provvedimenti d'urgenza*).¹¹⁹

O Instituto Brasileiro de Direito Processual promoveu no ano de 2003 um trabalho em grupo no intuito de estudar alterações para a tutela antecipada. Uma comissão foi constituída e depois de muitos estudos e discussões, surgiu a proposta para se permitir a estabilização da tutela antecipada. Em síntese, a proposta era de tornar “definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória”, diante da ausência de interesse das partes em instaurar ou dar prosseguimento ao processo.¹²⁰

Constou do Projeto de Lei nº 186/2005, a possibilidade da estabilização recair tanto sobre a tutela antecipada concedida de forma antecedente, quanto incidental. Ademais, a proposta brasileira se afastou da legislação estrangeira ao conferir definitividade e imutabilidade (coisa julgada) à decisão proferida por meio de cognição sumária, o que levou à admissão de ação rescisória contra a decisão¹²¹. Todavia, ressalta-se que esse projeto de lei não foi aprovado e a atual legislação processual brasileira disciplina a estabilização de maneira diversa.

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 304, disciplina a estabilização da tutela antecipada, cujo objetivo é tornar facultativo o exercício da cognição exauriente, diante da inércia do réu. Assim, esta técnica processual abrevia tanto a cognição, quanto o procedimento e permite o aprimoramento da prestação da tutela jurisdicional.

Cabe a este trabalho analisar o objeto da estabilização: trata-se de estabilização de tutela antecipada ou de tutela provisória? Seguindo a literalidade do artigo 304, a estabilização recai somente sobre a tutela antecipada, não sendo aplicável, portanto, à tutela cautelar e à tutela de evidência.

Considerando a natureza da tutela cautelar (meramente conservativa), o legislador de 2015 optou corretamente por excluí-la do âmbito da estabilização. Este trabalho entende

¹¹⁹ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 146-147.

¹²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. In: **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Coord). São Paulo: DPJ, 2005, p. 661.

¹²¹ Ibid., p. 667.

que a tutela cautelar visa à segurança da tutela definitiva, guardando uma acessoriedade, o que justifica a inaplicabilidade da técnica da estabilização.

Ainda nesse contexto, convém mencionar posição doutrinária que defende a aplicabilidade da estabilização à tutela de evidência. Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello, em obra conjunta, afirmam:¹²²

Na tutela de evidência, em razão da grande probabilidade do direito em favor do autor, também deve ser permitida a técnica da estabilização, evitando-se com isso o prosseguimento do processo, caso não haja um recurso contra a decisão que a concede. Por tais razões, percebe-se que, a nosso ver, o legislador escreveu menos do que queria dizer (*minus scripsit voluit*).

Com todo respeito, esse trabalho defende a inaplicabilidade da estabilização à tutela de evidência, considerando a omissão legislativa para esta espécie de tutela provisória. Ainda que a tutela de evidência seja capaz de tutelar o direito da parte, da mesma forma como a tutela antecipada, não nos parece adequado conferir estabilidade à uma decisão, sem expressa previsão legal neste sentido.

Note-se que a técnica da estabilização encontra-se disciplinada no Capítulo II, Título I, Livro V, referente à tutela antecipada concedida em caráter antecedente. Assim, defende-se que essa técnica não pode ser aplicada à tutela antecipada concedida de forma incidental.

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga, em obra conjunta, afirmam que somente a decisão que concede a tutela antecipada na forma antecedente, conforme o artigo 303 do Código de Processo Civil, tem aptidão para estabilizar-se.¹²³

Para Luiz Guilherme Marinoni, admitir a aplicação da estabilização somente à tutela antecipada antecedente “retiraria a coerência da estabilização da tutela ou, pior do que isso, estimularia o autor a fingir que não possui documentos e oportunidade para desenvolver adequadamente a causa de pedir da ação apenas para requerer a tutela na forma antecedente”.

124

¹²² WAMBIER, Teresa Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; DE MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 565.

¹²³ DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito provatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2, p. 606.

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 235.

Em sentido parecido, Daniel Amorim Assumpção Neves afirma:¹²⁵

Entendo que a solução dependerá do momento da concessão da tutela antecipada de forma incidental. Sendo a concessão *inaudita altera partes*, parece realmente viável a estabilização nos termos do *caput* do artigo 304 do Novo CPC, porque apesar de nesse caso já existir o processo principal, há uma nítida proximidade com a concessão antecedente. O mesmo não se pode dizer diante de uma concessão de tutela antecipada após a citação do réu, ou seja, depois de já formada a relação jurídica processual tríplice, e da apresentação de sua defesa. Entendo que nesse caso o processo principal não pode ser extinto sem resolução do mérito diante de uma suposta estabilização da tutela antecipada, até porque nesse caso o réu já terá se insurgido contra a pretensão do autor.

Além disso, julga-se importante analisar a situação em que a tutela antecipada antecedente é concedida parcialmente. Uma vez estabilizada apenas uma parte da tutela antecipada, o juiz não pode extinguir todo o processo, já que o autor pode ter o interesse de prosseguir com o processo, visando alcançar a parcela da tutela indeferida inicialmente.

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni aponta que a parcela da tutela antecipada concedida se estabiliza diante da inércia do réu e não poderá ser discutida dentro do processo, que seguirá para ampliar a cognição da parte que não foi deferida. A única forma de rever a parcela da decisão estabilizada é por meio da ação prevista no §2º do artigo 304 do Código de Processo Civil.¹²⁶

Há quem entenda que não é possível ocorrer a estabilização da tutela antecipada parcial, justificando que nessa hipótese haverá confusão procedimental e prejuízo à economia processual, pois o melhor seria decidir todo o mérito com cognição exauriente, promovida pelo prosseguimento do processo.¹²⁷

Pelo exposto, o presente trabalho entende que, de acordo com a literalidade da lei (artigo 304), a estabilização é uma técnica processual, cujo objeto é a tutela antecipada concedida em caráter antecedente, que visa conceder estabilidade à tutela antecipada concedida e não recorrida.

5.2 Requisitos e procedimento

¹²⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 523.

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 237.

¹²⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. loc. cit.

Para melhor compreensão dos requisitos para obtenção da estabilização, bem como de seu procedimento, imprescindível analisar conjuntamente os artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil de 2015.

Analisando os referidos dispositivos pode-se identificar os seguintes requisitos para a aplicabilidade da técnica da estabilização: a) concessão da tutela antecipada em caráter antecedente; b) que o autor tenha manifestado interesse pela aplicação da técnica; c) ausência de recurso do réu contra a decisão que concede a tutela antecipada.

Como já mencionado no presente trabalho, o artigo 303 permite ao autor, elaborar petição inicial com pedido de tutela antecipada e a simples indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se pretende alcançar e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. O §5º do mesmo dispositivo impõe que o autor indique expressamente se pretende valer-se do benefício previsto no *caput*.

Dessa forma, uma vez concedida a tutela antecipada nos moldes do artigo 303, encontra-se preenchido o primeiro requisito para a aplicação da técnica da estabilização.

Esse trabalho entende que, por se tratar de um benefício, corroborado pela expressa exigência do §5º do artigo 303, a estabilização não pode ser imposta ao autor, sob pena de afronta ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, inscrito no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.

Percebe-se que o artigo 303 confere ao autor duas opções: (i) requerer apenas a tutela antecipada, indicando o pedido de tutela final; (ii) pleitear a tutela antecipada e a tutela final. Se o autor escolher a primeira opção, a técnica da estabilização poderá ser aplicada. De outro lado, se o autor manifestar interesse de alcançar a tutela final, não há razão de conferir estabilidade à decisão e promover a extinção do processo.

O terceiro requisito para a aplicação da estabilização é a ausência de recurso do réu contra a decisão que concede a tutela antecipada em caráter antecedente.

Embora o artigo 304, *caput*, não indique expressamente, o recurso cabível contra a decisão de primeira instância que concede tutela antecipada antecedente é o agravo de instrumento, nos termos do artigo 1.015, inciso I, do atual Código de Processo Civil.

Sendo hipótese de concessão da tutela antecipada perante algum Tribunal, em sede de competência originária, contra a decisão monocrática deve ser interposto agravo interno, nos moldes do artigo 1.021 e, em se tratando de acórdão, o recurso cabível é o especial ou o extraordinário, a depender do caso concreto.

O réu também poderá opor embargos de declaração contra a decisão concessiva de tutela antecipada (artigo 994, inciso IV do atual Código de Processo Civil). Há na doutrina

entendimento de que os embargos são capazes de impedir a estabilização da tutela antecipada, desde que opostos no intuito de demonstrar inconformismo com a decisão e não apenas para obter esclarecimento ou complementação. Nesta última hipótese, ainda que o recurso seja provido, permanecerá preservado o conteúdo fundamental da decisão que concede a tutela antecipada.

De outro lado, há quem entenda que os embargos de declaração que visam mero esclarecimento da decisão também é capaz de impedir a estabilização da tutela antecipada, por se tratar de recurso que interrompe o prazo para a interposição do recurso principal ¹²⁸. Entende-se que esta orientação merece prosperar.

Questão importante que se coloca com relação ao recurso é a seguinte: basta a interposição do respectivo recurso para que a estabilização não seja aplicada ou o provimento do recurso é imprescindível para obstar a estabilização? Da forma como está disposto no artigo 304, *caput*, basta a interposição do recurso para afastar a técnica da estabilização. Esse também é o entendimento firmado pelo Enunciado 28 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. ¹²⁹

Cumpra ressaltar posição doutrinária que confere interpretação ampliativa ao artigo 304 do Código de Processo Civil, defendendo que qualquer manifestação expressa de inconformismo do réu diante da concessão de tutela antecipada, seria capaz de afastar a estabilização da decisão. ¹³⁰

No mesmo sentido, afirma Daniel Mitidiero: ¹³¹

É claro que pode ocorrer de o réu não interpor agravo de instrumento, mas desde logo oferecer contestação no mesmo prazo – ou, ainda, manifestar-se dentro desse mesmo prazo pela realização da audiência de conciliação ou de mediação. Nessa situação, tem-se que entender que a manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve tanto quanto a interposição do recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela.

Pelo exposto e com todo respeito aos entendimentos diversos, entende-se que a estabilização somente poderá ser aplicada em sede de tutela antecipada antecedente, mediante

¹²⁸ FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. **A estabilização da tutela antecipada no novo Código de Processo Civil**. Texto gentilmente cedido pela autora.

¹²⁹ **Enunciado 28 da ENFAM**: “Admitido o recurso interposto na forma do art. 304 do CPC/2015, converte-se o rito antecedente em principal para apreciação definitiva do mérito da causa, independentemente do provimento ou não do referido recurso”.

¹³⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 273.

¹³¹ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 146.

expressa manifestação de interesse da parte e diante da ausência de recurso do réu contra a decisão que concede a antecipação de tutela.

5.3 Efeitos da estabilização

Não havendo interposição de recurso contra a decisão que concede tutela antecipada em caráter antecedente, os efeitos dessa respectiva decisão serão estabilizados.

Dessa forma, enquanto a decisão não for revista, reformada ou invalidada, por meio da ação prevista no §3º do artigo 304 do Código de Processo Civil, a tutela antecipada conservará seus efeitos por tempo indeterminado.

Em que pese os efeitos da decisão sejam estabilizados, o legislador de 2015 afastou a possibilidade de produção de coisa julgada. Vale dizer que a natureza jurídica da tutela antecipada, por si só, impede a produção de coisa julgada.

Entende-se que não há sentido algum conferir a imutabilidade própria da coisa julgada material, considerando que a decisão que concede a tutela antecipada é proferida mediante cognição sumária, sem qualquer juízo de certeza.

Assevera Cassio Scarpinella Bueno:

O §6º do art. 304, a propósito, tem o condão de evitar discussões interessantíssimas sobre haver, ou não, coisa julgada material na decisão que concedeu a tutela antecipada a final estabilizada. Não há e nisto o dispositivo é claríssimo, revelando qual é a opção política que, a este respeito, fez o legislador. O dispositivo, ensaia, até mesmo, resposta a pergunta inevitável diante do §1º do art. 304: trata-se de extinção do processo com ou sem resolução do mérito? Para quem associa coisa julgada material a decisão de mérito, a resposta é imediata e é negativa.

O presente trabalho entende que não há resolução do mérito quanto à tutela definitiva, já que esta somente seria analisada com o prosseguimento do processo. Entretanto, entende-se que o mérito foi decidido na concessão da tutela antecipada, apesar da provisoriedade que recai sobre essa tutela de urgência.

Assim, pela letra da lei, os efeitos da estabilização da tutela antecipada não poderão ser afastados, se transcorrido o prazo de 2 (dois) anos, não for ajuizada a ação de revisão, que visa o exaurimento da cognição.

5.4 Desestabilização da tutela antecipada

Após a extinção do processo devido à estabilização da tutela antecipada, o §2º do artigo 304 do Código de Processo Civil prevê que tanto o autor como o réu poderão ingressar com ação no intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada.

Importante ressaltar que, o réu terá interesse de promover a ação prevista no §2º do artigo 304 no intuito de reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, ao passo que, o autor, favorecido pela estabilização, poderá promover a ação para renunciar a tutela antecipada que lhe fora concedida, para majorar os efeitos da respectiva tutela ou para requerer nova tutela de direito.

De qualquer forma, a parte interessada deverá requerer o desarquivamento dos autos em que a tutela antecipada fora concedida, a fim de instruir a petição inicial da nova ação a ser proposta para alcançar a cognição plena e exauriente.

Nos termos do §5º do artigo 304, a parte interessada tem o “direito” de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada por meio da ação prevista no §2º do mesmo dispositivo, no prazo de 2 (dois) anos, a contar da ciência da decisão que extinguiu o processo.

Atente-se para a hipótese de concessão parcial da tutela antecipada. Por certo, se apenas parcela da tutela antecipada for concedida, o juiz não julgará o processo totalmente extinto. Neste caso, aparentemente, o prazo de 2 (dois) anos poderia ser contado da data da intimação da decisão que declara a estabilização de determinada parcela da tutela, em vista da inércia do réu. Todavia, como bem pondera Luiz Guilherme Marinoni, o legislador foi claro ao afirmar que o prazo será contado da ciência da “decisão que extinguiu o processo”, de modo que a melhor situação é aquela em que o magistrado promove a extinção do processo, em vez de apenas declarar a estabilização da tutela.¹³²

De toda sorte, fica claro que o prazo fluirá da ciência da decisão que extinguiu o processo, relativamente à parcela da tutela que se estabilizou.

Prevalece o entendimento de que se trata de prazo decadencial, de modo que, não sendo ajuizada a ação de revisão no prazo de 2 (dois) anos, autor e réu não poderão discutir a tutela antecipada estabilizada, ainda que sobre esta decisão não recaia coisa julgada material, conforme expressa previsão legal.

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 242.

Diante da ausência de coisa julgada material, afirma-se ser incabível ação rescisória contra a decisão que concede tutela antecipada. Nesse sentido dispõe o Enunciado 33 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.¹³³

Se no caso concreto uma das partes constatar a presença de um dos vícios previstos no artigo 966 do atual Código de Processo Civil, poderá manejar a própria ação prevista no §2º do artigo 304. Entretanto, após esse prazo, as partes não poderão ajuizar ação rescisória da tutela antecipada estabilizada, pois apesar de definitiva, não produz coisa julgada.

Importante mencionar o entendimento de Daniel Amorim Assumpção Neves:¹³⁴

A única saída possível é uma interpretação ampliativa do §2º do art. 966 do Novo CPC. Segundo o dispositivo legal, cabe ação rescisória contra decisão terminativa (ou seja, que não resolva o mérito), desde que ela impeça a nova propositura da demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente. Apesar de se tratar de situação distinta, já que a decisão que antecipa a tutela é indiscutivelmente de mérito, pode-se alegar que a decisão terminativa também não faz coisa julgada e ainda assim pode, respeitadas determinadas exigências, ser impugnada por ação rescisória. A ausência de coisa julgada, portanto, teria deixado de ser condição *sine qua non* para a admissão de ação rescisória, o que poderia liberar o caminho para a conclusão de cabimento de tal ação contra a decisão que concede tutela antecipada estabilizada depois de dois anos de seu trânsito em julgado.

Destaca-se a afirmação de Luiz Guilherme Marinoni:¹³⁵

O art. 304 quis apenas advertir que, para pretender a invalidação ou a reforma da específica tutela concedida, o réu deve propor ação de revisão no prazo de dois anos. [...] A impossibilidade de se pedir a revisão da decisão que concedeu a tutela antecipada para reformá-la ou invalidá-la nada tem a ver com coisa julgada. Ora, se o legislador optou por não atribuir à decisão que concede a tutela que se estabiliza a qualidade de coisa julgada material, certamente em virtude da precariedade da cognição que está à sua base, não há razão para supor que o decurso do prazo para o exercício do direito de revê-la tenha a força de conferir à decisão não revista a autoridade de coisa julgada material [...] Ora, não ter mais direito de reformar ou invalidar a tutela antecipada não significa não poder mais discutir o direito que foi suposto como provável para se conceder a tutela. Este direito pode ser rediscutido em qualquer processo, desde que não para reformar ou invalidar a tutela antecipada.

O presente trabalho compartilha do entendimento de que a coisa julgada não guarda compatibilidade com a decisão proferida com base em cognição sumária. O término

¹³³ **Enunciado 33, FPPC:** “Não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência”.

¹³⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 531-532.

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência:** soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 247.

do prazo decadencial de dois anos impede que qualquer das partes promovam ação no intuito de reaver, reformar ou invalidar a tutela antecipada concedida na lide originária.

Todavia, após o prazo de dois anos, as partes poderão ajuizar nova ação, observados os devidos prazos prescricionais, com a finalidade de promover o exaurimento da cognição, relativamente ao bem da vida que fora discutido no processo extinto. Sendo uma nova ação, não haverá qualquer relação com a ação originária, na qual a tutela antecipada fora concedida, razão porque a decisão a ser proferida com base em cognição exauriente pode, até mesmo, não ter qualquer influência sobre a decisão de tutela antecipada estabilizada.¹³⁶

5.5 Dúvidas acerca da estabilização

No presente tópico pretende-se enfrentar algumas dúvidas que recaem sobre a técnica da estabilização da tutela antecipada, considerando os apontamentos da doutrina pátria.

Em primeiro lugar, indaga-se na doutrina se há ou não possibilidade da estabilização ocorrer em sede de direitos indisponíveis. Esse trabalho afirma no mesmo sentido que o professor Eduardo Talamini, para quem a resposta é negativa. Em suma, diante das situações nas quais não há disponibilidade da defesa do réu, o legislador afasta a aplicação dos efeitos da revelia (artigo 345, II, do Código de Processo Civil), o que deve servir de parâmetro para se afastar também a possibilidade de estabilização da tutela antecipada, quando o réu permanece inerte e a lide versa sobre direito indisponível.¹³⁷

Outro item delicado que não foi tratado pelo legislador tem relação com o ônus da prova no contexto da ação de revisão da tutela antecipada estabilizada. Sabe-se que qualquer das partes tem legitimidade para propor a referida ação no prazo de dois anos, mas de quem é o ônus da prova? A doutrina majoritária afirma que não deve ser alterada a distribuição originária do ônus da prova, de modo que, se o réu da ação extinta ajuizar a ação de revisão, assumindo a posição de autor nesta demanda, “não haverá redistribuição do ônus da prova, de

¹³⁶ WAMBIER, Teresa Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; DE MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 567.

¹³⁷ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 209, p. 26, 2012.

modo que o réu da ação de revisão permanecerá com o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito”.¹³⁸

Outra controvérsia reside na hipótese em que o réu não apresenta recurso da decisão que concede tutela antecipada (artigo 304, *caput*) e o autor não procede ao aditamento da inicial, nos termos do §2º do artigo 303. Sabe-se que se o réu não interpõe recurso, haverá estabilização da tutela antecipada e extinção do processo. Para o autor, a consequência para o não aditamento da petição inicial é a extinção do processo e revogação da tutela antecipada. Pensamos que a melhor solução é que, diante do não aditamento da inicial, o processo seja extinto, mas com a estabilização da tutela antecipada, justamente por não ter havido recurso do réu. Assim se justificaria, pois a lei prevê ação para que ambas as partes pleiteiem a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada.

Em outras palavras, entende-se que a estabilização da tutela antecipada depende da ausência de recurso do réu e não do aditamento da inicial pelo autor. Assim, uma vez concedida a tutela antecipada em favor do autor e, diante da inércia do réu, não há proveito de se proceder ao aditamento da inicial.

Doutrinam no mesmo sentido, Fredie Didier Jr, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga, em obra conjunta: “Deve prevalecer a estabilização da tutela antecipada – e isso em razão da abertura conferida às partes para rever, invalidar ou reformar por meio da ação prevista no §2º do art. 304 do CPC”.¹³⁹

Cumpra também ressaltar que existe a possibilidade do réu não apresentar recurso da decisão que concede tutela antecipada, tendo como consequência a sua estabilização e, o autor, promove o aditamento da inicial dentro do prazo previsto pelo §1º, inciso I, do artigo 303. O legislador preceitua que diante da emenda da petição inicial, o processo seguirá seu curso a fim de apreciar o pedido principal. Resta analisar o que ocorrerá com a tutela antecipada, caso a futura sentença de mérito não reconheça o direito.

Esse trabalho segue o entendimento no sentido de que, ainda que o réu permaneça inerte, se a decisão proferida com base em cognição exauriente for contrária à tutela antecipada estabilizada, não será possível conservar os efeitos dessa tutela provisória.¹⁴⁰

¹³⁸ WAMBIER, Teresa Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; DE MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 566.

¹³⁹ DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito provatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2, p. 610.

¹⁴⁰ FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. **A estabilização da tutela antecipada no novo Código de Processo Civil**. Texto gentilmente cedido pela autora.

Finalmente, cumpre ressaltar que o presente trabalho mencionou no capítulo 4, tópico 4.4.1, que a tutela antecipada pode ser requerida em sede de ação declaratória e constitutiva. Nesse diapasão, discute-se acerca da possibilidade de estabilização da tutela antecipada de natureza puramente declaratória e constitutiva. Luiz Guilherme Marinoni bem entende que a tutela declaratória tem valor quando revestida de coisa julgada material, já que a declaração sumária não retira a incerteza jurídica acerca do direito. Assim, considerando que a estabilização não está sujeita à coisa julgada, não é possível conceber uma tutela declaratória estável. De outro lado, possível afirmar a ocorrência de estabilização com relação à tutela constitutiva, pois a modificação de determinada situação não depende da coisa julgada material.¹⁴¹

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 239.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como propósito central o estudo das tutelas de urgência no ordenamento processual brasileiro. Para tanto, imprescindível a análise da tutela jurisdicional que, nada mais é, do que a assistência que o Estado-juiz presta aos direitos dos indivíduos.

Prestar tutela jurisdicional é sinônimo de apreciação de lesões ou ameaças a direito, ou seja, o Estado-juiz promove a análise do conflito e formula juízo acerca da existência ou inexistência do direito, de modo a determinar as medidas necessárias para a sua proteção.

Diz-se que a tutela jurisdicional padrão é aquela que decorre de cognição exauriente, pautada em juízo de certeza jurídica, que somente pode ser alcançada pelo julgador após a realização de inúmeros atos de inteligência.

Considerando que as formas convencionais de tutela jurisdicional pressupõem certo tempo para a solução do conflito, o ordenamento processual passou a lidar com uma crise de eficiência e de efetividade. Constatou-se que há situações nas quais o tempo necessário para se alcançar uma solução definitiva não é compatível com a natureza do direito em conflito. Assim, surge a tutela jurisdicional de urgência, apta a enfrentar o desafio da espera, visto que é capaz de promover a proteção do direito do indivíduo com base em cognição sumária, pautada na probabilidade do direito e na própria urgência.

Adiante, esse trabalho delineou a origem da tutela sumária, citando a doutrina alemã e as diretrizes da doutrina italiana de Chiovenda e Calamandrei.

Segundo o entendimento de Giuseppe Chiovenda, a tutela cautelar deveria ser colocada ao lado das funções de cognição e de execução, enfatizando que a cautelar visava apenas assegurar a futura realização de um direito.

Em sentido diverso, ao reconhecer a necessidade de se conceder uma tutela jurisdicional célere diante da existência de *periculum in mora*, Piero Calamandrei não reconheceu a tutela cautelar como um *tertium genus*, afirmando que ela poderia ter conteúdo de cognição ou de execução.

Avançando na análise da evolução da tutela sumária no direito brasileiro, julgou-se importante delinear o tratamento conferido pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973. Relativamente à legislação processual de 1939, havia previsão de uma tutela de urgência genérica, baseada no poder geral de cautela consagrado nos artigos 675 e 676, sem que houvesse qualquer alusão à tutela antecipada.

O Código de Processo Civil de 1973 não reconheceu a teoria de Piero Calamandrei, de modo que optou por colocar a tutela cautelar como *tertium genus*, destacando a existência de medidas cautelares típicas ou nominadas (aquelas expressamente previstas em lei) e medidas cautelares atípicas ou inominadas (que decorriam do poder geral de cautela).

Verificou-se que os operadores do direito passaram a utilizar a tutela cautelar de forma inadequada, dando origem às chamadas “tutelas cautelares satisfativas”. Assim, vislumbrando a necessidade de uma tutela que fosse capaz de realizar antecipadamente o direito da parte, a tutela antecipada foi inserida no ordenamento processual brasileiro com o advento da Lei nº 8.952 de 1994.

Posteriormente, a Lei nº 10.444 de 2002 inseriu o §7º ao artigo 273, com a previsão da regra da fungibilidade: “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”.

Além disso, foi anunciado por este trabalho o fundamento constitucional das tutelas de urgência, cujo escopo é garantir o acesso à justiça, conforme previsto no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, diante de situações de urgência

Nesse diapasão, destacou-se também os princípios do devido processo legal e da duração razoável do processo, os quais permitiram a criação de soluções jurídicas capazes de tutelar os direitos, sem que houvesse prejuízos pelo decurso do tempo.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a disciplina das tutelas de urgência passou por grandes alterações. Em síntese, o legislador de 2015 prevê as tutelas cautelar e antecipada como espécies de tutela de urgência, sendo esta última uma modalidade de tutela provisória, ao lado da tutela da evidência.

Julgou-se de suma importância estabelecer as semelhanças e diferenças entre as duas espécies de tutela de urgência, o que permitiu a conclusão de que, embora sejam parecidas, a tutela cautelar e a tutela antecipada são espécies diferentes de um mesmo gênero. Neste aspecto, observou-se que, diante das diferenças procedimentais entre a tutela cautelar e a tutela antecipada requeridas em caráter antecedente, o legislador de 2015 não conseguiu adotar um regime jurídico verdadeiramente único para as tutelas de urgência.

Conforme observado nesse presente estudo, o Código de Processo Civil de 2015 afastou-se da legislação processual revogada e não estabeleceu requisitos distintos para a concessão de tutela cautelar e de tutela antecipada. Com efeito, houve a unificação dos

requisitos, de modo que para a concessão de ambas as tutelas de urgência exige-se apenas o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Assim sendo, entende-se por *fumus boni iuris* a probabilidade do direito alegado pelo autor, ao passo que o *periculum in mora* representa o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

A tutela antecipada é aquela que realiza o direito material, isto é, os efeitos jurídicos que somente viriam ao final por meio de uma decisão de mérito. Trata-se de tutela de urgência que pode ser requerida em caráter antecedente ou incidental, em sede de ação declaratória, constitutiva, condenatória e mandamental. Ademais, guarda compatibilidade com o procedimento comum ordinário, comum sumário e também com os processos incidentes, a exemplo da suspensão da execução por meio da tutela antecipada em embargos à execução.

O presente estudo também mencionou a divergência doutrinária acerca da possibilidade ou não de concessão de tutela antecipada *ex officio*. Considerando o princípio da vedação da decisão surpresa, previsto nos artigos 9º e 10 do atual diploma processual, entende-se que o juiz não pode conceder uma tutela antecipada de ofício, sem antes consultar a parte se há interesse em obter a referida tutela de urgência, diante do preenchimento dos requisitos legais. Por certo, o tema é delicado e aguarda-se o posicionamento da jurisprudência.

Avançando na matéria, procedeu-se ao estudo da tutela cautelar, englobando suas características e delineando o procedimento da medida quando requerida em caráter antecedente.

Depreende do artigo 301 do atual Código de Processo Civil que, a tutela cautelar visa assegurar a efetividade da tutela que satisfaz o direito material, razão pela qual é caracterizada pela instrumentalidade e pela referibilidade. Em outras palavras, a tutela cautelar não é a espécie de tutela de urgência capaz de realizar o direito, pois destina-se a apenas assegurar a efetiva tutela do direito material.

Não resta dúvidas de que o legislador de 2015 extinguiu a autonomia do processo cautelar, bem como os procedimentos cautelares específicos, dando grande importância ao chamado “dever-poder geral de cautela”, de modo a prever os mesmos requisitos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) para toda e qualquer medida cautelar.

A respeito da efetivação da tutela de urgência, o legislador de 2015 prevê no *caput* do artigo 297 que o magistrado pode determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória, com base nas particularidades do caso concreto.

Ademais, devem ser observadas, no que couber, as regras concernentes ao cumprimento provisório de sentença.

Foi destacado o cabimento das tutelas de urgência nos tribunais, com o objetivo de evitar o perecimento do direito e impedir a inutilidade da tutela jurisdicional. Nos termos do parágrafo único do artigo 299 do Código de Processo Civil de 2015, o juízo competente para apreciar o pedido de tutela urgente é aquele que julgará o mérito do recurso.

Finalmente, o presente trabalho dedicou um capítulo para o estudo dos contornos da técnica da estabilização, considerada inovadora no sistema processual brasileiro, justamente por permitir que uma decisão caracterizada pela provisoriedade adquira estabilidade.

Pela literalidade do artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015, entende-se que a estabilização recai apenas sobre a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, cujo objeto é estabilizar a tutela antecipada concedida e não recorrida.

De acordo com previsão legal, os efeitos provenientes da estabilização não podem ser afastados após o decurso do prazo de 2 (dois) anos para ajuizamento de ação que visa a revisão, anulação e reforma da decisão concessiva de tutela antecipada. Todavia, a lei é expressa ao afirmar que a decisão estável não produz coisa julgada material, pois trata-se de decisão proferida com base em cognição sumária.

Conclui-se que a técnica da estabilização não representa mera modernização, mas verdadeira inovação no sistema processual brasileiro. Pode ser que algumas ou todas as indagações suscitadas por esse trabalho logo se revelem irrelevantes ou que tantas outras indagações surjam. Ainda não se sabe ao certo se a aplicação da estabilização permitirá de fato o aprimoramento da prestação da tutela jurisdicional ou se trará mais dificuldades. Resta, pois, esperar pelos próximos desdobramentos doutrinários e jurisprudenciais.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do Novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 4.
- _____. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). et al. **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito provatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2, p. 606.
- DIDIER JR., Fredie (Coord.) et al. **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v.II.
- FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. **A estabilização da tutela antecipada no novo Código de Processo Civil**. Texto cedido pela autora.
- FUX, Luiz. **Tutela antecipada e locações**. Rio de Janeiro: Destaque, 1996.
- _____. **Tutela de segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 1.

_____. **Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. _____. _____. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 11.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PINTO, Nelson Luiz. A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual. In: **Revista de Processo**, n. 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 3.

_____. **Do processo cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 209, 2012.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Código de processo civil anotado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 49. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. II.

_____. **Processo Cautelar**. São Paulo: Leud, 1976.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WAMBIER, Teresa Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; DE MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Sites utilizados:

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.608 de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm >. Acesso em: 02 de ago. de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 195.224/PR**. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Brasília, 15 de dezembro de 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199800851119&dt_publicacao=05/03/2001>. Acesso em: 27 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 445.863/SP**. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 05 de dezembro de 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200800960&dt_publicacao=19/12/2002>. Acesso em: 27 set. 2017.

ANEXO A - RECURSO ESPECIAL Nº 195.244*Superior Tribunal de Justiça***RECURSO ESPECIAL Nº 195.224 - PARANÁ (1998/0085111-9)**

RELATOR : MIN. WALDEMAR ZVEITER
 RECTE : ADILSON FRANCISCO CHERUBINI
 ADVOGADO : IRINEU PETERS E OUTRO
 RECDO : BENEDITO DE JESUS AFONSO FERREIRA
 ADVOGADO : OSMAR ALVES GUELFÍ
 RECDO : MARIA HELENA CHERUBINI FINGER
 ADVOGADO : DÉBORA DE FERRANTE LING CATTANI E
 OUTROS
 RECDO : CLAUDEMIRO FRANCISCO PEREIRA E OUTROS
 ADVOGADO : GUILHERME MOREIRA RODRIGUES E OUTROS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA EM CUMULAÇÃO COM ANULATÓRIA E DESCONSTITUTIVA - MATÉRIA FÁTICA - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA - SÚMULA 211/STJ.

I - Defere-se Antecipação de Tutela Jurisdicional, quando, na ação declaratória, cumulada com anulatória e desconstitutiva, por si ou jungidas àquelas, visa-se alcançar eficácia concreta de decisão em que se não antecipada pode causar a perda de eficácia daquela declaratória. Doutrina.

II - Matéria de fato. III - Súmula 211/STJ.

IV - Conheço em parte do recurso para determinar que as ações em comento não possam ser negociadas até decisão final da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Ari Pargendler, Menezes Direito e Nancy Andrighi.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Pádua Ribeiro.

Brasília, 15 de dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler
 Presidente

Ministro Waldemar Zveiter
 Relator

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 195.224/PARANA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: -

No requerimento (fls. 411 - vol. III), diz o recorrente que a retenção do Recurso Especial até decisão final da lide veiculada na AÇÃO DECLARATÓRIA lhe traz sérios prejuízos e, por isso, mister seja julgado o presente Recurso Especial, o que agora se faz.

ADILSON FRANCISCO CHERUBINI, nos autos de Ação Ordinária, onde, a pedido declaratório, se cumulam pleitos anulatório, constitutivo e condenatório, interpõe Especial contra acórdão que negou provimento ao seu agravo de instrumento tirado contra decisão que deferiu antecipação de tutela jurisdicional requerida pelos Autores da Ação - fls. 56 e 79 - Vol. I.

Tal tutela vindicada inaudita altera pars foi acolhida parcialmente e isso para declarar a titularidade da empresa AGROBIL LTDA sobre 11.465 ações, declarando-se ainda que o restante seria distribuído conforme a Ata de Assembléia. Na Ação e bem assim naquela tutela pretenderam os demandantes ANTÔNIO NECY CERRI CHERUBINI E OUTROS retirar do comando da SINOPENA S/A o agravante, aqui, recorrente, também irmão dos sócios daquela empresa, líder do grupo empresarial, de índole familiar, por não ter-se comportado, na administração da sociedade, com probidade, locupletando-se com aquisições de ações, com fito de tornar-se legitimado a praticar atos, convocar Assembléias e até a pedir autofalência de uma das empresas, como de fato ocorreu.

O acórdão, ao julgar o Agravo, assim concluiu (fls. 326/327 - Vol. 2):

"AGRAVO INSTRUMENTAL TUTELA ANTECIPADA

PARCIALMENTE DEFERIDA, PRONUNCIANDO TITULARIDADE DE EMPRESA AGRAVADA SOBRE PORÇÃO ACIONÁRIA DE OUTRA, EX- AGRAVADA POSSIBILIDADE, A NÍVEL DE AÇÃO DECLARATÓRIA, QUANDO, DO ACIMA IMANENTE, NA ESPÉCIE PROJEÇÃO CONSTITUTIVA, DEDUZIDA VESTIBULARMENTE, OPERANDO MODIFICAÇÃO DA ESFERA JURÍDICO-PATRIMONIAL, DAS PARTES, ENSEJANDO VIRTUAL PREJUÍZO AO DIREITO ASSIM BUSCADO, A DEMORA PELO TEMPO, VIABILIZANDO DESDE LOGO EXERCÍCIO AO DIREITO PRECEDENTE DOUTRINÁRIO QUESTÃO ADJETIVA VENCIDA - DECISÃO "A QUO" PRECISAMENTE FUNDAMENTADA. ALIÁS NÃO COMBATIDA ESPECIFICAMENTE POR SEUS FUNDAMENTOS ACENTUANDO AUSENTE PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE - NÃO CONHECIMENTO, EXTINTIVO, PARA COM AGRAVANTE, POR ULTERIORMENTE MANIFESTADA AUSÊNCIA DE INTERESSE, ART. 501, CPC DESPROVIMENTO, QUANTO AO RESTANTE."

No apelo intentado contra essa conclusão, articula o agravante que o aresto teria, no seu entender, violado os artigos 4º; 273 e 288 do CPC, bem como divergido de precedente que colaciona - fls. 361.

Às fls. 401 - Vol. 3, deferiu-se o processamento do recurso quanto ao art. 273 do CPC e isso por que, tocante aos arts. 4º e 288, tais não foram

Superior Tribunal de Justiça

prequestionados e, nem em face disso, já que apresentados os cabíveis Declaratórios, apontou-se violação ao **art. 535 do CPC**. A dissidência não resultou comprovada vez que, a teor do verbete **13/STJ**, imprestável é cotejar-se aquela com paradigma do mesmo Tribunal recorrido.

É o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 195.224/PARANÁ

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA EM CUMULAÇÃO COM ANULATÓRIA E DESCONSTITUTIVA - MATÉRIA FÁTICA - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA - SÚMULA 211/STJ.

I - Defere-se Antecipação de Tutela Jurisdicional, quando, na ação declaratória, cumulada com anulatória e desconstitutiva, por si ou jungidas àquelas, visa-se alcançar eficácia concreta de decisão em que se não antecipada pode causar a perda de eficácia daquela declaratória. Doutrina.

II - Matéria de fato.

III- Súmula 211/STJ.

IV - Conheço em parte do recurso para determinar que as ações em comento não possam ser negociadas até decisão final da causa.

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER(RELATOR): -

Como dito, a divergência interpretativa não se comprova, quando o recorrente, ao promovê-la, o faz trazendo a contexto aresto padrão do mesmo Tribunal recorrido.

De outra sorte, os artigos 4º e 288 não foram objeto de discussão no acórdão recorrido e o recorrente, com a rejeição de seus Declaratórios, não insistiu no prequestionamento, suscitando violação ao art. 535 do CPC, pelo que incidente na espécie o verbete 211/STJ.

Mas atinente ao tema do art. 273 do CPC, o único que remanesce para exame, em suas razões, diz o recorrente (fls. 376 - Vol. II) que a declaração da pretensa certeza jurídica se refere, exclusivamente, à declaração da titularidade da AGROBIL LTDA sobre as ações da SINOPEMA S/A, quando essa certeza jurídica só pode emanar de uma sentença definitiva e transitada em julgado. A cognição inerente ao juízo antecipatório é, por sua natureza, completamente inidônea para atribuir ao autor a declaração ou a certeza por ele objetivada.

O certo é que o eminente Relator, ao deferir a antecipação da tutela jurisdicional, de cuja decisão agravou o ora recorrente, o fez atento às razões fáticas que ditaram a necessidade daquele deferimento (fls. 331/32 - Vol. II):

"Diante de tal quadro estou convencido de que é bastante provável que os autores tenham razão ao alegarem que a Agrobil detinha 11.465 ações da Sinopemac que o réu Adilson nada adquiriu, estando preenchido, assim, o primeiro requisito da tutela antecipada. No mais, tenho para mim que ainda é necessária a produção de outras provas.

De outro lado, não resta a menor dúvida de que existe fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (segundo requisito). Basta lembrar que o réu Adilson, na qualidade de representante legal da Sinopema, formulou pedido de auto-falência, o que poderá, em tese, acarretar enormes prejuízos aos autores na espera de decisão definitiva nestes autos.

Por derradeiro, destaque-se que inexistente perigo de irreversibilidade do provimento a ser antecipado (art. 273, § 2º, CPC).

Superior Tribunal de Justiça

Face ao exposto, com apoio no art. 273, I, do diploma processual civil, defiro o pedido de tutela antecipada, em parte, para declarar

"... a titularidade da empresa AGROBIL LTDA. sobre 11.465 ações e o restante distribuído conforme a Ata da Assembléia Geral de 22.05.74".

Assim, realmente a respeitável decisão objetada o foi a nível de pleito declaratório nº 593/95.

Nos termos do art. 4º, I, do CPC presta-se ação desta natureza à declaração da existência ou inexistência de relação jurídica, tendo esta última por objeto.

E neste passo, "pode referir-se não só à existência de relação jurídica, como a seu exato conteúdo", (RSTJ 48/427).

Sobre o tema da antecipação da tutela em sede de Declaratórios, quando de tal resulta eficácia concreta, leciona NELSON NERY JÚNIOR (CPC comentado, 14ª edição, RT, 1999) - fls. 750:

"15. Ação Declaratória. Definida acima a tutela antecipatória como medida executiva em sentido lato, poder-se-ia pensar, à primeira vista, ser ela incabível nas ações declaratórias. Entretanto, tendo em vista que o adiantamento nem sempre respeita ao mérito considerado em seu sentido estrito, pode ser que os efeitos de uma sentença declaratória comporte execução, tendo cabimento o adiantamento desses mesmos efeitos. É o caso da ação declaratória de inexistência de relação jurídica, tendo como causa de pedir o pagamento da dívida.

O autor pode pedir, a título de antecipação de tutela, a sustação liminar do protesto cambial já paga. O bem da vida por ele pretendido é a declaração judicial da inexistência da relação jurídica (sentença declaratória), mas o efeito pretendido é o que obstacularizar o protesto e a cobrança do título já pago (execução lato sensu)."

Tratando-se de efeito concreto resultante da declaração de existência de relação jurídica material, é de ser concedida a medida, mormente quando, como na hipótese, a pretensão declaratória vem cumulada com a constitutiva e, nesta última, colima-se antecipação de efeito, atinente ao desfazimento do ato de transferência das ações, indevidamente, já na posse do recorrente.

Ademais, o cabimento ou não da Tutela antecipada é questão que resulta da análise, em sede sumária, dos aspectos fáticos que devem lastrear o juízo de probabilidade, por isso que inviável o reexame de tais aspectos na via do Especial (**Súmula 07/STJ**).

Contudo, conheço em parte do recurso para determinar que as ações em comento não possam ser negociadas até decisão final da causa.

Superior Tribunal de Justiça

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Nro. Registro: 1998/0085111-9

RESP 00195224/PR

PAUTA: 19/10/2000

JULGADO: 15/12/2000

Relator

Exmo. Sr. Min. **WALDEMAR ZVEITER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Min. **ARI PARGENDLER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HENRIQUE FAGUNDES**

Secretário (a)

SOLANGE ROSA DOS SANTOS

AUTUAÇÃO

RECTE	:	ADILSON FRANCISCO CHERUBINI
ADVOGADO	:	IRINEU PETERS E OUTRO
RECDO	:	BENEDITO DE JESUS AFONSO FERREIRA
ADVOGADO	:	OSMAR ALVES GUELFÍ
RECDO	:	MARIA HELENA CHERUBINI FINGER
ADVOGADO	:	DEBORA DE FERRANTE LING CATTANI E OUTROS
RECDO	:	CLAUDEMIRO FRANCISCO PEREIRA E OUTROS
ADVOGADO	:	GUILHERME MOREIRA RODRIGUES E OUTROS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe parcial provimento."

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ari Pargendler, Menezes Direito e Nancy Andrighi.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Padua Ribeiro.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 15 de dezembro de 2000

SOLANGE ROSA DOS SANTOS
Secretário(a)

ANEXO B - RECURSO ESPECIAL Nº 445.863*Superior Tribunal de Justiça***RECURSO ESPECIAL Nº 445.863 - SP (2002/0080096-0)**

RELATOR : **MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA**
RECORRENTE : AUTO POSTO ROCHA LTDA
ADVOGADO : VALDIR BUNDUKY COSTA E OUTRO
RECORRIDO : SHELL BRASIL S/A
ADVOGADA : RENATA BARBOSA FONTES E OUTROS
SUST. ORAL : ANTÔNIO VILAS BOAS CARVALHO (P/RECDA)

EMENTA

AÇÃO DE DESPEJO. TUTELA ANTECIPADA.
POSSIBILIDADE.

Cabível, nas ações de despejo, a antecipação de tutela, como o é em toda a ação de conhecimento, seja a ação declaratória, seja constitutiva (negativa ou positiva) condenatória, mandamental, se presentes os pressupostos legais.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2002 (data do julgamento).

MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA
Relator

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 445.863 - SP (2002/0080096-0)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA(Relator):

Cuida-se, na origem, de Agravo de Instrumento interposto por Auto Posto Rocha LTDA, contra decisão interlocutória do MM. Juízo de primeiro grau que concedeu antecipação de tutela nos autos de ação de rito ordinário ajuizada por Shell Brasil S/A, determinando o despejo do ora agravante.

O Segundo Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, por votação unânime de sua Décima Câmara, negou provimento à irresignação, estando nos seguintes termos (fl. 213):

"O agravante não nega ter se utilizado de produtos sem a marca de sua sublocadora, com quem realizou negócio comercial de específica finalidade. Sua atitude comprometeu a exação negocial que deveria ter mantido com a agravada, pondo em risco o nome, logotipo, e a marca de produto de qualidade reconhecida no mercado internacional. Tais fatos, analisados pelo nobre Magistrado de primeiro grau, justificaram a concessão da tutela antecipada, conforme se vê de fls. 68 e 68v. destes. Não havendo razão para a alteração do que entendeu o nobre Magistrado, naquele instante.

Há previsão contratual expressa determinando que: 'A sublocatária obriga-se a só usar as bombas distribuidoras e tanques de armazenagem, constantes da relação anexa a que alude a Cláusula Primeira, de propriedade da Sublocadora, unicamente para venda e armazenagem de produtos desta última, sob pena de infringir as normas do Conselho Nacional do Petróleo, além de sujeitar-se à imediata rescisão deste contrato e as cominações estipuladas no Código de Propriedade Industrial e demais legislações aplicáveis à espécie' (fls. 32, destes).

Verifica-se, portanto, que houve, por parte da agravante (sublocatária), flagrante quebra da avença contratual, devendo ela, agora, arcar com as conseqüências da infração que cometera, não merecendo a r. decisão a quo, qualquer, reparo, pois, possível, como já se entendeu, a concessão de tutela antecipada em ação de despejo (...)."

Opostos Embargos de Declaração, às fls. 217 a 219, foram eles rejeitados.

Contra esta decisão, insurge-se o Auto Posto Rocha LTDA mediante recurso especial, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", do permissivo constitucional, sustentando que o v. acórdão objurgado malferiu o art. 9º, inciso II; art. 59, §1º e incisos; e art. 79, todos da Lei nº 8.245/91, assim como o art. 273, inciso I, do Código de Processo Civil, ao argumento de ser incabível a tutela antecipada, eis que a rescisão da locação por infração contratual reclama extensa e exaustiva dilação probatória.

Contra-razões às fls. 244 a 249.

Superior Tribunal de Justiça

O Tribunal *a quo* admitiu o regular processamento do feito, apenas sob o manto da alínea "a" invocada.

É o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 445.863 - SP (2002/0080096-0)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA(Relator):

Consoante o despacho que admitiu o apelo, a questão federal cinge-se ao cabimento ou não da antecipação da tutela nas ações de despejo à vista do art. 273, I, do CPC.

No tocante aos citados artigos 9º, inciso II, 59, § 1º e incisos, e 79, todos da lei 8.245/91, tratam eles de como se desfaz a locação (infração legal e contratual) do rito da ação que é o ordinário e do cabimento da liminar dá-se apenas na hipótese do inciso I, do art. 9º, da Lei 8.245/91, e não a do inciso II e do art. 79 (previsão de aplicação, nas omissões, das normas do C. Civil e Código de Processo Civil).

Fixemo-nos, por conseguinte, no ponto atinente ao art. 273, I, do Código de Ritos (antecipação da tutela) a ter ou não cabimento nas ações de despejo.

No AgRg na Medida Cautelar nº 4.205-RS, a 5ª Turma, do STJ (de minha relatoria), sobre a abrangência da tutela antecipada, decidiu:

"A doutrina tem sustentado ser cabível a tutela antecipada em toda ação de conhecimento, seja a ação declaratória, seja constitutiva (negativa ou positiva), condenatória, mandamental (Código de Processo Civil Comentado, 4ª ed. art. 273, p. 750, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery); Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, VI Rio de Janeiro, Forense, p. 369; Cândido Rangel Dinamarco. A Reforma do Código de Processo Civil, 3ª ed. São Paulo - Malheiros, 1996, p. 144.

E, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: REsp 195.224-PR - 3ª Turma, unânime - Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 15.12.2000; REsp 231.560-CE - 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira - DJ 28.02.00."

No caso em apreço, merecem transcritas do voto condutor da decisão no agravo, il. relatora Rosa Maria de Andrade Nery, às fls. 213/4:

"Verifica-se, portanto, que houve, por parte da agravante (sublocatária), flagrante quebra de avença contratual, devendo ela, agora, arcar com as conseqüências da infração que cometera, não merecendo a r. decisão a quo, qualquer reparo, pois, possível, como já se entendeu, a concessão de tutela antecipada em ação de despejo, invocando-se, neste passo, a lição de Gildo dos Santos:

"Já a antecipação da tutela não é liminar, nem é cautelar, mas tem feição própria, sendo verdadeira execução provisória.

Feitas estas considerações, caberá a antecipação nas ações de despejo?

O Centro de Estudos e Debates do Egrégio Segundo Tribunal

Superior Tribunal de Justiça

de Alçada Civil de São Paulo aprovou, por votação unânime, o Enunciado 31, que dispõe: "é incabível nas ações de despejo a antecipação da tutela de que trata o art. 273 do CPC, em sua nova redação."

Em que pese a autoridade dos eminentes Juízes que integram essa Colenda Corte e o seu Centro de Estudos e Debates, ousamos divergir dessa orientação principalmente em casos de despejo que apresentem aspectos peculiares ou excepcionais.

A propósito, o renomado jurista Sylvio Capanema de Souza, proferindo conferência em Santos, em julho de 1996, a que tivemos a honra de assistir, posicionou-se favoravelmente à antecipação da tutela em despejo, oferecendo o seguinte exemplo: o locador propõe o despejo contra o locatário porque o prédio locado está em péssimas condições, correndo o risco de ruir, havendo, inclusive, intimação da autoridade competente a respeito da urgente necessidade de obras de reconstrução ou conservação que não podem ser feitas sem que o imóvel esteja livre de pessoas e coisas.

Nesse caso hipotético, parece evidente que, comprovadas, desde logo, as alegações do autor, seria caso de lhe ser deferida a tutela antecipada.

Além disso, Luiz Fux, Magistrado e Professor de Direito no Rio de Janeiro, em sua recente obra Tutela antecipada e locações (Rio de Janeiro: Destaque, 1995), indica, com sólidos fundamentos, nada menos do que trinta e uma hipóteses de antecipação da tutela em causas decorrentes da locação de imóveis, inclusive despejos.

Concluímos que nada impede o deferimento da tutela antecipada em despejo, desde que preenchidos os requisitos legais de sua concessão (CPC, art. 273, incisos I e II).

O que não se pode nem se deve é repelir, de modo absoluto, a tutela nas ações locatícias, sem antes verificar se estão presentes os pressupostos para que seja concedida. Afinal, a lei não veda que se atenda a pedido de tutela antecipada em despejo.

É claro que se mostra incabível essa providência, que confere verdadeira execução provisória, nos casos de despejo por falta de pagamento, de retomada para uso próprio, para uso de descendente ou ascendente, e, em outras hipóteses, em que, logo se vê, que não é viável a concessão antecipada de feitos da sentença de mérito.

Dai não se pode concluir, porém, que a tutela antecipada não seja viável em todo e qualquer caso de despejo" (Gildo dos Santos, Locação e Despejo, 4ª edição, RT, p. 361/363)."

Por conseguinte, não refoge a ação de despejo à possibilidade de se lhe atribuir a antecipação de tutela.

Não conheço do recurso.

Superior Tribunal de Justiça

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2002/0080096-0

RESP 445863 / SP

Números Origem: 45784 70528000

PAUTA: 05/12/2002

JULGADO: 05/12/2002

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOSÉ ARNALDO DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ARX DA COSTA TOURINHO**

Secretária

Bela. **LIVIA MARIA SANTOS RIBEIRO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : AUTO POSTO ROCHA LTDA
 ADVOGADO : VALDIR BUNDUKY COSTA E OUTRO
 RECORRIDO : SHELL BRASIL S/A
 ADVOGADA : RENATA BARBOSA FONTES E OUTROS

ASSUNTO: Civil - Locação - Comercial - Ação de Despejo - Infração de Cláusula Contratual

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. ANTÔNIO VILAS BOAS CARVALHO (P/RECDA)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 05 de dezembro de 2002

LIVIA MARIA SANTOS RIBEIRO
Secretária