

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Luiz Eduardo Pereira de Menezes Camara

**TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA E SUA
ANÁLISE À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Especialização em Direito Processual Civil

**São Paulo
2018**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Luiz Eduardo Pereira de Menezes Camara

TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA E SUA
ANÁLISE À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Dissertação apresentada à Banca Avaliadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Mestre Rafael Motta e Correa

São Paulo
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

Orientador: Prof. Mestre Rafael Motta e Correa

Membros:

São Paulo, 18 de março de 2018.

DEDICATÓRIA

Ofereço o presente trabalho à minha família, em especial, minha esposa, pelas incontáveis horas de apoio, compreensão e amor.

AGRADECIMENTOS

Ao meu professor e orientador, Rafael Motta e Correa, pelos diversos encontros e ensinamentos, contribuindo demasiadamente para meu crescimento acadêmico.

Aos meus colegas de pós-graduação, que igualmente me enriqueceram com seus conhecimentos e ideias.

RESUMO

Diante da impossibilidade de os particulares fazerem justiça com as próprias mãos, ao Estado foi confiado o monopólio da jurisdição para solução dos litígios. Como instrumento de sua atuação, criou-se, então, o que se convencionou chamar de processo. Enquanto pelo processo cognitivo o Estado tem por missão resolver uma crise de certeza, definindo o direito, por meio do processo executivo busca-se sanar uma crise de adimplemento. Todavia, um processo que não entrega, verdadeiramente, aquilo que é buscado pela parte, não traduz vontade do Estado, qual seja: a pacificação social. E, na prática, inúmeras decisões judiciais seriam pouco eficientes frente à certas peculiares que demandam, do Poder Judiciário, atuação mais célere e diferenciada. Como uma sequência de atos, é natural que o processo tenha longo trâmite e extenso prazo de duração. Por vezes, o tempo permite transformações no mundo fático, causadas por vontade das partes ou não, que ameaçam direitos materiais de pessoas ou mesmo a atividade jurisdicional futura. Era preciso que o legislador atribuísse ao Poder Judiciário ferramentas, ainda que excepcionais, justamente para afastar as situações de perigo. Foi nesta esteira que houve a criação das tutelas provisórias de urgência, instrumentos indispensáveis à garantia da efetividade processual e à prestação jurisdicional efetiva. O estudo em apreço procura examinar as características das referidas tutelas provisórias, à luz do novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave

Tutelas Provisórias - Tutelas de urgência - Tutela antecipada - Tutela Cautelar - Novo Código de Processo Civil

ABSTRACT

Faced with the impossibility of individuals doing justice with their own hands, the State was entrusted with the monopoly of jurisdiction to settle disputes. As an instrument of its performance, it was created what was called the process. While through the cognitive process the State has the mission of solving a crisis of certainty, defining the right, through the executive process seeks to remedy a payment crisis. However, a process that does not truly deliver what is sought by the party does not reflect the State will, namely: social pacification. And in practice, innumerable judicial decisions would be ineffective against certain peculiarities that demand, from the Judiciary, a quicker and more differentiated action. As a sequence of acts, it is natural that the process has a long and an extended duration. Sometimes its duration allows transformations in the factual world, caused by the parties or not, that threaten the rights of people or even the future jurisdictional activity. It was necessary for the legislator to give the Judiciary tools, albeit exceptional ones, precisely to avoid situations of danger. It was in this wake that the creation of provisional emergency orders, indispensable instruments to the guarantee of the procedural and jurisdictional effectiveness provision. The present study seeks to examine the characteristics of such provisional tutelages in the light of the new rules of civil procedure.

Keywords

Provisional measures – Urgent injunction – Preliminary injunction – Preventive injunction – New Civil Procedure Code

SUMÁRIO

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS	10
2. A TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	15
2.1. O CONCEITO DE TUTELA PROVISÓRIA E A SUA CLASSIFICAÇÃO COMO GÊNERO	15
2.2. ESPÉCIES DE TUTELAS PROVISÓRIAS	16
3. CARACTERÍSTICAS DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA.....	25
3.1 PROVISORIEDADE.....	25
3.2 SUMARIEDADE DE COGNIÇÃO	29
3.3 FUNGIBILIDADE	31
4. ASPECTOS GERAIS SOBRE AS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA	34
4.1 PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO.....	34
4.2 LEGITIMIDADE	41
4.3 COMPETÊNCIA	42
4.4 MOMENTOS DE CONCESSÃO E MEIOS DE EFETIVAÇÃO.....	45
4.5 CABIMENTO	49
4.6 NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DECISÃO	51
4.7 CONTRACAUTELA (DANO REVERSO).....	53
4.8 RESPONSABILIDADE POR PERDAS E DANOS.....	54
5. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA CAUTELAR	57
5.1 PROCEDIMENTOS POSSÍVEIS (ANTECEDENTE OU INCIDENTAL)	57
5.2 O FIM DO PROCESSO CAUTELAR AUTÔNOMO	61
6. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA	63
6.1 PROCEDIMENTOS POSSÍVEIS (ANTECEDENTE OU INCIDENTAL)	63
6.2 ESTABILIZAÇÃO.....	66
7. CONCLUSÃO	73

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	75
------------------------------------	----

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

O processo não é um fim em si mesmo. Sempre terá caráter instrumental por servir à realização de direitos materiais. Embora o Estado procure regulamentar as relações jurídicas, é sabido que a lei nem sempre é suficiente e os conflitos são inevitáveis.

O processo é, pois, a maneira encontrada pela sociedade para que o Estado exerça seu papel jurisdicional de concretizar as normas aplicáveis aos casos concretos.

Nascida a pretensão de determinada pessoa, resistida que venha a ser por quem lhe deva suposto respeito, nasce o que se convencionou chamar de lide, cuja solução depende do exercício do poder jurisdicional materializado através do processo.

Esta tutela jurisdicional é, sobretudo, uma garantia: a garantia da paz social, pressuposto de qualquer sociedade democrática e próspera, donde não prevalecerão a violência ou a sorte, mas sim a lei, traduzindo a vontade maior da própria coletividade.

A garantia, então, do direito a uma resposta jurisdicional, foi positivada por nosso constituinte no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal ("CF")¹. Ninguém excluirá da apreciação do Poder Judiciário a eventual lesão ou ameaça de lesão a direitos, de quem quer que seja.

É dizer, a cada afronta ou ameaça, necessariamente, deve corresponder um meio jurídico apto ao seu enfrentamento adequado.

¹ "Art. 5º, XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

Considerando a diversidade dos provimentos jurisdicionais possíveis, a doutrina passou a apresentar uma classificação dos processos conforme aquilo que constitui seu pedido principal, amoldando-a à pretensão material almejada.²

Em linhas gerais, por meio de um processo cognitivo, o Estado-Juiz atua na “definição da vontade concreta da lei”³ diante da situação litigiosa. Esta ordem de processo busca acertar o direito, declarando-o, interferindo em relações jurídicas ou mesmo condenando determinado indivíduo.

Doutro lado, situações há em que o direito já está definido, mas não é respeitado, surgindo o processo executivo ou um desdobramento do processo cognitivo, intitulado "cumprimento de sentença".

Também neste último caso o papel do Estado é substituir as partes, através do exercício do monopólio jurisdicional, evitando a violência, para fazer valer o direito pré-constituído judicialmente ou extrajudicialmente.

Embora a sistemática pareça simples em tese, crer que o Estado, diante do exercício de seu papel jurisdicional, sempre tornará efetiva a observância do direito assegurado ao vencedor é utopia.

Afloram, na prática, inúmeros casos desprovidos de eficácia, esvaziada, às vezes, pela simples demora processual, tornando inócua a prestação jurisdicional futura ou mesmo o direito material da parte.

Não que a demora processual seja um mal em si mesma. Conforme bem esclarece Fredie Didier, o tempo é mal necessário para que se respeite o devido

² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, p. 301.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 1, p. 111.

processo legal e se produzam resultados justos, ao que conclui que "bem pensadas as coisas, o processo 'demorado' é uma conquista da sociedade: os 'poderosos' de antanho poderiam decidir imediatamente".⁴

O problema é a irrazoabilidade frequentemente verificada na duração dos processos em geral, colocando em risco a efetividade da prestação jurisdicional, sobretudo em casos de maior urgência.

Há, ainda, hipóteses nas quais o direito do demandante é tão evidente que permitir que a parte contrária permaneça a usufruir do direito consistiria, nas palavras de Elpídio Donizetti, em injustiça por si só⁵.

Nesta senda, diante de real ameaça ao resultado final do processo ou ao direito da parte, surge situação de urgência ou evidência que, não solucionada, implicaria afronta às garantias constitucionais da inafastabilidade jurisdicional e da efetividade processual.

Nas lições de Cândido Rangel Dinamarco:

Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de receber (Chiovenda), sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social. **O processo vale pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos.**⁶

Noutros termos, para que o processo seja eficaz e realmente tutele o jurisdicionado, não basta a sentença processual que ponha fim à lide: é necessário que a tutela seja tempestiva, útil.

⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 567.

⁵ DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 456.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 108. (Grifos nossos).

Tornou-se papel do Estado-Juiz assegurar às partes o “atingimento do fim precípua do processo, que é a solução justa da lide”⁷, não apenas uma solução.

Humberto Theodoro Júnior comenta o assunto:

[...] há situações concretas em que a duração do processo e a espera da composição do conflito geram prejuízos ou risco de prejuízos para uma das partes, os quais podem assumir proporções sérias, comprometendo a efetividade da tutela a cargo da Justiça. O ônus do tempo, às vezes, recai precisamente sobre aquele que se apresenta, perante o juízo, como quem se acha na condição de vantagem que afinal virá a merecer a tutela jurisdicional. Estabelece-se, em quadras como esta, uma situação injusta, em que a demora do processo reverte-se em vantagem para o litigante que, no enfoque atual, não é merecedor da tutela jurisdicional. Criam-se, então, técnicas de sumarização, para que o custo da duração do processo seja melhor distribuído, e não mais continue a recair sobre quem aparenta, no momento, ser o merecedor da tutela da Justiça.⁸

Ilustre-se com a hipótese de pessoa doente que necessita de cirurgia, negada pelo plano de saúde, e que morre no decorrer do processo por sua demora; ou com o caso de devedor que dilapida o patrimônio no transcurso processual, impedindo que o credor alcance seus bens para ver resolvida a dívida existente; ou ainda, com a hipótese de condenação de alguém à restituição de coisa que já não existe mais.

O provimento jurisdicional não deve buscar, portanto, qualquer solução, mas sim aquela que seja efetiva e faça real diferença na vida dos envolvidos.

Razoável, então, que o legislador criasse mecanismos aptos a contornar as várias situações de ameaça ao processo ou ao direito da parte.

Para tanto, surgem as **tutelas provisórias**, de urgência e evidência, cuja principal finalidade é amainar os males do tempo, garantindo, ainda que provisoriamente, segurança aos litigantes.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito ...cit.*, p. 630.

⁸ Idem.

O escopo do presente trabalho repousa sobre as tutelas provisórias de urgência, visando explorar sua aplicabilidade e procedimento, à luz daquilo que foi definido pelo legislador do novo Código de Processo Civil⁹ ("CPC/2015").

⁹ Lei federal nº 13.105 de 16 de março de 2015.

2. A TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

2.1. O conceito de tutela provisória e a sua classificação como gênero

Etimologicamente, o termo tutela significa proteção¹⁰. As tutelas provisórias podem ser conceituadas, portanto, como medidas protetivas que visam minimizar ou extirpar, provisoriamente, determinado risco ou injustiça causada pela demora processual.

Diz-se provisoriamente porque as tutelas deste cunho são concedidas, no mais das vezes, diante de situações de probabilidade e urgência, que não permitem ao julgador analisar com minúcias o processo.

Assim, duram enquanto a situação de risco ou evidência se demonstrar plausível, até que decisão definitiva seja tomada sobre o caso enfrentado. Apenas esta última terá o condão de apaziguar, de maneira imutável e segura, o conflito de interesses trazido ao Poder Judiciário.

Importante saber, então, que as tutelas provisórias não se pleiteiam de forma absolutamente desvinculada ao pedido final, que deverá ser proposto conjuntamente ou posteriormente a elas, eis que são "prestáveis eventualmente em complemento e aprimoramento eficaz da tutela principal, a ser alcançada mediante o provimento que, afinal, solucionará definitivamente o litígio configurador do objeto do processo"¹¹.

De acordo com a sistemática do novo CPC/2015, a tutela provisória é

¹⁰ "Tutela: [...] Proteção, amparo." (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008, p. 798)

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito ...cit.*, p. 630.

gênero que se subdivide em duas espécies: a tutela provisória de urgência e a tutela provisória de evidência. Ambas traduzem situações que fundamentam a atuação jurisdicional diferenciada e provisória, embora por motivos e meios distintos.

2.2. Espécies de tutelas provisórias

2.2.1 Urgência e evidência

Como narrado, o novo CPC/2015, ao tratar do tema "tutela provisória" em seu Livro V da Parte Geral, distingue as tutelas provisórias em urgência e evidência. A utilização de uma ou outra dependerá do quadro fático delineado pelo caso concreto, conforme seus fundamentos e necessidades.

A tutela provisória de urgência, como o nome sugere, destina-se a garantir a defesa de um direito ameaçado (processual ou material).

Será concedida quando houver elementos que comprovem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300 do CPC/2015).

Para sua configuração, sempre há um perigo a ser combatido, seja pela concessão antecipada daquilo que se pede como provimento final ou pela adoção de providências que confirmam proteção a tal provimento futuro.

Mas não é só a urgência que fundamenta a concessão de uma decisão provisória. Conforme ensinamentos de José Miguel Garcia Medina, "a exigência constitucional dirigida tanto à atividade legislativa quanto à jurisdicional de que os direitos sejam realizados eficientemente também justifica a criação de técnicas voltadas à tutela mais célere de direitos evidentes em desproveito dos pouco

aparentes".¹²

A tutela provisória de evidência difere das tutelas provisórias de urgência, tendo em vista se justificar independentemente da demonstração de perigo de dano ou ameaça ao resultado útil do processo.

O que se quer, portanto, é conferir proteção àquilo que já é prontamente aferível, sendo prescindível, nas hipóteses de sua incidência, maiores digressões sobre o risco.

Por meio dela se torna justo distribuir, isonomicamente, o ônus do tempo do processo, privilegiando quem esteja em posição de maior consistência de alegações.¹³

2.2.2. Tutela antecipada e cautelar

A tutela provisória de urgência pode ter natureza antecipada ou cautelar, conforme atesta o parágrafo único do art. 294 do CPC/2015¹⁴. O critério, comumente utilizado para a distinção das espécies de tutela, é a aferição da satisfatividade.

Compreender como satisfativa determinada tutela quer dizer cotejá-la com o pedido principal da parte, concluindo que coincidem em algum aspecto.

¹² MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, Capítulo II, item 1.1.

¹³ Conforme ensina **Daniel Mitidieiro**, "o objetivo da tutela da evidência está em adequar o processo à maior ou menor evidência da posição jurídica defendida pela parte no processo, tomando a maior ou menor consistência das alegações das partes como elemento para distribuição isonômica do ônus do tempo ao longo do processo" (MITIDIEIRO, Daniel. *Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. Revista de Processo, n. 197, p. 41. apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito...cit.*, p. 631).

¹⁴ "Art. 294, parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental."

Noutras palavras, é provisoriamente satisfativo aquilo que foi conferido para antecipar efeitos, no todo ou em parte, que somente seriam esperados com o julgamento final do processo.

A tutela provisória de urgência cautelar, por sua vez, é concedida não para conferir à parte aquilo que ela pleiteia como pedido principal, mas para que alguma medida protetiva assegure o resultado útil do processo. Diz-se ser conservativa justamente por sua finalidade de assegurar o bom desenrolar do processo, chegando a doutrina, inclusive, a mencionar, como característica, sua instrumentalidade ao quadrado.¹⁵

A cautelaridade e a satisfatividade são conceitos que não se confundem. Ou se está diante de uma satisfação provisória daquilo que foi pleiteado ao final ou diante de uma medida adotada pelo magistrado para conservar o processo.

A distinção, que hoje parece clara, nem sempre foi respeitada. Durante a sistemática do antigo Código de Processo Civil (CPC/1973), o legislador tardou a adotar a antecipação de tutela como forma de tutela provisória. Existiam alguns poucos casos de antecipação referidos no antigo código e em leis especiais.

Com isto, eram frequentes os pedidos de tutelas "cautelares" que, em sua essência, nada mais representavam senão verdadeiro desejo de antecipação do provimento final.

Nessas hipóteses tínhamos o que impropriamente se denominava

¹⁵ Leciona Cássio Scarpinella Bueno: "E mais: 'a tutela cautelar, quando comparada com o direito substancial é uma tutela mediata: mais do que fazer justiça serve a garantir o eficaz funcionamento da justiça. Se todos os provimentos jurisdicionais são um instrumento do direito substancial que atuam através deles, nos provimentos cautelares há uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada ao quadrado: eles são um meio predisposto a permitir o êxito do provimento definitivo, que, por sua vez, é um meio para a atuação do direito; são, com relação à finalidade última da função jurisdicional, instrumentos do instrumento'." (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.165)

"cautelar satisfativa". Diante da inexistência da possibilidade de antecipação de tutela em face da ausência de previsão legal, ajuizava-se um pedido principal travestido de cautelar, apenas para que o juiz pudesse atender ao pedido de emergencial¹⁶.

O panorama se alterou ainda sob a égide do revogado código, mais precisamente no ano de 1994. A partir da nova redação dada aos arts. 273 e 461 do CPC/1973, o instituto da antecipação de tutela foi inserido no ordenamento, dispensando a manobra jurídica de qualificação como cautelar daquilo que era notoriamente satisfativo.

Se a intenção da parte era antecipar os efeitos finais do pedido principal, bastava ajuizar ação de conhecimento e pleitear a concessão de liminar, demonstrando as razões da urgência.

Noutros termos, "as distorções que eram aceitas em razão de vácuo legislativo não mais se justificam, sendo inadmissível a manutenção das chamadas 'cautelares satisfativas'"¹⁷.

Há quem defenda, porém, a sobrevivência das cautelares satisfativas, hoje intituladas tutelas satisfativas autônomas, à exemplo de Fernando da Fonseca Gajardoni. No escólio do eminente doutrinador:

A tutela satisfativa autônoma, como o próprio nome indica, não é apenas conservativa, o que a afasta da natureza cautelar. Distingue-se, por outro lado, da antecipação dos efeitos da tutela porque esta, embora satisfativa, dura, em regra, na pendência do processo, enquanto a tutela satisfativa autônoma não demanda ratificação posterior para operar a plenos efeitos. Diversamente das cautelares e antecipatórias, as tutelas satisfativas autônomas bastam por si mesmas e esgotam-se com a simples negação ou

¹⁶ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 703.

¹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 501. Sobre o assunto, valem também as lições de **José Miguel Garcia Medina**: "A tutela cautelar, a rigor, é meramente conservativa, isso é, tem por finalidade assegurar que a providência 'principal' tenha condições de gerar efeitos. A tutela cautelar, assim, não é satisfativa." (MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, item 6.2.1.)

concessão da liminar.¹⁸

O mestre exemplifica a situação através de casos práticos, como pedidos de transfusão de sangue, aborto etc. Em tais casos, estaríamos diante de exceção à característica da provisoriedade que marca as tutelas provisórias.

Referida tutela satisfativa autônoma seria espécie de tutela sumária definitiva, eis que irreversíveis os seus efeitos. Nesse plano, eventuais consequências somente poderiam ser reparadas por meio indenizatório, não com a reposição do *status quo ante*¹⁹.

Não parece, porém, que algo provisoriamente concedido possa ser encarado como definitivo apenas em razão de sua irreversibilidade fática. Afinal, nada impede que o provimento provisório inicial não seja ratificado em sentença, o que confirma o seu caráter provisório.

Quanto à irreversibilidade fática porventura causada, justificada está no princípio da proporcionalidade ou cotejo de direitos fundamentais, não afastando, porém, a reparação financeira dos prejuízos causados àquele que suportou a tutela provisória posteriormente não confirmada. O tema será melhor tratado adiante, no item 4.2.1.

Fosse realmente possível a chamada tutela satisfativa autônoma, sequer seria o caso de cogitar reparação de danos. Também seria absolutamente desnecessária sua confirmação ou revogação por decisão futura.

Embora distintas, a tutela provisória antecipada e a cautelar são duas vias que objetivam o mesmo destino, qual seja, a preservação de determinado direito

¹⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Forense, 2015, comentário ao artigo 294, item 6.

¹⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007-2008. v.2., p. 58.

(material ou processual). Válida a lição de Marcus Vinícius Rios Gonçalves, para quem:

[...] tanto a tutela antecipada quanto a cautelar podem ser úteis para afastar uma situação de perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação. Mas diferem quanto à maneira pela qual alcançam esse resultado: enquanto a primeira afasta o perigo atendendo ao que foi postulado, a segunda o afasta tomando alguma providência de proteção.²⁰

Talvez por sua proximidade ainda causem certa confusão em seu manejo, como muito se verifica na prática. Daniel Amorim Assumpção Neves costuma dizer ser difícil não considerar que ambas as tutelas de urgência terminam por garantir e satisfazer ao mesmo tempo, "sendo importante definir o que forma o objeto da tutela e o que é meramente sua consequência. A tutela cautelar garante para satisfazer e a tutela antecipada satisfaz para garantir. O objeto da tutela cautelar é garantir o resultado final do processo, mas essa garantia na realidade prepara e permite a futura satisfação do direito".²¹

Interessante é que o CPC/2015 não define expressamente quando estamos diante de tutela de uma ou outra natureza. Tais noções são "extraídas da doutrina e da jurisprudência anterior"²², como bem leciona Leonardo Greco, para quem o art. 301 do CPC/2015²³ é um indício do caráter assecuratório ou conservativo das tutelas cautelares, assim como a ausência de previsão de estabilização das mesmas.

De toda forma, persiste recomendável a técnica de comparar aquilo que foi concedido provisoriamente com o que se almeja como pedido final. Ainda é

²⁰ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 1, p. 324.

²¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito ...cit.*, p. 499-500.

²² GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 2., item 15.6.1.

²³ "Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito."

maneira bastante eficaz de descobrir se estamos diante de tutela provisória antecipada ou cautelar.

Para os casos de maior dificuldade de identificação o legislador garantiu o que, majoritariamente, se chama de fungibilidade. O assunto será apreciado em tópico próprio.

2.2.3 Tutela antecedente, incidental ou concomitante

A tutela provisória de urgência está marcada, via de regra, por uma interinidade, isto é, não se concebe como autônoma, mas como instrumento transitório que visa assegurar a prestação jurisdicional futura (tutela conservativa ou cautelar) ou direitos materiais também vinculados à referida prestação futura (tutela satisfativa ou antecipada).

Conquanto dependentes do pedido principal, quaisquer das espécies de tutelas provisórias de urgência podem ser requeridas em distintos momentos processuais: podem ser requeridas de forma antecedente a ele; incidentalmente, isto é, com o processo em curso; ou concomitantemente à sua realização.

As tutelas provisórias requeridas em caráter antecedente e incidental são referidas no art. 294, parágrafo único, do CPC/2015, cuja redação esclarece: "A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental".

Já a tutela provisória de urgência concomitante, por sua vez, tem menção no art. 308, §1º, do mesmo código²⁴, que trata, especificamente, da urgência

²⁴ "Art. 308, § 1º. O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar."

cautelar. Não restam dúvidas, porém, que a omissão legislativa não impede que também as tutelas de cunho antecipatório sejam requeridas em conjunto com o pedido principal.

Quanto à forma de pleito da tutela provisória de urgência em caráter incidental ou concomitante, não há maiores dificuldades, bastando que a parte apresente petição que exponha os seus requisitos ou os faça constar de capítulo próprio da petição inicial.

Tratando-se de tutelas provisórias requeridas em caráter antecedente, quando a urgência se revela contemporânea à propositura da ação, não há tamanha facilidade. Haja vista a inexistência de processo em curso, o legislador foi obrigado a criar ritos específicos para permitir que o magistrado decida acerca da medida de urgência, sem descurar que a parte deve apresentar seu pedido futuro oportunamente.

Como veremos em capítulo próprio que trata das tutelas provisórias requeridas em caráter antecedente, preocupou-se o legislador em fixar prazos para que a parte emende a sua petição inicial, veiculando a pretensão final, justamente para respeitar a transitoriedade que marca as tutelas provisórias de urgência.

Exceção existe apenas no que concerne às tutelas provisórias de urgência de natureza antecipada, cujos efeitos poderão ser estabilizados em situações específicas e previstas em lei, dispensando, por parte do demandante, qualquer apresentação de pedido principal, caso se contente com a produção dos efeitos estabilizados.

Embora não seja objeto do presente trabalho, não se descarta que a tutela de evidência também representa espécie de tutela provisória, convindo ressaltar que o novo CPC/2015 não contemplou a tutela de evidência antecedente, mas apenas a previu na forma incidental.

Daniel Amorim Assumpção Neves critica esta opção legislativa, sob o argumento de que "tratando-se de tutela satisfativa [...] se aproxima de forma

significativa da tutela antecipada, sendo a única diferença entre elas os requisitos de sua concessão".²⁵

Nos parece, entretanto, que a opção legislativa se deveu ao fato da tutela de evidência não guardar, em seu bojo, situação de premência.

Ora, exigir a criação de procedimento diferenciado para conferir aquilo que pode ser pedido em conjunto com a pretensão principal, sem maiores dificuldades à parte, seria totalmente inadequado.

²⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito ...cit.*, p. 486.

3. CARACTERÍSTICAS DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA

3.1 Provisoriedade

As tutelas provisórias de urgência, embora visem combater perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, não foram feitas para durar.

Consoante determina o art. 296 do CPC/2015, as tutelas de urgência conservarão sua eficácia na pendência do processo, mas podem, a qualquer tempo serem revogadas ou modificadas. Além disso, terão de ser confirmadas, modificadas ou reformadas pela decisão que dispor sobre a tutela processual definitiva, já que não se justifica perpetuar algo que foi criado apenas para curar situação momentânea de risco.

A única exceção à necessidade de discussão sobre o pedido principal que poderíamos aventar seria a concessão de eventual tutela provisória de urgência antecipatória, com posterior estabilização. Mas, mesmo aí, a tutela não deixa de ser provisória, eis que, ainda que não prontamente impugnada, "poderá sê-lo no prazo de dois anos (no qual permanece precária ou temporária)".²⁶

Fora tal hipótese, a regra é que a tutela provisória conserve sua eficácia enquanto não revogada ou substituída pela definitiva, não incorrendo a matéria por ela tratada em nenhuma espécie de imutabilidade como a preclusão ou a coisa julgada.

Questão interessante concerne saber se o magistrado poderia, de ofício e no curso processual, determinar a revogação ou modificação da tutela provisória de urgência outrora conferida. Tal atitude feriria o princípio dispositivo?

²⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral ...cit.*, comentário ao art. 296, item 4.

Em princípio, poder-se-ia concluir que aquilo que se apresentou como urgente diz respeito apenas ao interesse das partes, não influenciando na esfera jurídica alheia. Sendo assim, não poderia o juiz, de ofício, alterar aquilo que não corresponderia, propriamente, à matéria de interesse público. Desaparecida a urgência, competiria à parte contrária alegar - e comprovar - a modificação fática dos pressupostos que ensejaram a concessão da medida para vê-la cessar.

A dúvida se acentua quando da leitura do art. 296, do CPC/2015²⁷, que parece permitir que o juiz revogue ou modifique a tutela anteriormente conferida sem qualquer necessidade de provocação.

Tratando do assunto, Daniel Amorim Assumpção Neves compreende que "não se pode obrigar o juiz a manter uma tutela provisória quando os elementos de convicção lhe convençam de que, diferente de sua percepção inicial, os requisitos legais não estão preenchidos no caso concreto".²⁸

Conclui dizendo que, se o juiz pode, ao sentenciar, revogar ou modificar a tutela sem pleito da parte, porque não poderia fazê-lo durante o transcurso do processo?

O posicionamento parece correto, mas não se pode descurar que, em estágio mais adiantado, o processo estará recheado de elementos probatórios que permitirão a conclusão do juiz por tal ou qual tutela provisória de urgência e sua revogação ou manutenção.

Ocorre que, se estivermos diante de processo em estágio ainda inicial, dificilmente o juiz terá novos elementos fático-probatórios para decidir por revogar ou

²⁷ "Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada."

²⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito ...cit.*, p. 492.

modificar a tutela concedida sem que uma das partes assim requeira e traga novos elementos.

Para nós, deve-se, em alguma medida, compreender que os magistrados também estão sujeitos à preclusão - *pro judicato* -, não devendo desautorizar, sem motivo, aquilo que já autorizado.²⁹

Com isto, a eventual modificação ou revogação da tutela outrora concedida devem estar fundamentadas em um aprofundamento cognitivo do magistrado, conforme os elementos que forem aportando aos autos demonstrarem alteração da situação fática que anteriormente autorizara a sua concessão.

A maioria doutrinária, porém, parece acompanhar a posição externada por Daniel Amorim Assumpção Neves, à exemplo de Leonardo Greco. Este aduz que "para a modificação da tutela antecipada pelo juiz, a lei não exige o surgimento de fatos novos ou supervenientes; basta que o magistrado se convença de que não estão presentes os pressupostos legais, ainda que baseado nos mesmos fatos e circunstâncias, agora submetidos a uma nova apreciação"³⁰.

Havendo a confirmação ou revogação na sentença, o mais adequado é que esta traga expressamente tal situação, não deixando margem a dúvidas. Até porque, nos termos do art. 1.012, §1º, do CPC/2015, a apelação da sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória não gozará de efeito suspensivo.

Se da decisão final constar expressamente a postura do magistrado em relação à tutela provisória de urgência requerida, mais fácil será identificar se recurso

²⁹ "Conquanto os prazos judiciais sejam impróprios para que o processo possa alcançar seu final, é preciso que também os atos do juiz fiquem sujeitos à preclusão. Não se trata de preclusão temporal, mas da impossibilidade de decidir novamente aquilo que já foi examinado. Não há perda de uma faculdade processual, mas vedação de reexame daquilo que já foi decidido anteriormente, ou de proferir decisões incompatíveis com as anteriores." (GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil ...cit.*, p. 321)

³⁰ GRECO, Leonardo. *Instituições ...cit.*, item 15.2.

possui ou não o referido efeito.

Não havendo a informação de modo expresso, cumprirá aos advogados das partes interpretar o *status* da tutela provisória conforme o conteúdo da sentença: em caso de pedido procedente ou improcedente, concluirão por sua confirmação ou revogação implícitas.

Em sendo julgado improcedente o pedido do autor, seria possível, ainda assim, a sentença manter a tutela antecipada outrora concedida? Não nos parece adequado que o magistrado assim proceda, vez que a decisão final é concedida de forma exauriente, ao passo que a tutela provisória sempre é concedida com base em provas e fatos sumariamente demonstrados.

Há, porém, quem admita, a exemplo de Luiz Guilherme Marinoni³¹, desde que haja a interposição de recurso e fundado risco de dano ao sucumbente.

Para alguns doutrinadores há que se distinguir, outrossim, o que é provisório daquilo que é temporário, embora os termos sejam frequentemente utilizados na jurisprudência como sinônimos, com o fito de indicar que a tutela provisória não é definitiva.

É o caso de Ovídio Baptista e Fredie Didier³², ao aduzirem que o temporário também dura determinado período (tal qual aquilo que é provisório), mas não é substituído por nenhuma outra coisa: simplesmente deixa de existir.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 167.

³² "Com base em reflexão de Ovídio Baptista da Silva, é possível fazer distinção entre o provisório e o temporário. O provisório é sempre preordenado a ser "trocado" pelo definitivo que goza de mesma natureza - ex.: 'flat' provisório em que se instala o casal a ser substituído pela habitação definitiva (apartamento de edifício em construção). Já o temporário é definitivo, nada virá em seu lugar (de mesma natureza), mas seus efeitos são limitados no tempo e predispostos à cessação - ex.: andaimes colocados para pintura do edifício em que residirá o casal lá ficarão o tempo necessário para a conclusão do serviço [...]" (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito ...cit.*, p. 563).

Adotada essa distinção, a tutela provisória de urgência cautelar não possuiria por característica a provisoriedade, mas sim a temporariedade, conforme textualmente afirma Fredie Didier, no sentido de que "a tutela cautelar é temporária, mas não é provisória, pois nada virá em seu lugar da mesma natureza".

Para nós, porém, nada parece justificar tal separação, já que o próprio Código de Processo trata da tutela de urgência cautelar como espécie de tutela *provisória*.

Outra questão interessante diz respeito à natureza jurídica da decisão que concede a tutela provisória de urgência na sentença, com a finalidade de afastar eventual efeito suspensivo do recurso de apelação.

Em tais situações cremos que estaremos diante de uma tutela definitiva, e não mais provisória, já que "neste caso haveria cognição exauriente, e não sumária"³³.

3.2 Sumariedade de cognição

Compreende-se o termo "cognição" como aquilo que pode ser conhecido ou analisado pelo juiz no processo. Discorre Alexandre Freitas Câmara neste sentido:

A cognição é a técnica utilizada pelo juiz para, através da consideração, análise e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes, formar juízos de valor acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidilas.³⁴

³³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito* ...cit., p. 581.

³⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris: 2009, v. 1, p. 263.

A doutrina, em especial Kazuo Watanabe, costuma dividir cognição em dois planos, quais sejam, o horizontal e o vertical³⁵.

No plano horizontal, a cognição traduz a extensão de matérias alegadas pelas partes e conhecíveis pelo juiz. Sob tal enfoque, é possível que a cognição do magistrado seja plena, quando poderá conhecer toda e qualquer matéria trazida ao poder judiciário, ou limitada, quando não lhe for possível adentrar todas as questões por elas suscitadas.

Exemplo corriqueiramente mencionado refere-se à impossibilidade de o juízo conhecer questões outras, senão as que tratem sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço, em contestação ofertada em lide desapropriatória³⁶.

No plano vertical, por seu turno, a cognição refere-se à profundidade com a qual o juiz conhece as matérias. Noutros termos, cuida-se da intensidade por ele empregada para analisar as matérias trazidas ao seu conhecimento.

Sob esse aspecto, a cognição poderá ser sumária (também chamada de superficial) ou exauriente. A primeira é juízo de probabilidade, ao contrário da cognição exauriente, na qual, em tese, o juiz se aprofundou na análise das matérias trazidas. Fala-se, nesse último caso, num juízo de certeza.

As tutelas provisórias de urgência, sejam elas cautelares ou antecipadas, residem no plano da probabilidade, porque, diante da urgência em que são conferidas, exige-se que sejam apreciadas de modo mais célere.³⁷

³⁵ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987. p. 83.

³⁶ "Art. 20. A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta (Decreto-Lei nº 3.365 de 21 de junho de 1941)"

³⁷ "A cognição do juiz (a matéria objeto de seu conhecimento) pode ser analisada em dois planos: horizontal e vertical (WATANABE, 2000, p. 127-144). 2.2. No plano horizontal, analisam-se a extensão e a amplitude das matérias que podem ser arguidas pelas partes e apreciadas pelo julgador. Quando não houver limitação alguma de matéria, diz-se que a cognição é plena (v.g., tal como ocorre na maioria

Com a cognição sumária, ganha-se na celeridade e perde-se na segurança. Opta-se por aquela em detrimento desta. Com a urgência do caso concreto, é sempre necessária maior rapidez.

Por outro lado, na cognição exauriente, há menos celeridade na apreciação das questões trazidas ao olhar do magistrado, com um aumento da certeza de que o julgamento será mais seguro. Em razão da análise cognitiva mais profunda, apenas a cognição exauriente pode ensejar decisões protegidas sob o manto da coisa julgada.

3.3 Fungibilidade

As tutelas provisórias de urgência cautelar e satisfativa possuem diferentes finalidades, como alhures demonstrado. Não se pode negar, contudo, se tratarem de institutos muito próximos, sobretudo no atual CPC/2015, que tratou de unificar até mesmo os seus requisitos.

Desta forma, não é impossível que hajam zonas cinzentas que nos impeçam definir, de plano, por uma ou outra providência.

Confessamos, a confusão parecia ser maior sob a égide do antigo código, sobretudo pela novidade do instituto da antecipação de tutela, o que levou o

das ações de conhecimento). Já quando a norma restringe aquilo que pode ser objeto de conhecimento pelo juiz, diz-se que a cognição é limitada (tal como ocorre na consignação em pagamento ou na impugnação ao cumprimento de sentença, conforme artigos 544 e 525, § 1.º, CPC/2015). 2.3. Já no plano vertical, analisa-se a cognição quanto ao grau de profundidade com que o juiz apreciará as matérias aventadas pelas partes. Se a análise for apenas superficial, com menor grau de certeza, diz-se que a cognição é sumária, já que baseada em juízo de verossimilhança e probabilidade. Por sua vez, quando a dedicação do juiz sobre as matérias argúveis for maior, com um maior grau de profundidade, diz-se que a cognição é exauriente." (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral ...cit.*, comentário ao art. 296, item 2).

legislador a permitir que o magistrado adotasse uma providência por outra, caso a parte não fizesse o pedido adequado (art. 273, § 7º, do CPC/1973).

Não quer dizer, todavia, que atualmente não possa haver a mesma confusão, ainda que excepcionalmente, existindo determinados pontos de contato entre os institutos, capazes de conduzir os operadores do direito a equívocos.

Exemplifica-se com pedido provisório de separação de corpos. Não há consenso sobre sua natureza cautelar ou antecipada, haja vista que um dos efeitos do divórcio é justamente o fim da coabitação. Por essa razão, muitos entendem que a separação de corpos, nessa hipótese, configuraria antecipação de tutela e não providência cautelar.

Outro fator que aumenta a confusão na distinção da tutela provisória requerida é que, conforme já transcrita lição de Daniel Amorim Assumpção Neves, por vezes as tutelas de urgência terminam por garantir e satisfazer ao mesmo tempo.

Ocorre que um erro de forma não deve impedir que o Poder Judiciário tutele o perigo existente no caso concreto, sobretudo em respeito aos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da efetividade.

Para mitigar estes possíveis inconvenientes, o legislador, corretamente, previu no art. 305, parágrafo único, do CPC/2015, a possibilidade de fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipada.

Noutros termos, determinou que se o pedido de tutela cautelar tiver natureza antecipada, bastará ao magistrado que observe o procedimento previsto para a última medida.

Era preferível que o permissivo estivesse dentre as disposições gerais das tutelas de urgência. A sua inserção no capítulo que trata do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente nos induz à natural dúvida: poderia o inverso ocorrer, ou seja, uma providência cautelar ser concedida no lugar de uma tutela antecipada, mesmo que o parágrafo único do art. 305 diga apenas o contrário?

Parece razoável admitir que sim, seguindo os entendimentos jurisprudencial e doutrinário anteriormente existentes que, enquanto vigente o CPC/1973, admitiam a ampla fungibilidade (fungibilidade recíproca ou de mão dupla) entre os institutos.

No escólio de Elpídio Donizete:

"Embora não prevista expressamente no texto do parágrafo único do art. 305, a fungibilidade é de mão dupla, pelo que deverá o juiz, presentes os respectivos pressupostos, aplicar o procedimento da tutela cautelar requerida equivocadamente como tutela antecipada. Em nome da efetividade que tal alteração incute no processo de conhecimento, é de bom alvitre desprezar diferenças terminológicas."³⁸

Em conclusão, "[...] as mesmas preocupações que justificam a aplicação da fungibilidade nos termos do dispositivo ora comentado servem para justificar a fungibilidade em sentido inverso"³⁹, não havendo motivos para que seja diferente.

³⁸ DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito ...* cit. p. 469.

³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito ...*cit., p. 511.

4. ASPECTOS GERAIS SOBRE AS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA

4.1 Pressupostos de aplicação

Diferentemente da legislação anterior (CPC/1973), que trazia requisitos diversos - embora próximos - para a concessão das tutelas cautelar e antecipada, o atual código procurou sistematizar a matéria, apresentando requisitos gerais comuns, até mesmo pelo fato de ambos os tipos de tutela fazerem parte do gênero "tutela provisória", não havendo justificativa para ser diferente.

4.1.1 Pressupostos positivos

Dois são os requisitos comuns e positivos para concessão da tutela provisória de urgência, seja ela antecipada ou cautelar. Cuidam-se da (a) probabilidade do direito e do (b) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300, caput, do CPC/2015).

A probabilidade do direito relaciona-se com a desnecessidade de um juízo de certeza para a concessão da tutela provisória de urgência. Pressupõe somente a simples aparência do direito a ser tutelado e não que se evidencie, ao julgador, como uma realidade absoluta e indiscutível, pois, neste caso, estar-se-ia diante de razão para a concessão de tutela definitiva⁴⁰.

Para alguns, sequer seria necessário trazer qualquer tipo de prova para

⁴⁰ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Campinas: Millenium, 2003. v. 3. p.370.

fundamentar a tutela provisória de urgência pretendida, especialmente em vista da redação do art. 300 do CPC/2015, que exige que haja apenas "elementos que evidenciem a probabilidade do direito". Ou seja, basta que as alegações sejam verossímeis. É o que assevera Daniel Amorim Assumpção Neves, *in verbis*:

A redação do art. 299, caput, do Novo CPC, aparentemente dá grande poder ao juiz para decidir a respeito do convencimento ora analisado. Ao não exigir nada além de elementos que evidenciem a probabilidade de o direito existir, o legislador permite que o juiz decida, desde que o faça justificadamente, que se convenceu em razão de elementos meramente argumentativos da parte, sem a necessidade, portanto, de provas que corroborem tais alegações. É natural que, nesse caso, as alegações de fato sejam verossímeis, ou seja, que sejam aparentemente verdadeiras em razão das regras de experiência.⁴¹

Há que se concordar. Por vezes a narrativa fática, por si só, embora desprovida de provas, permite concluir pela plausibilidade daquilo que foi apontado, não havendo razão para tolher a parte da proteção buscada.

Esse entendimento também é adotado por Marinoni, Arenhart e Mitidieiro, para quem "o legislador adscreveu ao conceito de probabilidade uma 'função pragmática': autorizar o juiz a conceder 'tutelas provisórias' com base em cognição sumária, isto é, ouvindo apenas uma das partes ou então fundado em quadros probatórios incompletos".

Conforme lembra Fredie Didier, porém, não basta uma mera verossimilhança fática daquilo que foi narrado, devendo estar presente, outrossim, uma plausibilidade jurídica, no sentido dos fatos se subsumirem às normas invocadas, "conduzindo aos efeitos pretendidos"⁴². De nada adianta ao interessado trazer fatos, ainda que evidentes, sem que o direito lhes ampare.

Conquanto a probabilidade do direito seja exigida para quaisquer das espécies de tutela provisória de urgência (cautelar e antecipada), vale ressaltar a lição

⁴¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito ...cit.*, p. 503.

⁴² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito ...cit.*, p.596.

de Ernane Fidélis dos Santos, segundo a qual "o juiz, certamente, para a simples cautela, levará em conta a plausibilidade do direito com menos rigor, enquanto, para a medida satisfativa, irá sempre buscar ponto de apoio mais convincente da possibilidade da existência do direito"⁴³.

Com ela não parece concordar Cassio Scarpinella Bueno, segundo o qual o novo código preferiu simplesmente igualar os requisitos em todos os aspectos, razão pela qual, "nesse sentido, a concessão de ambas as tutelas de urgência reclama, é isto que importa destacar, a mesma probabilidade do direito além do mesmo perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo".⁴⁴

Na aferição do requisito em comento deve o magistrado levar em consideração fatores como o "(i) valor do bem jurídico ameaçado ou violado; (ii) a dificuldade de o autor provar a sua alegação; (iii) a credibilidade da alegação, de acordo com as regras de experiência (art. 375); e (iv) a própria urgência alegada pelo autor."⁴⁵

A verdade é que o conceito de "probabilidade do direito" é verdadeira cláusula aberta, cujo alcance e aplicabilidade serão ponderados pelo magistrado caso a caso.

O requisito ora tratado tem sido frequentemente referido por muitos pela alcunha de *fumus boni iuris* (ou fumaça do bom direito). É certo, porém, que o CPC/2015 não emprega tal expressão, sendo preferível a utilização da denominação legal, eis que o *fumus boni iuris* era requisito próprio das ações cautelares no regime do CPC/1973.

⁴³ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1, p. 493.

⁴⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, P. 265.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2., item 5.4.

O outro requisito necessário para a concessão das tutelas provisórias de urgência e também previsto no art. 300 do CPC/2015 é o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Cuida de risco ligado ao perecimento do direito do litigante ou ao resultado futuro do processo que vise a tutela definitiva. Busca-se a proteção daquilo que a tutela jurisdicional ordinária não poderia proteger, em virtude do tempo despendido.

Não se exige que o caso concreto revele perigo de dano à parte e ao resultado processual ao mesmo tempo. Em certas hipóteses somente haverá somente um deles. A tutela provisória de urgência prevista no CPC/2015 "é ampla para abarcar tanto o perigo de dano quanto o perigo de demora".⁴⁶

Não se exclui, porém, a chance de a situação fática revelar um risco concomitante.

Importante que o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo seja concreto, isto é, possa ser demonstrado de forma efetiva, não bastando o mero temor de quem pleiteia a tutela provisória de urgência.

Por fim, parcela da doutrina, a exemplo de Leonardo Greco⁴⁷, aponta um terceiro requisito, não previsto expressamente do artigo 300 do CPC/2015, conquanto extraído do art. 299, qual seja, a necessidade de requerimento para que seja possível a concessão da tutela provisória de urgência cautelar ou antecipada.

⁴⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, item 5.3.1.

⁴⁷ Neste sentido, GRECO, Leonardo. *A tutela de urgência e a tutela de evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015*. p. 301 apud DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito ...cit.*, p.593.

Conforme se extrai da dicção do referido artigo, "A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal."

É preferível que assim seja, isto é, maximize-se a importância dos princípios da congruência, imparcialidade e inércia da jurisdição, evitando-se um protagonismo judicial exacerbado.

Afinal, se nem mesmo as partes estão se importando com o suposto risco existente ao seu direito (material ou processual), não há motivos para que o magistrado lhes tome as dores.

Até mesmo porque, conforme bem ensina Marina Vezzi:

[...] a tutela provisória poderá ser suscitada a todo tempo, inclusive na e após a sentença, enquanto pendente o recurso. Isso, porque, não produzidos os efeitos práticos da decisão (o pagamento, a entrega da coisa, a realização da obrigação), sempre haverá interesse no seu requerimento e deferimento⁴⁸.

Natural, então, ser de interesse daquele que se julga prejudicado, requerer, no momento em que assim se sinta, a proteção de urgência necessária. E não importa qual seja a premência apontada, se vinculada à antecipação de um pedido final ou ao resguardo do provimento judicial futuro.

Há os que pensem, todavia, que a tutela provisória poderia ser concedida de forma oficiosa, desde que mediante autorização legal, baseando-se na continuidade do raciocínio aplicável por ocasião do CPC/1973, cujo art. 797⁴⁹ permitia, em casos excepcionais e autorizados por lei, que fossem deferidas medidas cautelares sem requerimento⁵⁰.

⁴⁸ VEZZONI, Marina. *Direito processual civil*. 2. ed. Barueri: Manole, 2016, p. 31.

⁴⁹ Art. 797 do CPC/73. "Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes"

⁵⁰ Por esta possibilidade, **Guilherme Lunelli** explica o seguinte: "Em resumo, temos que, no CPC/73, a possibilidade de atuação de ofício do órgão julgador em matéria cautelar era situação de máxima

É o pensamento de Daniel Amorim Assumpção Neves, autor que advoga a tese da existência de um "poder geral de tutela de urgência"⁵¹, transformação do antigo "poder geral de cautela" existente no CPC/1973, que permitia aos magistrados a concessão de tutelas cautelares não requeridas, para concluir que pode ser admitida, ainda que em caráter excepcional, a concessão de tutela cautelar ou antecipada de ofício.

Para nós, porém, como sobredito, melhor que se preservem os princípios da adstrição e imparcialidade, devendo haver requerimento para a concessão das tutelas provisórias em questão.

4.1.2 Pressuposto específico aplicável à tutela de provisória de urgência antecipada

Além dos requisitos positivos que devem estar presentes para a concessão das tutelas provisórias de urgência (cautelar ou antecipada), a lei exige, ainda, para os casos de tutela antecipada, que não haja risco de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, §3º).

Importante dizer que a irreversibilidade tratada é a fática, ou seja, daquilo que a decisão produz no mundo dos fatos. Analisada a irreversibilidade sob o ponto de vista estritamente jurídico, esta inexistirá, porquanto qualquer provimento judicial

excepcionalidade, condicionada a autorização expressa de lei. Podemos dizer, então, que, com o advento do novel codex, nada muda. Quedando-se o legislador de 2015 calado sobre o tema, de se concluir que, a luz do nosso sistema constitucional, inviável a concessão oficiosa de qualquer modalidade de tutela de urgência, salvo quando (e se) expressamente autorizado por lei" (ALVIM, Thereza Arruda et al. *O novo código de processo civil brasileiro - estudos dirigidos: sistematização e procedimentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, cap. 07, item 04).

⁵¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito ...cit.*, p. 509.

comporta revogação posterior.

A ideia é que somente seja concedido algo irreversível mediante o provimento final, ou seja, aquele que enfrenta os pedidos da parte de modo definitivo e mediante cognição exauriente.

A aplicação prática da literalidade legal, todavia, fez surgir situações extremas que passaram a exigir do julgador a utilização da técnica da ponderação para garantir a proteção dos direitos de maior relevância, especialmente aqueles indisponíveis, como a vida e a integridade física das pessoas, em especial diante daquilo que passou a ser chamado de irreversibilidade recíproca.

Em casos tais, a concessão ou não da medida gera efeitos irreversíveis a uma parte ou a outra. Nessas hipóteses é que se permitiria ao magistrado superar a regra do art. 300, §3º, comparando os bens jurídicos envolvidos no processo e decidindo sobre qual deva prevalecer.

Por exemplo, a concessão de medida liminar antecipada para garantir que determinado plano de saúde realize cirurgia de transplante de coração é faticamente irreversível. Impossível voltar atrás e restituir as partes ao *status quo ante*.

Por outro lado, ignorar o direito à vida do autor de tal pleito seria privilegiar a aplicação do art. 300, §3º, do CPC/2015, em detrimento de direito de estatura constitucional e fundamental.

A admissão da irreversibilidade em determinadas situações pontuais gera aquilo que parte da doutrina refere como tutela satisfativa autônoma (ou tutela sumária definitiva⁵²). Já discordamos, porém, desta rotulação, eis que somente se

⁵² Explica **Humberto Dalla Bernardina de Pinho** que "em caráter absolutamente excepcional, quando os valores em jogo forem de grande relevância, valendo-se o intérprete do princípio da proporcionalidade, admite-se a utilização da técnica destinada à obtenção de tutelas sumárias e provisórias para solução definitiva e irreversível de situações substanciais (o que, na realidade, deixa de ser uma antecipação provisória, assumindo o status de tutela final, ou seja, tutela sumária

pode considerar definitiva a decisão que for precedida do natural trâmite inerente ao devido processo legal. O que se tem, para nós, é uma tutela sumária que continua sendo provisória, já que pode não ser confirmada pela sentença, embora irreversível.

4.2 Legitimidade

No que concerne à legitimidade para realização do pedido antecedente de tutela provisória de urgência (cautelar ou antecipada), somente se faculta ao autor da lide, que deverá posteriormente aditar a petição inicial (art. 303, §1º, I, do CPC/2015); formular o pedido principal (art. 308 do CPC/2015); ou ainda, nos casos de antecipação de tutela, se conformar com a eventual estabilização dos efeitos desta (art. 304 do CPC/2015), conforme o caso.

Não parece haver dúvidas de que o réu também poderá pleitear a concessão de tutela provisória de urgência cautelar ou antecipada quando assumir uma posição processual ativa, isto é, realizar pedido contraposto, reconvenção ou estivermos diante de ação de natureza dúplice.

Mesmo em casos nos quais o réu simplesmente contesta a ação, em posição meramente passiva, há doutrinadores que advogam a possibilidade de realização de pedido de tutelas de urgência. Fredie Didier exemplifica com a hipótese de réu demandar a antecipação provisória dos efeitos de futura sentença de improcedência, para exclusão de seu nome do cadastro de inadimplentes.⁵³

Daniel Amorim Assumpção Neves concorda ao lecionar que "na hipótese de o réu pretender obter a antecipação dos efeitos executivos dessa futura declaração

definitiva)." (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 534)

⁵³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito ...cit.*, p.574.

[de improcedência], nenhum óbice haverá ao pedido de antecipação de tutela na contestação".⁵⁴

Quanto à legitimidade dos terceiros intervenientes, na maioria das vezes, assumem a condição de réus, pelo que valem as mesmas explicações sobreditas. Apenas no tocante ao assistente deve-se observar a regra do art. 122, do CPC/2015, que condiciona a sua atuação à vontade do assistido. Afinal, se a lei permite ao assistido até mesmo renunciar ao direito, o mesmo deve ser entendido em relação ao pedido de antecipação de tutela requerido pelo assistente, que poderá ser objetado por aquele.

Por fim, sobre a legitimidade do Ministério Público, na condição de parte, não parece haver dúvidas de que terá o direito de pedir a tutela provisória. Todavia, como fiscal da lei, nos parece não se admitir, vez que a instituição ministerial deve atuar como mero observador do cumprimento do ordenamento jurídico.

Como já tivemos a oportunidade de defender, os pedidos de tutela provisória de urgência dependem de requerimento para sua concessão, *ex vi* do art. 299 do CPC/2015⁵⁵. Na condição de mero fiscal, não incumbe ao *Parquet* realizar pedidos, mas somente zelar pela observância legal.

4.3 Competência

Consoante disciplina o art. 299 do CPC/2015, a tutela provisória será requerida ao juízo da causa quando em caráter incidental. Quando pleiteada de forma antecedente, a competência será do magistrado que deverá conhecer do pedido

⁵⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito ...cit.*, p. 518.

⁵⁵ "Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal."

principal. A regra do artigo em comento é de competência funcional, ou seja, absoluta⁵⁶.

Tratando-se de processo de competência originária do tribunal, incumbirá ao relator a concessão da tutela provisória, nos termos do art. 932, II, do CPC/2015. Agindo o tribunal no exercício de sua competência recursal, também é possível que se realize pedido de tutela provisória ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito do recurso (art. 299, parágrafo único, do CPC/2015).

Caso ainda não esteja definido o órgão competente para apreciar o recurso, cremos deva ser seguida, por analogia, a regra da concessão de efeito suspensivo nos recursos de apelação (art. 1.012, §3º, I, do CPC/2015). Logo, antes da efetiva distribuição do recurso, pode o pedido de tutela provisória ser veiculado ao próprio tribunal, até que haja a distribuição do recurso, ficando o julgador designado prevento para o enfrentamento do recurso. Caso o recurso ainda não tenha subido ao tribunal, será importante que o interessado na tutela provisória instrua o pedido com as cópias processuais necessárias, permitindo que o órgão superior o analise.

Distribuída a ação ou o recurso a órgão absolutamente incompetente, questiona-se sobre a possibilidade de apreciação, por este, do pedido de tutela provisória. Em princípio, ensina Marcus Vinícius Rios Gonçalves, o juízo absolutamente incompetente não pode proferir qualquer decisão nos autos, senão aquela que reconhece sua condição e remete o feito ao órgão competente⁵⁷.

⁵⁶ **Fernando da Fonseca Gajardoni** ensina que "A regra do artigo 299 do CPC/2015 é de competência funcional, portanto absoluta. Por isso incide o regime previsto no artigo 64 e parágrafos do CPC/2015: (a) são nulos todos os atos decisórios praticados pelo juiz absolutamente incompetente, observando-se, no entanto, que até a prolação de outra pelo juiz competente (a quem serão encaminhados os autos), a decisão, como regra, conserva seus efeitos (§ 3.º); (b) é possível o reconhecimento de ofício da incompetência pelo julgador (§ 1.º), de modo que, ao receber o pedido principal, o juízo diverso daquele que conheceu a tutela provisória deve declinar; (c) a incompetência pode ser alegada por qualquer meio e em qualquer momento ou grau de jurisdição (§ 1.º); e (d) não pode ser ela prorrogada nem pelo juiz, nem por convenção das partes (artigo 62, CPC/2015)." (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral ...cit.*, comentário ao art. 299, item 2)

⁵⁷ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil...cit.*, p. 361.

Porém, há casos nos quais a urgência poderá ser tamanha que aguardar que o processo aporte no juízo correto seria fatal ao direito do litigante. Assim, haverá um conflito entre a regra do juízo natural (art. 5º, LIII, da CF) e o direito à inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF).

A exemplo do que entende o citado doutrinador, compreendemos que, diante do caso concreto e sua excepcionalidade, mesmo o juízo absolutamente incompetente pode determinar a providência urgente e, ato seguinte, remeter o processo para o juízo correto, a quem caberá o desenrolar do feito, podendo revogar a decisão provisória outrora concedida (na forma do art. 64, §4º, do CPC/2015⁵⁸).

Caso a incompetência para apreciação do pedido de tutela provisória seja relativa, seu reconhecimento dependerá sempre de arguição da parte contrária, na própria contestação, sob pena de restar prorrogada. Mesmo se alegada a incompetência, porém, a análise eventualmente realizada sobre a tutela provisória deve ser considerada válida.

Em caso de processo que deva ser julgado por juízo arbitral, possível que este defira a tutela provisória eventualmente requerida (art. 22-B, parágrafo único, da Lei 9.307/96⁵⁹), embora não esteja autorizado a dar cumprimento às medidas coercitivas.

Ainda não instituída a arbitragem, porém, poderá a parte se socorrer do Poder Judiciário para obtenção da tutela provisória de urgência, restando sujeita a decisão a posterior apreciação do árbitro, que poderá manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida (art. 22-A, combinado com o art. 22-B, da Lei 9.307/96⁶⁰).

⁵⁸ "Art. 64, § 4º: Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente".

⁵⁹ "Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário."

⁶⁰ "Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a

4.4 Momentos de concessão e meios de efetivação

As tutelas provisórias de urgência podem ser concedidas em diversos momentos pelo magistrado e isto não se confunde com o momento em que elas são solicitadas pela parte.

Já vimos que as tutelas provisórias de urgência podem ser requeridas em caráter antecedente, incidental ou concomitante, a depender da necessidade revelada pelo caso concreto.

Em todos os casos, terá o juiz distintos momentos processuais para a apreciação do pedido de tutela provisória e sua eventual concessão.

Uma primeira hipótese revela a possibilidade de o juiz concedê-las de forma liminar, isto é, de início, sem a oitiva da parte contrária, "quando a ouvida da parte contrária possa produzir prejuízo instantâneo do direito, seja pela simples demora, seja por ato que o réu possa adotar".⁶¹

Importante ressaltar que não há qualquer inconstitucionalidade no deferimento da medida sem a oitiva da parte contrária.

Na verdade, elas são constitucionais por conta de sua provisoriedade, podendo ser revistas, uma vez que dadas em cognição sumária; e também porque justificadas em situações de urgência, que permitem a mitigação do contraditório em prol da efetividade. O contraditório, nestes casos, não é desperdiçado. Apenas é feito

concessão de medida cautelar ou de urgência."

⁶¹ CASTELO, Jorge Pinheiro. Tutela antecipada na teoria geral do processo. São Paulo: LTr, 1999, p. 543.

de modo diferido, posterior.

Há expressa previsão legal para a concessão das tutelas de urgência em caráter liminar. É o que revela o art. 300, §2º, do CPC/2015, segundo o qual "A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia."

Mas é bom que se diga que apenas em situações excepcionais é que a tutela provisória de urgência deve ser concedida desta maneira. Apenas o perigo relevante justifica mitigar o contraditório. Se não houver risco da demora processual ou do comportamento do réu esvaziar a medida, melhor que seja adotada após a sua oitiva.

O próprio art. 300, §2º, já transcrito, também revela que a tutela provisória de urgência poderá ser concedida após o que denomina "justificação prévia".

A justificação prévia é procedimento que visa permitir ao magistrado a colheita de maior número de elementos para a apreciação da medida emergencial.

Como a doutrina aponta como "liminar" aquilo que foi concedido antes do comparecimento do réu no processo⁶², nada impede que tal liminar seja deferida somente após a audiência de justificação prévia.

De qualquer modo, diante da excepcionalidade das tutelas de urgência, sempre que houver dúvida sobre a melhor alternativa a tomar ou sobre os reais riscos que orbitam o caso concreto, poderá o magistrado determinar que seja realizada audiência para oitiva da(s) parte(s) e/ou testemunha(s) daquele que deseja a tutela provisória, antes de decidi-la.

⁶² "O Código de Processo Civil adota a mesma linha de raciocínio, referindo-se à medida liminar neste sentido - de medida tomada anteriormente à citação -, o que se pode extrair dos artigos 239, 300, §2º, 302, II, e 311, parágrafo único. É também nesse sentido que o legislador se vale do adjetivo quando cria a improcedência liminar do pedido (art. 322, CPC)." (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito ...cit.*, p. 579.)

E mais: esta audiência poderá ou não contar com a presença da parte contrária, à exclusivo critério do magistrado, concordando-se com as lições de Misael Montenegro Filho:

Embora a lei processual seja omissa, entendemos que a audiência de justificação pode ser realizada com as portas fechadas, em segredo de justiça e sem o conhecimento da prática do ato pela parte contrária, evitando que a sua ciência acarrete o perecimento do direito que a tutela provisória pretende tutelar, como na situação de mãe que desaparece com o filho do casal, após tomar conhecimento de que o genitor da criança solicitou a sua busca e apreensão.⁶³

Apenas ressaltamos que, ocorrendo a oitiva da parte contrária, eventual deferimento da tutela de urgência não pode mais ser encarado como providência adotada liminarmente, seguindo os ensinamentos esposados.

Além da concessão das tutelas de urgência antes ou após a realização de justificação prévia, nada impede que o magistrado as conceda em qualquer outra fase processual, enquanto detiver poder jurisdicional sobre o caso concreto.

Mesmo na sentença, é possível que o magistrado opte pela concessão das tutelas de urgência. E não se está aqui a tratar da mera confirmação ou não da tutela outrora concedida: quer-se dizer que o juiz poderá concedê-la, pela primeira vez, neste momento processual.

A importância da concessão da tutela provisória de urgência no momento da prolação da sentença, como outrora mencionado, diz respeito ao efeito suspensivo de eventual recurso de apelação movido pela parte contrária, que restará

⁶³ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016, item 13.2.

afastado⁶⁴.

Há que se fazer uma ressalva, porém, quanto à característica da provisoriedade inerente às tutelas provisórias de urgência. É que, uma vez concedida pela primeira vez em sentença, na verdade o magistrado estará atuando com cognição exauriente e, portanto, definitiva, com todos os efeitos daí decorrentes, em especial a possibilidade de formação da coisa julgada sobre a matéria decidida.

Sobre os meios de efetivação das tutelas de urgência, são bastante amplos, ao ponto de se mencionar a existência de um "poder geral de efetivação" de tais tutelas provisórias. É o que bem leciona Renato Montans De Sá:

Assim como se aplica para o cumprimento de obrigações específicas (entrega de coisa e fazer/não fazer) a lei confere ao magistrado um poder geral de efetivação para que possa determinar as medidas que entenda adequadas para a efetivação da tutela provisória. Essa regra vem prevista no art. 297 do CPC/2015, que deve ser lido em conjunto com o art. 301, que, exemplificativamente, estabelece hipóteses de efetivação, como o arresto, o sequestro, o arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bens.⁶⁵

De fato, o art. 297, do CPC/2015, determina de forma clara que "o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória."

Note-se que o CPC/2015, ao aludir certas medidas que poderão ser adotadas pelo magistrado, nominando-as, não impede que outras sejam concedidas, ainda que imprevistas (à exemplo da antiga e amplamente consagrada possibilidade de concessão de cautelares inominadas).

⁶⁴ Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo. § 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: [...] V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;"

⁶⁵ SÁ, Renato Montans de. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 281.

Além disto, o fato do legislador ter inserido, no CPC/2015, de forma exemplificativa, algumas medidas nominadas de possível adoção pelo magistrado, não quer dizer que estabeleceu requisitos e procedimentos próprios para concessão de cada uma delas, como antigamente ocorria sob a égide do CPC/1973.

Atualmente inexistem procedimentos diversos para cada tutela protetiva a ser adotada. Outrossim, tem-se como regra a liberdade do magistrado adotar, com base num poder geral, a medida que entenda mais correta e suficiente à urgência demonstrada.

4.5 Cabimento

Tratadas pela parte geral do CPC/2015, as tutelas provisórias de urgência são aplicáveis a todos os tipos de processo, bastando que haja compatibilidade delas com a pretensão do caso concreto.

Sendo o processo de conhecimento, que visa provimentos condenatórios, declaratórios e constitutivos "todos eles podem ter sua eficácia e utilidade asseguradas por meio de medidas sumárias e provisórias."⁶⁶

Há quem cogite da impossibilidade de antecipação de tutela nas ações constitutivas e declaratórias⁶⁷. Seria impossível, por este raciocínio, a modificação de relações jurídicas ou a declaração provisórias, eis que a constituição ou declaração,

⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito ...cit.*, p. 687.

⁶⁷ É o caso de **Ernane Fidélis dos Santos**: "Na pretensão de conhecimento, qualquer que seja o provimento pleiteado, possível será antecipar-lhe efeitos, sem necessidade, porém, de haver correspondência entre a natureza da decisão que se pretende e o efeito que se quer antecipar. Guardando-se, assim, perfeita distinção entre a tutela que se pretende em sua estrutura básica e seus efeitos, possível será a antecipação destes últimos, qualquer que seja a natureza do provimento: declaração, condenação ou constitutividade." (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1, p. 499-500).

em si mesmas, não requerem nenhum tipo de urgência.

Além disso, argumenta-se que quem pede sentença constitutiva ou declaratória se contentaria com o mero acertamento do direito, sendo impossível compatibilizar a certeza (acertamento) com algo provisório.

Exemplifique-se com ação de divórcio, cujo provimento almejado é desconstitutivo. Não é possível modificar provisoriamente o estado civil da parte. Ou se está divorciado ou não, sendo impróprio em falar num divórcio provisório, enquanto durar o processo.

É verdade, para nós, que há certa incompatibilidade entre a concessão dos provimentos constitutivo ou declaratório e a tutela provisória de urgência, especialmente a antecipada. Concordamos não ser possível antecipar a declaração ou a modificação de relações jurídicas por meio das tutelas provisórias.

Porém, conquanto não se discuta a impossibilidade de antecipar a declaração ou modificação de relações jurídicas, em si mesmas, nada impede que a tutela antecipada seja adotada para garantir a aplicação momentânea dos efeitos práticos de tais provimentos.

Ilustrando, em ação declaratória de inexigibilidade de débito, o juiz não antecipará a declaração, mas pode afastar a negativação do nome do pretendente, provisoriamente, efeito secundário que seria obtido através da declaração desejada.

Sem prejuízo, o raciocínio acima (impossibilidade de antecipação da declaração ou constituição) somente se aplicaria à tutela provisória de urgência antecipada, nada impedindo que haja medida de cunho protetivo ou assecuratório do provimento final (cautelares, portanto), à exemplo de pedido de separação de corpos em ação de divórcio.

Além dos processos cognitivos, há a plena possibilidade de concessão de tutelas de urgência nos processos executivos.

A utilização das cautelares para garantir o provimento final do processo de execução (aqui entendendo-o como o cumprimento da obrigação), nos parece indiscutível. Amplamente utilizado o arresto, por exemplo, para afastar situação de perigo de dilapidação dos bens do devedor.

Mas não é apenas a tutela provisória de urgência cautelar que pode ser aplicada às lides executivas. A depender do caso concreto, demonstrados os requisitos, nada impede que seja deferida providência satisfativa, como uma expropriação de bens e entrega dos valores à parte requerente, que somente seriam deferidas futuramente.⁶⁸

4.6 Necessidade de motivação da decisão

Salvo os casos em que proferidas na própria sentença, as tutelas provisórias de urgência são avaliadas por meio de decisão interlocutória⁶⁹, a qual o magistrado deve fundamentar de modo claro e preciso (art. 298, CPC/2015⁷⁰).

A previsão no CPC/2015 acerca da necessidade de fundamentação da decisão, seria até mesmo desnecessária, diante da regra do art. 93, IX, da CF⁷¹, que determina que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas.

A fundamentação das decisões tem o condão de permitir a sua

⁶⁸ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de ...cit.*, p. 339.

⁶⁹ Quando proferidas em grau recursal, poderão derivar de decisão do relator ou constar do próprio acórdão.

⁷⁰ "Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso."

⁷¹ "Art. 93, IX. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;"

fiscalização, sendo essencial ao Estado Democrático de Direito que assim o seja, permitindo que a parte prejudicada adote os recursos necessários a coibir eventual equívoco ou arbitrariedade do magistrado.

Antes do CPC/2015, todavia, não eram raras situações nas quais deferiam-se tutelas de urgência sem qualquer justificativa, com a mera consignação de frases de efeito como "presentes os requisitos, defiro a tutela de urgência pretendida", sem que se esmiuçasse as razões que conduziam ao acolhimento da pretensão.

Talvez para coibir a prática e a vagueza desse tipo de decisão é que o legislador reiterou o óbvio, determinando, desta vez, sejam as decisões sobre as tutelas provisórias claras e precisas (art. 298 do CPC/2015).

Aliás, tamanha foi a preocupação do legislador com a concreta fundamentação das decisões judiciais que fez consignar noutro artigo as hipóteses nas quais as considera não fundamentadas (art. 489, §1º, do CPC/2015⁷²).

Além de fundamentada, é preciso que se diga que a decisão acerca das tutelas de urgência não é discricionária, isto é, não é tomada em juízo conveniência e oportunidade do magistrado.

⁷² "Art. 489, § 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento."

Ao revés, cuida-se de decisão que é vinculada ao previsto em lei, no sentido de que, presentes os requisitos legais, o magistrado é obrigado a concedê-las. Ausentes, por sua vez, deverá denegá-las.

4.7 Contracautela (dano reverso)

Consoante art. 300, §1º, do CPC/2015, é possível ao juiz fixar condicionar a concessão da tutela de urgência à fixação de caução. A caução revela uma forma de prevenir eventuais danos que poderiam ser suportados por aquele que sofre a medida de urgência.

Não podemos esquecer que tais espécies de tutelas são concedidas com base em probabilidade - e não certeza - de direito, pelo que, não raras vezes, terminam por serem revertidas futuramente.

A exigência de caução, todavia, não é imperativa e seu cabimento restará sempre à análise do juízo competente. É possível que, diante do maior número de elementos probatórios ou indiciários presentes nos autos, o magistrado compreenda pela maior probabilidade do direito invocado, dispensando-a.

Também é comum, para o estabelecimento da caução, que o magistrado coteje o grau de perigo gerado pela não concessão da tutela de urgência com o chamado dano reverso, isto é, aquele causado à parte contrária em caso de sua concessão.

Importante que se diga que a lei admite que a caução prestada o seja por meio de garantia real ou fidejussória. No primeiro caso, servirão os meios de garantia sobre incidentes sobre bens, tais como a hipoteca e o penhor. Já no segundo, trata-se de garantia pessoal, prestada por terceiro que se responsabilize por eventual ressarcimento futuro de prejuízos possíveis.

Quando a parte for hipossuficiente, todavia, a caução poderá ser dispensada, mesmo que menor a probabilidade do direito invocado (art. 300, §1º, parte final, do CPC/2015).

4.8 Responsabilidade por perdas e danos

Como sobredito, muitas vezes a concessão de determinada medida de urgência expõe a risco aqueles que sofreram a ação. No âmbito das tutelas provisórias, todas as medidas tomadas o são com embasamento superficial, não dando qualquer certeza ao magistrado daquilo que é alegado.

Assim, a regra é a responsabilidade daquele que postula a tutela, assumindo o risco de, ao obtê-la, assumir os prejuízos eventualmente causados à parte contrária.

Imagine-se a hipótese de determinado pedido de tutela provisória cautelar que impeça a venda de imóvel, fazendo com que o pretense comprador, preocupado com eventuais discussões judiciais que recaiam sobre o bem, desista da compra.

Para esses e outros casos é que o legislador se preocupou em resguardar a parte adversa de possíveis danos. Primeiramente, facultou ao magistrado a possibilidade de fixação de caução como forma de assegurá-la de eventuais prejuízos.

Por conseguinte, estabeleceu, no art. 302, a responsabilidade do postulante da medida provisória por quaisquer prejuízos causados à parte contrária, haja ou não caução fixada.

Sob a égide do CPC/1973, dizia-se que as hipóteses de reparação de danos lastreavam-se em responsabilidade objetiva, dispensando questionamentos sobre a existência de dolo ou culpa da parte contrária.

Parte da doutrina parece defender o mesmo atualmente, à exemplo de Gustavo Filipe Barbosa Garcia, segundo o qual "entende-se que a responsabilidade do autor (requerente), quando existente, é de natureza objetiva, não se exigindo a demonstração de dolo ou culpa".⁷³

Dele discorda Elpídio Donizetti, para quem deve-se analisar os incisos do art. 302 para saber qual a natureza da responsabilidade civil envolvida. Eis as hipóteses de responsabilização pelos prejuízos causados em função da concessão da medida urgente:

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

- I - a sentença lhe for desfavorável;
- II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;
- III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;
- IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Segundo o doutrinador, as hipóteses dos incisos I e IV não podem conduzir à responsabilidade civil objetiva sob o argumento de que "em decorrência dos atributos do direito fundamental de ação não se pode cogitar de responsabilidade objetiva pelo simples fato de ter movimentado a máquina judiciária [...]".⁷⁴

Tendemos a concordar com a posição majoritária, que admite, em qualquer caso, a responsabilidade objetiva pelos danos causados. Isto, pois, aquele que solicita a tutela provisória já conhece que poderá causar dano a outrem, caso seus argumentos não sejam posteriormente ratificados em decisão definitiva.

⁷³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Novo código de processo civil: principais modificações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, capítulo 18, item 18.2.

⁷⁴ DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito ...* cit. p. 473.

Em qualquer caso, a responsabilidade será quantificada nos próprios autos em que concedida a medida, sempre que possível, garantindo-se a celeridade e economia processual (art. 302, parágrafo único, do CPC/2015).

Além disto, não há necessidade que o réu pleiteie a condenação daquele que pediu a tutela provisória em sede de contestação, tratando-se de verdadeiro pedido implícito.⁷⁵

⁷⁵ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil...cit.*, p. 368.

5. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA CAUTELAR

5.1 Procedimentos possíveis (antecedente ou incidental)

Conforme outrora ressaltado, a tutela cautelar busca garantir o processo, isto é, impedir que determinada atitude da parte contrária ou o próprio tempo tornem inócua a prestação jurisdicional futura.

A proteção processual almejada é alcançada através de medidas que asseguram o provimento final, sem, contudo, antecipar o direito do postulante. Exemplificativamente, para impedir que determinado devedor dissipe bens e frustrar futuro cumprimento de sentença de ação de cobrança intentada, pode o magistrado determinar o arresto de seus bens, mas não determinará o pagamento antecipado.

A tutela provisória de urgência cautelar pode ser requerida de forma antecedente ao ajuizamento da ação principal, em conjunto com ela ou posteriormente (incidentalmente). Nos dois últimos casos não há mistério para sua postulação: basta que a parte apresente seu pedido no bojo da peça vestibular ou por meio de petição posterior, demonstrando o preenchimento dos requisitos.

O que revela maior dificuldade é a forma de requerimento da tutela provisória de urgência cautelar antecedente, posto que o legislador previu um procedimento próprio para sua postulação.

Referido procedimento é previsto a partir do art. 305 do CPC/2015. Assim é que, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Por exposição da lide, deve-se compreender como a pretensão principal, ou seja, aquela que será resguardada por meio da eventual medida cautelar a ser concedida.

Quanto à exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou resultado útil do processo, cuida-se da demonstração dos requisitos de concessão da própria providência cautelar.

O réu será citado tão somente para, em cinco dias, contestar o pedido de tutela provisória de urgência cautelar. Não há necessidade que enfrente o pedido principal (exposto na peça vestibular apenas que o juiz compreenda o que o provimento cautelar assegurará em termos processuais).

Apresentando contestação, o magistrado observará o procedimento comum para resolver acerca da tutela cautelar requerida, tenha ela sido deferida ou não. Quedando-se inerte o réu, sofrerá os efeitos da revelia, ao menos no que toca a questão da concessão da tutela cautelar. Não se pode considerar que sofrerá os efeitos da revelia em relação ao pedido principal, eis que este sequer terá sido apresentado.

Em qualquer dos casos o pedido cautelar será resolvido por meio de decisão interlocutória, impugnável por agravo de instrumento (art. 1.015, I, do CPC/2015). O pedido cautelar gerará um incidente processual, cujo julgamento poderá conceder, confirmar ou revogar a tutela outrora deferida.

"Convém lembrar que são duas coisas distintas: a discussão do incidente de tutela provisória cautelar antecedente e o aditamento da petição inicial para dar curso ao pedido principal (art. 308)."⁷⁶

Como a tutela cautelar será meramente provisória, uma vez efetivada deverá o autor da ação, no prazo de trinta dias - ou outro maior que o juiz fixar -, aditar

⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito ...cit.*, p. 679.

a petição inicial com a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final.

Somente se cogitará da realização do pedido principal se a tutela de urgência for deferida. É o que revela o art. 308 do CPC/2015, cuja redação é clara ao dizer que somente se "efetivada a tutela cautelar" é que o pedido principal terá de ser formulado naquele prazo.

Caso seja denegada a pretensão de tutela provisória cautelar, "o processo se extingue, sem chegar ao estágio de formulação do pedido principal".⁷⁷

Realizado que seja o pedido principal, a causa de pedir poderá ser admitida. Desta forma, não é necessário que o postulante apresente, quando do requerimento da tutela cautelar antecedente, todas as causas de pedir de seu pleito principal, mas apenas aquelas que permitam ao magistrado a compreensão da controvérsia.⁷⁸

Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, desnecessária nova citação do réu. Como já foi citado acerca do pedido cautelar, já conhece a lide, basta que seja intimado por seus patronos (se os tiver) para que se apresente no dia do ato. Não possuindo advogados constituídos nos autos, importante será a observância da sua citação pessoal.

Não havendo autocomposição, novo prazo correrá, desta vez de quinze

⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito ...cit.*, p. 680. Em sentido contrário, Elpídio Donizetti defende: "A literalidade do caput do art. 308 conduz à interpretação de que somente no caso de ser efetivada a tutela cautelar o pedido principal poderá ser apresentado nos mesmos autos. Assim, indeferida a tutela, caberia à parte ajuizar um outro processo, com o pagamento de novas custas processuais. Nessa linha de raciocínio, indeferida a medida cautelar, não haveria o autor que cogitar de prazo para a propositura de outra ação autônoma. Contudo, creio que essa interpretação não está em consonância com os princípios da eficiência e da economia processual." (DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito ... cit.* p. 483)

⁷⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito ...cit.*, p. 553.

dias, para que o réu possa contestar o alegado pelo autor quando da apresentação do pedido principal.

Fernando da Fonseca Gajardoni, fazendo uma interpretação sistemática dos artigos que tratam da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, revela a desnecessidade de apresentação, pelo réu, de duas defesas.

Para ele, uma vez concedida a tutela requerida (com ou sem justificção prévia), passa-se ao art. 308, que determina a apresentação do pedido principal em até trinta dias, sem a necessidade de observância do art. 307, que determina a contestação do pedido cautelar.

No seu entender, quando da contestação do pedido principal o réu poderá se defender também do pedido cautelar concedido, trazendo os argumentos sobre a tutela conservativa. Assim, o art. 300, §2º, do CPC/2015, que trata da resposta do réu no prazo de cinco dias somente seria aplicável em caso de não concessão da medida cautelar.⁷⁹

Difícil aplicar o entendimento. O que a lei define tão claramente não cabe ao intérprete resistir. Se o art. 306 fixa o prazo de cinco dias para apresentação da contestação da tutela cautelar, sob pena de revelia, seria um risco, de parte do réu, deixar para contestar tudo "de uma só vez".

Importante consignar que, uma vez concedido o pedido cautelar, cessará a eficácia da medida se o autor não deduzir o pedido principal dentro do prazo legal. O mesmo ocorrerá se a medida concedida não for efetivada em 30 (trinta) dias por desídia do autor, ou quando o juiz julgar improcedente o pedido principal ou extinguir o processo sem julgar o mérito.

Cessando a medida cautelar de pleno direito, por quaisquer dessas

⁷⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral ...cit.*, comentário ao art. 306, itens 3 e 4.

razões previstas no CPC/2015, será vedado à parte requerê-la novamente, salvo sob novo fundamento. Caberá ao juiz extinguir o processo sem resolução de mérito e à parte ajuizar outra demanda, na qual poderá postular pedido cautelar, desde que com base em argumentos diversos e o indeferimento outrora sofrido não decorra de decadência ou prescrição.

O legislador, portanto, criou uma maneira de punir aquele que se vale do processo para requerer medida provisória de urgência cautelar e não age com a seriedade esperada.

A decisão cautelar, por ser proferida em caráter sumário e provisório, não influirá na decisão final a ser proferida no processo, especialmente porque essa será dada mediante cognição exauriente, pelo que a tutela cautelar será confirmada ou revogada.

5.2 O fim do processo cautelar autônomo

Sob a égide do novo CPC/2015 não há mais que se falar na existência de processo cautelar autônomo, como outrora ocorria.

Antes de sua entrada em vigor, o CPC/1973 considerava três espécies de ação, quais sejam, a cognitiva, e executiva e a cautelar, todas, inclusive, tratadas em livro autônomo.

Esta última, tal qual a tutela provisória de urgência cautelar, objetivava assegurar o resultado de futuro provimento judicial, mas por meio diverso: isto se dava por processo próprio, cujo desenvolvimento exigia todas as formalidades do devido processo legal, tais como a citação, contestação, sentença etc.

Hodiernamente, quando tratamos da tutela provisória de urgência trazida pelo CPC/2015, não falamos na formação de processo autônomo, mas mera fase

processual antecedente à realização do pedido principal.

O pedido principal, portanto, é realizado no mesmo feito em que formulada a pretensão cautelar, sem que se cogite a formação de dois processos, duas citações, duas sentenças etc. Ao revés, haverá dois pedidos, um de tutela cautelar e outro de tutela definitiva, dentro da mesma relação processual, mas representando fases distintas.

6. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA

6.1 Procedimentos possíveis (antecedente ou incidental)

Já sabemos que o papel da tutela provisória de urgência é antecipar, em função da existência de um risco ao direito material da parte, os efeitos da decisão principal do processo (que somente seriam alcançados mediante julgamento dos pedidos finais).

Imagine-se o hospital que está em dia com suas contas de energia, mas tem sua luz cortada, impedindo a realização de procedimentos médicos, consultas e desligando aparelhos necessários à sobrevivência de seus pacientes. Por óbvio que, em situações extremas como esta, poderá a parte prejudicada se valer de tutela provisória de urgência antecipada para pleitear que a energia seja religada, ao menos até que o juízo decida sobre a questão definitiva.

Tal qual ocorre nas tutelas provisórias de urgência cautelar, basicamente três maneiras podem ser utilizadas para o pleito de tutela provisória antecipada, quais sejam, a propositura da ação e o seu pedido concomitante; a realização de pedido incidental, quando já há processo em andamento; ou a realização de pedido de forma antecedente.

À exemplo do que ocorre nos pedidos provisórios de urgência cautelar, a tutela provisória de urgência antecedente também obedece a procedimento específico quando tratamos de sua realização de modo antecedente.

Daí é que, o art. 303 do CPC/2015 autoriza, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, que a petição inicial se limite ao requerimento da tutela antecipada, bastando que se indique qual será o pedido de tutela final futuro, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Por exposição da lide o legislador quis dizer a parte deverá expor, ainda que de modo superficial, qual será a discussão principal (o pedido principal), permitindo que o magistrado faça um cotejo entre o pleito provisório e os efeitos pretendidos de modo antecipado, que deverão ser correspondentes.

Porém, como já haverá a exposição, em certa medida, da pretensão final, para que o julgador não se confunda e decida como definitivo algo que está sendo requerido provisoriamente, o § 5º do artigo 303 do CPC/2015 determina que o autor indique que deseja se valer do benefício da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

Tal indicação permitirá ao juiz compreender que a exposição do pedido principal é meramente superficial e feita no afã e permitir que a tutela provisória antecedente seja enfrentada.

Caso compreenda que não há elementos para a concessão da tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até cinco dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito (§6º do art. 303 do CPC/2015).

Importante consignar que o procedimento diferenciado previsto no art. 303 e seguintes só se desenvolverá caso haja a concessão da tutela provisória de urgência antecipada, requerida em caráter antecedente. Caso o magistrado verifique não ser o caso de concessão da proteção, também extinguirá o processo sem julgamento de mérito, cabendo à parte a discussão da questão principal por meio de processo próprio.

É o que explica a doutrina:

“[...] não se justifica o processamento da pretensão antecedente, se não houver elementos para o deferimento da liminar. Se não existir o aditamento [previsto no §6º do art. 303], ou se, mesmo depois dele, não houver elementos para a concessão da liminar, o juiz extinguirá o processo sem

resolução de mérito.”⁸⁰

Concedida que seja a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em quinze dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar.

Se não o fizer, o processo será extinto sem julgamento de mérito, conforme o §2º do art. 303. Porém, não se pode descurar que há casos nos quais a tutela se estabilizará, conforme se verá adiante. Neles, a doutrina diverge acerca da possibilidade de o autor requerer a tutela definitiva. Para uns, estabilizada a tutela provisória não será o caso de aditar a inicial – ou aditada, desconsiderar a emenda -, bastando que se extinga o processo sem resolução meritória, permanecendo ativos os efeitos da antecipação até que uma das partes pretenda debater, definitivamente, a questão principal dos autos.⁸¹

O aditamento se dará nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais. Por isto, a parte já terá que ter indicado, quando da apresentação de sua inicial, o valor da causa levando em consideração o pedido final (não só o provisório), e recolhido os valores devidos ao Estado.

Após o aditamento, o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação. Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335 e o processo seguirá o rito comum para a análise dos pedidos de modo exauriente.

⁸⁰ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil ...cit.*, p. 378.

⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito ...cit.*, p. 679.

6.2 Estabilização

O legislador inovou ao inserir no art. 304 do CPC/2015 a possibilidade de estabilização da tutela provisória de urgência antecipada, deferida em caráter antecedente.

Nestas situações, a ideia foi permitir às partes o contentamento com os efeitos produzidos em caráter provisório, estabilizando-os e dispensando o debate acerca da questão principal, o que gera economia de custos e a pacificação social de forma mais célere.

Imagine o caso de consumidor que apenas objetiva excluir seu nome dos cadastros de proteção ao crédito, contentando-se com isto. Com a estabilização, é possível que opte por não aditar a petição inicial, dispensando a discussão sobre a existência da dívida e eventuais danos morais.

Conforme a regra do citado art. 304, a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

Conclui-se que, deferida a tutela provisória de urgência em caráter antecedente, a conduta das partes terá grande relevância.

Ao autor caberá postular seu pedido principal, sob pena de extinção do processo sem resolução meritória (art. 303, §1º, I e §2º, do CPC/2015), ao passo que ao réu incumbirá a apresentação de recurso, sob pena de se tornar estável a decisão que a conceder (art. 304 do CPC/2015).

A grande dificuldade é a interpretação conjunta dos artigos 303, §1º, I e 304. Há a concomitância do prazo de quinze dias, tanto para a apresentação de

emenda à inicial quanto para que o réu recorra da decisão concessiva da tutela provisória, impedindo sua estabilização.

A questão que se coloca é simples: o autor não saberá qual postura o réu adotará e será aparentemente obrigado a apresentar a emenda à inicial, sob pena de ver o processo extinto, sem julgamento do mérito, mesmo que deseje apenas a estabilização da tutela.

Para uns, há de se fazer uma interpretação sistemática dos dispositivos, de modo que o prazo para o autor emendar a inicial somente se iniciaria após o decurso do prazo para o réu interpor eventual recurso da decisão concessiva da tutela. Os prazos, portanto, teriam de ser contados sucessivamente (não de forma simultânea como parece sugerir o CPC/2015):

“Se não houver o aditamento, diz a lei que, o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 303, § 2º). A concomitância dos dois prazos (de aditamento e de recurso) que a lei aparentemente prevê oferece uma dificuldade de interpretação, já que as consequências de ambos devem ser sucessivas e prejudiciais entre si. Com efeito, é bom lembrar que, se intimado da liminar, o réu não houver interposto recurso, o provimento provisório já terá se estabilizado (art. 304, caput). Nesse caso, não se poderá cogitar de aditamento da inicial, já que a sua função seria dar sequência ao processo no tocante à busca da solução final da pretensão de mérito. Exigir, nessa altura, do autor a tomada de providência somente compatível com a não estabilização da medida provisória, seria uma incongruência, seria forçar o andamento de uma causa cujo objeto já se extinguiu.

Diante desse aparente impasse procedimental, a regra do inciso I, do § 1º do art. 303, deve ser interpretada como medida a ser tomada após o prazo reservado ao requerido para recorrer, prazo esse que no sistema da tutela antecipatória deve funcionar como uma oportunidade legal para ser apurada a sua aquiescência ou não ao pedido do autor. Assim, os dois prazos em análise (o de aditamento e o de recurso) só podem ser aplicados sucessivamente e nunca simultaneamente. Foi justamente por isso que o art. 303, § 1º, I, estipulou o prazo de 15 dias para o autor aditar a inicial, mas não disse, expressamente, de quando a respectiva contagem se iniciaria. A interpretação sistemática, portanto, é a de que o prazo para aditar a inicial somente fluirá depois de ocorrido o fato condicionante, que é a interposição do recurso do réu contra a liminar. Sem o recurso do réu, não há aditamento algum a ser feito pelo autor: o processo se extinguiu ex lege (art. 304, § 1º).”⁸²

⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito ...cit.*, p. 698.

Marcus Vinícius Rios Gonçalves sugere outra solução, considerando a regra da concomitância dos prazos previstos nos artigos em comento: tendo havido o aditamento da inicial pelo autor e o transcurso do prazo recursal sem que o réu tenha se insurgido, bastaria conceder ao primeiro a oportunidade de se manifestar, dizendo se a estabilização dos efeitos antecipados lhe é suficiente ou se prefere que o processo prossiga, com a decisão final.⁸³

Nos parece que, diante dos termos peremptórios do art. 303, §1º, I, do CPC/2015, o ideal é adotar a última posição, ao menos até que a jurisprudência se pacifique no sentido da contagem sucessiva dos prazos, sob pena do autor incorrer no risco de extinção prematura do processo.

Confessamos, porém, não há solução ideal, visto que o autor, mesmo pretendendo a estabilização, terá o trabalho de apresentar a emenda da inicial, postulando seu pedido definitivo com a juntada de novos documentos, etc.

Ou seja, com a posterior concordância com a estabilização não sobrará nada, senão um desperdício de tempo e esforço do advogado e do autor.

Todavia, até que se altere o CPC/2015 ou o Superior Tribunal de Justiça interprete a lei federal com força vinculante, a exegese do artigo ficará ao bel prazer de cada magistrado, restando a aplicação do ditado de que é melhor prevenir do que remediar.

Outra dificuldade aparente é a compreensão do termo “recurso” inserido no art. 304. De mal medida estaria tratando o CPC/2015? A regra deve ser lida em cotejo com o art. 1.015, I, do CPC/2015, que possibilita a interposição de agravo de instrumento contra as decisões que versem sobre as tutelas provisórias.

⁸³ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil ...cit.*, p. 379.

Não se pode deixar de aventar, todavia, a hipótese de apresentação de embargos declaratórios ou de agravo interno, neste último caso quando a concessão da tutela provisória ocorrer por decisão do relator no Tribunal, como bem lembra Cássio Scarpinella Bueno:

Se a tutela antecipada antecedente for pleiteada perante algum Tribunal – em casos em que aqueles órgãos jurisdicionais ostentem competência originária –, a decisão muito provavelmente será monocrática. Como tal, contra ela cabe agravo interno (art. 1.021). Na eventualidade de se tratar de acórdão, não custa aventar esta possibilidade, contra ele caberá recurso especial e/ou extraordinário, consoante o caso. Contudo, a decisão concessiva da tutela antecipada também é sujeita a embargos de declaração, que, na sistemática do CPC de 2015, é recurso (art. 994, IV). A apresentação de embargos de declaração será capaz de evitar a estabilização nos termos do caput do art. 304? A melhor resposta, na minha opinião, é a positiva desde que – e a ressalva, diante do que escrevo mais abaixo, é fundamental – os embargos queiram infirmar a concessão da tutela [...]⁸⁴

Há doutrinadores que defendem que o termo “recurso” deve ser interpretado de modo amplo, nele abarcadas quaisquer manifestações do réu que questionem a concessão da tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente.

Para nós, porém, referido termo não deve ser compreendido como outro meio de impugnação, senão o agravo de instrumento, embargos declaratórios ou recurso nos tribunais, como exposto por Cássio Scarpinella Bueno.

Isto, pois, a única outra manifestação prevista como possível ao réu no procedimento de concessão de tutelas satisfativas em caráter antecedente é a contestação, descrita no art. 303, §1º, II, do CPC/2015, cujo prazo será contado após a tentativa de conciliação ou mediação.

Tal contestação, porém, somente será apresentada após eventual emenda à inicial ofertada pelo autor, sob pena de nítido prejuízo à ampla defesa e ao contraditório. Fosse o caso de o réu apresentar a contestação para questionar apenas

⁸⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito...* cit. p. 273.

a concessão da tutela provisória satisfativa, não teria o legislador previsto a possibilidade de interposição de recurso contra ela.

Outrossim, o rito previsto para a concessão de medidas satisfativas de forma antecedente ao pedido principal é diverso daquele para concessão de tutelas cautelares também antecedentes: neste último caso o legislador fez prever duas contestações, textualmente. Uma para a discussão da tutela cautelar e a outra para a discussão das questões principais.

A sistemática é bastante diferente quando estamos tratando das tutelas de urgência satisfativas: não há qualquer menção à dupla contestação, pelo que se pode concluir que a contestação mencionada no §1º, II, do art. 303 deve ser compreendida como aquela que controverterá o pedido principal, após o aditamento da peça vestibular.

O aditamento, como visto, virá no prazo de quinze dias, caso o autor não se contente com a eventual estabilização, manifestando-se neste sentido, após o que ocorrerá a tentativa de conciliação e, só então, correrá o prazo contestatório.

Algumas situações interessantes no rito da concessão de tutelas de urgência satisfativas antecedentes são possíveis, valendo resumi-las:

(i) O autor não emenda a inicial e o réu não recorre da concessão da antecipação de tutela: será o caso de estabilização. O fato do autor não ter emendado a inicial revela seu desinteresse no julgamento da questão principal e contentamento com a estabilização;

(ii) O autor emenda a inicial e o réu não apresenta recurso da concessão da tutela provisória: ao primeiro deverá ser dada oportunidade de dizer se se satisfaz com a estabilização ou se pretende a discussão da lide principal, caso em que o réu poderá ofertar sua contestação;

(iii) O autor não emenda a inicial e o réu apresenta recurso da

decisão concessiva da tutela provisória: ocorrerá a extinção do processo sem resolução de mérito, restando prejudicado o julgamento do recurso. O simples fato do réu apresentar recurso já impedirá a estabilização e a não realização da emenda, pelo autor, impedirá a apreciação definitiva do mérito da causa.

Estabilizada a tutela provisória satisfativa, o processo será extinto.

Não quer dizer que a decisão sobre a matéria tenha se tornado definitiva. Ao revés, proferida em cognição sumária, não se reveste da coisa julgada e poderá ser revista, reformada ou invalidada, bastando que qualquer das partes queira discutir, em cognição exauriente, a lide principal.

O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada extingue-se após dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo em que proferida, quando, então, os efeitos estabilizados se tornarão imutáveis e não poderão mais ser discutidos.

Tendo em vista que não haverá o enfrentamento do mérito do pedido principal, não haverá espaço para ação rescisória, mesmo após decorrido o lapso temporal para revisão, reforma ou invalidação da tutela estabilizada. A propósito:

“A circunstância de, passados os dois anos do § 5º do art. 304, não haver mais meios de rever, reformar ou invalidar os efeitos da tutela antecipada não faz com que a decisão respectiva transite materialmente em julgado. Há, aqui, mera coincidência (não identidade) de regimes jurídicos, em prol da própria segurança jurídica. Não há como, por isso mesmo, querer infirmar aquela decisão com fundamento no art. 966, que trata da “ação rescisória”, técnica processual codificada para o desfazimento da coisa julgada material em determinadas hipóteses. É certo que o CPC de 2015 ampliou as hipóteses de cabimento da ação rescisória, como exponho no n. 8.1 do Capítulo 16 a propósito do § 2º do art. 966, admitindo-a para contrastar decisões que não sejam de mérito. Não há espaço, contudo, para entender que aquela iniciativa alcance a estabilização da tutela antecipada.”⁸⁵

⁸⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito ...cit.*, p. 275-276.

Por fim, vale acrescentar que havendo litisconsórcio no polo passivo, caso um dos réus se insurja contra a estabilização da tutela provisória, o ato poderá aproveitar os demais, desde que o regime do litisconsórcio seja o unitário ou a matéria versada na impugnação da tutela provisória seja comum a todos.

7. CONCLUSÃO

Conforme narrado, o acesso à justiça pressupõe conflitos e busca de soluções. Essa busca pode se dar por meio da atividade jurisdicional do Estado (ante a impossibilidade de fazermos justiça com as próprias mãos), ou ainda, pelos meios alternativos, também autorizados pelo Estado, como a arbitragem.

Há que se distinguir, porém, a atividade jurisdicional (prestação jurisdicional) da tutela jurisdicional. A atividade ou prestação jurisdicional é aquilo que o Estado oferece a todos, indistintamente, no sentido de proferir uma resposta aos conflitos de interesses. Se o Estado proibiu, de um lado, a autotutela, de outro ofereceu uma forma de composição das lides, apresentando respostas às crises a ele trazidas.

A tutela jurisdicional, por sua vez, é a realização concreta, efetiva, do direito material, do bem da vida assegurado pela atividade jurisdicional. É a atividade jurisdicional aliada à efetividade. Ou seja, para que o processo seja eficaz, e realmente tutele o jurisdicionado, não é necessário apenas uma sentença de procedência: mister que a tutela seja tempestiva, útil e efetiva.

Vimos que há casos, porém, em que a natural demora processual torna inútil o provimento final ou permite que o direito material da parte seja lesado. Ilustrativamente, de nada adianta conceder à um doente que necessita de remédios uma sentença de procedência, se o mesmo morre no decorrer do processo, pelo recebimento tardio.

Daí a preocupação do legislador com a criação de tutelas de urgência (cautelares e antecipadas), cuja intenção foi dotar o ordenamento jurídico e seus operadores de instrumentos hábeis à garantir a efetividade da jurisdição e a sua inafastabilidade.

Tanto a tutela de urgência cautelar quanto a antecipada visam afastar,

portanto, situações de risco, embora de forma distinta. A primeira visa assegurar o resultado prático de outro processo, enquanto a última concede antecipadamente aquilo que foi pedido no processo principal. Seu condão, todavia, está explícito no art. 300 do CPC/2015: afastar o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Seja como for, conclui-se que as tutelas provisórias de urgência vieram para figurar como positivas soluções às situações de risco, de modo que, presentes os seus requisitos específicos, servem de importante resguardo à efetividade da jurisdição.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Thereza Arruda. et al (Coord.). O novo código de processo civil brasileiro - estudos dirigidos: sistematização e procedimentos. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2009, v. 1.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada na teoria geral do processo*. São Paulo: LTr, 1999.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. 7ª ed. Curitiba: Positivo, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Forense, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Novo código de processo civil: principais modificações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Novo curso de direito processual civil*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 1.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9ª ed. Campinas: Millenium, 2003, v. 3.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

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

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SÁ, Renato Montans de. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007-2008, v. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 1.

VEZZONI, Marina. *Direito processual civil*. 2ª ed. Barueri: Manole, 2016.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987.