



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO - FD
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

KARLA KARINE DE SOUZA

**TUTELAS DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
ELEMENTOS COMPARATIVOS ENTRE O CPC DE 73 E O DE 2015**

Brasília
2016

KARLA KARINE DE SOUZA

**TUTELAS DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
ELEMENTOS COMPARATIVOS ENTRE O CPC DE 73 E O DE 2015**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília - UnB.

Orientadora: Professora Doutora Daniela Marques de Moraes

Brasília
2016

NOME: SOUZA, Karla Karine de.

Título: Tutelas de Urgência no Novo Código de Processo Civil: Elementos Comparativos entre o CPC de 73 e o de 2015.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília - UnB.

Data da defesa: 29/09/2016

Resultado: SS

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Daniela Marques de Moraes (Orientadora)

Professor Doutor Vallisney de Souza Oliveira

Mestre Rafael Campos Soares da Fonseca

RESUMO

O presente estudo consiste na análise comparativa das principais alterações legislativas promovidas pelo Novo CPC nas Tutelas de Urgência e da sua capacidade de concretização da prestação de uma tutela jurisdicional célere, efetiva e tempestiva, examinando, para tanto, a previsão e evolução desses institutos no CPC de 1973. Dessa forma, houve preocupação com a Tutela Cautelar no CPC de 1973 e mais especificamente com o Poder Geral de Cautela previsto no art. 798 e, por isso, foram analisadas a sua natureza jurídica, os requisitos para a sua concessão e os principais pontos e questões relacionados ao tema. Outrossim, ainda pelo olhar do CPC de 1973, a tutela antecipada foi retratada a partir da Reforma de 94, com a preocupação com a consagração desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro, a sua natureza jurídica e conceituação, além de um breve exame dos seus requisitos, de uma das suas hipóteses de incidência e dos aspectos mais relevantes. Por fim, foram abordadas as alterações levadas a efeito no Novo Código de Processo Civil acerca das Tutelas de Urgência, com o intuito de verificar se essas inovações serão capazes de concretizar o direito à uma tutela jurisdicional célere, efetiva e tempestiva, representando, assim, um avanço com relação à legislação anterior.

Palavras-chave: Código – processo – civil – tutela – cautelar – antecipada – urgência – inovações – efetividade

ABSTRACT

The present study consists in a comparative analysis of the main legislative innovations brought by the New Code of Civil Procedure regarding Injunctive Relief and its capacity for implementing prompt, effective and timely judicial protection, examining, for this sake, the provision and evolution of those mechanisms in the Code of Civil Procedure of 1973. In this sense, there was a concern over Preventive Injunctions in the Code of Civil Procedure of 1973 and, more specifically, over the "General Power of Precaution" provided in the article n° 798 and, therefore, analysis were made about its legal nature, granting requirements and other main points related to the theme. Furthermore, in the perspective of the Code of Civil Procedure of 1973, the Anticipatory Injunction was portrayed on the 1994 Reform, with the concern of the enshrinement of this mechanism in the Brazilian legal system, its legal nature and concept, in addition to a brief examination of its requirements, one of its cases of incidence and its most relevant aspects. Finally, questions were raised over the changes brought by the New Code of Civil Procedure on the matter of Injunctive Relief, aiming to verify if those innovations will be capable of implement the right to a prompt, effective and timely judicial protection, representing thus an improvement compared to the former legislation.

Keywords: Code - procedure - civil - protection - preventive - anticipatory - urgency - innovations - effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 TUTELA CAUTELAR NO CPC DE 1973	8
1.1 Poder Geral de Cautela – Art. 798.....	13
1.1.1 <i>Fumus boni iuris</i> e <i>Periculum in mora</i>	19
2 TUTELA ANTECIPADA NO CPC DE 1973	23
2.1 A Reforma de 94 e a Generalização da Tutela Antecipada.....	23
2.2 Art. 273.....	27
2.2.1 Prova Inequívoca e Verossimilhança da Alegação.....	29
2.2.2 Fundado Receio de Dano Irreparável ou de Difícil Reparação.....	31
2.2.3 Discricionariedade	32
2.2.4 Irreversibilidade dos Efeitos do Provimento	33
2.2.5 Fungibilidade	34
2.2.6 Revogabilidade e Modificabilidade.....	35
3 AS PRINCIPAIS INOVAÇÕES ACERCA DA TUTELA DE URGÊNCIA NO NOVO CPC	36
3.1 Considerações Iniciais	36
3.2 Inovações Trazidas pelo Novo CPC em Matéria de Tutela de Urgência	36
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

A falta de efetividade sempre foi uma característica marcante da prestação jurisdicional no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que uma das suas principais causas é a excessiva demora do Poder Judiciário na resolução dos conflitos.

Nesse sentido, os institutos da tutela cautelar e da tutela antecipada, presentes no Código de Processo Civil (CPC) de 1973, revelaram-se como importantes instrumentos na atenuação desses problemas, uma vez que lidam com a distribuição do ônus do tempo no processo.

Após 42 anos de vigência do CPC de 1973, e com o desafio de “resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere”¹, em 18 de março de 2016, entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), que trouxe inovações relevantes acerca da matéria.

O foco do presente estudo consistirá, portanto, na análise comparativa das principais alterações legislativas promovidas pelo Novo CPC nas Tutelas de Urgência e da sua capacidade de concretização da prestação de uma tutela jurisdicional célere, efetiva e tempestiva, examinando, para tanto, a previsão e evolução desses institutos no CPC de 1973.

Dessa forma, no primeiro capítulo será objeto de investigação a Tutela Cautelar no CPC de 1973 e mais especificamente o Poder Geral de Cautela previsto no art. 798. Serão analisados a sua natureza jurídica, os requisitos para a sua concessão e os principais pontos e questões relacionados ao tema.

Outrossim, o segundo capítulo tratará da Tutela Antecipada no CPC de 1973. Serão retratadas a Reforma de 94 e a consagração do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, a sua natureza jurídica e conceituação, além de um breve exame dos seus requisitos, de uma das suas hipóteses de incidência e dos aspectos mais relevantes.

Por fim, no terceiro e último capítulo serão abordadas as alterações levadas a efeito no Novo Código de Processo Civil acerca das Tutelas de Urgência, com o intuito de verificar se essas inovações serão capazes de concretizar o direito à uma tutela jurisdicional célere, efetiva e tempestiva, representando, assim, um avanço com relação à legislação anterior.

¹ FUX, Luiz. Apresentação. In: BRASIL. **Código de Processo Civil**: Anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

1 TUTELA CAUTELAR NO CPC DE 1973

Como expõe Cassio Scarpinella Bueno², no Código de Processo Civil (CPC) de 1973, a tutela cautelar correspondia, em grande parte, ao que a doutrina em geral denominava de “ação cautelar inominada” ou “poder geral de cautela”.

Dessa maneira, partiremos do estudo mais amplo da tutela cautelar, sem muita preocupação com uma análise mais detida do instituto do processo cautelar e de seu respectivo procedimento, para depois examinar, de modo mais específico, o poder geral de cautela.

No antigo Código de Processo Civil, a tutela cautelar costumava ser definida e identificada pela maior parte da doutrina precipuamente a partir da sua finalidade, adotando-se, portanto, o critério teleológico.

Sob esta perspectiva, José Roberto dos Santos Bedaque afirmou:

A classificação das tutelas jurisdicionais em cognitiva e executiva é feita à luz de critério diverso daquele levado em conta para identificação da tutela cautelar. Essa contém atividade cognitiva e executiva. Daí afirmar-se que o critério para classificação da tutela cautelar não é ontológico, mas teleológico. Não é a essência do provimento que o identifica, mas sua finalidade. É a relação de instrumentalidade com outro provimento a nota característica da tutela cautelar.³

Essa, na verdade, é a principal crítica feita pela maioria dos doutrinadores com relação à classificação das tutelas adotadas no Código de Processo Civil de 1973, como será visto adiante.

Bedaque, em sua clássica obra a respeito do assunto⁴, ao conceituar a tutela cautelar, ora afirmava que esta tutela objetivava assegurar a efetividade da tutela jurisdicional definitiva ou final, ora que pretendia evitar o perigo de ineficácia do processo principal, entre outras definições empregadas como sinônimas.

Segundo o autor:

A tutela cautelar é, sem dúvida, componente essencial da atividade jurisdicional do Estado, pois constitui importante instrumento de sua efetividade. Destinada a evitar o perigo de ineficácia do processo [...] integra a garantia constitucional do amplo acesso à justiça e da ampla defesa.⁵

² BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Antecipada, Tutela Cautelar e Procedimentos Cautelares Específicos**. 6. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2014, v. 4, p. 36.

³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência** (Tentativa de Sistematização). 5. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 239.

⁴ Ibid., passim.

⁵ Ibid., p. 229.

Por isso, para Bedaque⁶ a tutela cautelar desempenhava o papel de tutela acessória das outras duas espécies de tutela, segundo a classificação adotada pelo antigo Código, quais sejam a tutela cognitiva e a executiva, servindo, assim, como um verdadeiro “instrumento do instrumento”, consoante a visão que considera o processo não como um fim em si mesmo, mas como um mero instrumento para a realização e efetivação do direito.

O autor chegou a declarar que “considerada a partir de seu caráter instrumental, como garantia dos resultados a serem obtidos pela atividade jurisdicional do Estado, a tutela cautelar tem nítida conotação publicista, pois destinada à proteção do próprio processo e da autoridade do juiz”⁷.

E asseverou que “seu escopo não é satisfativo, mas assecuratório. Destina-se a garantir o resultado definitivo da atividade judicial. Cria, provisoriamente, condições favoráveis para a efetividade do pronunciamento satisfativo”⁸.

Seguindo a mesma linha, para Humberto Theodoro Júnior a tutela cautelar possuía função auxiliar e subsidiária com relação à tutela do processo principal, no qual o direito pleiteado seria efetivamente satisfeito. Assim, para o autor, “a atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição”⁹.

Ademais, Theodoro Jr. concordava com o entendimento de que a tutela cautelar se destinava a servir ao interesse público na defesa do processo, uma vez que “ao eliminar uma situação de perigo que envolve apenas um interesse do litigante, o processo cautelar está, acima de tudo, preocupado em assegurar que o resultado do processo principal seja, em qualquer hipótese, útil e consentâneo com a missão que se lhe atribuiu”¹⁰.

O autor ressaltou, ainda, o caráter preventivo ou de garantia da tutela cautelar contra o risco de dano que ameaçava direito ou interesse da parte e comprometia a eficácia da tutela definitiva:

A tutela cautelar é apenas de “prevenção” ou “garantia”, porque quem a obtém, mesmo ganhando a ação cautelar, não consegue, só com ela, a satisfação de seu

⁶ Ibid., p. 195.

⁷ Ibid., p. 196.

⁸ Ibid., p. 141.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. 45. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 2, p. 490.

¹⁰ Ibid., p. 491.

pretensão direito, que continua na dependência da solução do processo principal. Com a medida cautelar, a parte beneficiada apenas se precavém contra uma temida mudança na situação fática ou jurídica que poderia inutilizar o resultado do processo principal, caso lhe venha a ser favorável.¹¹

Divergindo da doutrina clássica, que considerava a tutela cautelar como aquela destinada a dar efetividade ao processo, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart afirmaram ser a tutela cautelar uma espécie de tutela assecuratória da própria tutela do direito material ou de uma situação jurídica tutelável, relacionando-a, desse modo, diretamente ao plano material e não ao plano processual, como pretendiam vários doutrinadores.

Em suas palavras:

O direito à tutela cautelar não advém do processo. A tutela cautelar não se destina a garantir a efetividade da ação e, por isto mesmo, não pode ser pensada como uma mera técnica processual necessária a lhe outorgar efetividade. O direito à tutela cautelar está situado no plano do direito material, assim como o direito às tutelas inibitória e ressarcitória. O titular do direito à tutela do direito – por exemplo, ressarcitória – também possui direito à tutela de segurança (cautelar) do direito à tutela do direito. De modo que, se a tutela cautelar é instrumento de algo, ela somente pode ser instrumento para assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou para assegurar uma situação jurídica tutelável, conforme o caso.¹²

Desse modo, para Marinoni e Arenhart a tutela cautelar seria instrumento da própria tutela do direito material e não um “instrumento do instrumento”, isto é, um instrumento do processo, de maneira que a instrumentalidade estaria diretamente relacionada à tutela do direito e não ao processo.

Nesse sentido, os referidos autores argumentaram que:

A tutela cautelar é caracterizada pela instrumentalidade, mas em um sentido bastante diferente daquele que lhe foi atribuído pela doutrina clássica. A tutela cautelar não é um instrumento do instrumento, ou seja, um instrumento do processo que presta a tutela jurisdicional do direito, satisfazendo ou realizando o direito material. A tutela cautelar é um instrumento vocacionado a dar segurança à tutela do direito desejada, ou que pode vir a ser ambicionada, no processo principal.¹³

Além da instrumentalidade, outra característica marcante da tutela cautelar no CPC de 73 é a referibilidade, o que significa que nela havia sempre referência a uma tutela de direito material ou a uma situação substancial acautelada, de modo que “inexistindo referibilidade, não há direito acautelado, mas sim tutela satisfativa”¹⁴. Ou seja, a falta de

¹¹ Ibid., p. 492.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar**. 5. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, Coleção Curso de Processo Civil, v. 4, p. 23.

¹³ Ibid., p. 36.

¹⁴ Ibid., p. 38.

referibilidade seria uma evidência da existência de satisfatividade e, portanto, de ausência de cautelaridade.

No antigo Código de Processo Civil, conforme Cassio Scarpinella Bueno¹⁵, a doutrina costumava referir-se à tutela cautelar pelo nome de “medida cautelar” e, até mesmo, por “processo”, “ação” ou “sentença” cautelar. Também era comum o emprego de expressões como “providência” ou “provimento” cautelar.

O autor, no entanto, advertiu que “a nomenclatura ‘tutela cautelar’ é, dentre as opções possíveis, a preferível por enfatizar o que hoje deve ser a tônica dos estudos mais recentes do direito processual civil, a ‘tutela jurisdicional’”¹⁶, enquanto as expressões “processo cautelar”, “ação cautelar” e “sentença cautelar” deveriam ser evitadas.

Como observou Bueno:

O emprego de tal expressão tem o mérito, vale a ênfase, de evidenciar não só a conveniência, mas a necessidade de alteração do eixo metodológico do direito processual civil, deixando de lado a estática de seus institutos consagrados (e ainda fundamentais, não há por que duvidar) em prol da dinâmica inerente aos resultados obteníveis pela intervenção jurisdicional. É a “tutela jurisdicional” – não o “processo”, a “ação” ou a “sentença” – que pode assumir feição cautelar no sentido de ser provisória e instrumental, como quer a doutrina dominante.¹⁷

Além disso, o autor era veementemente contra a necessidade de um processo ou uma ação diversa para que a tutela jurisdicional, e, em especial, a tutela cautelar, fosse prestada. Segundo ele, “não há espaço para entender a necessidade de uma verdadeira duplicação de ‘processos’, de ‘ações’ e de ‘procedimentos’ para buscar um só resultado que, em última análise, não repousa – e nunca repousou – no plano processual, mas, exclusivamente, no plano material”¹⁸, sendo este mais um dos motivos pelos quais preferia que as atenções fossem voltadas ao estudo da tutela cautelar e não à ação ou ao processo cautelar.

Dessa forma, sob o seu ponto de vista:

Como [...] a prestação da tutela jurisdicional (qualquer que seja a perspectiva de sua análise) não depende de um “processo” próprio ou distinto – apenas de um (e constante) “processo jurisdicional” –, ou de uma “ação” própria ou distinta – apenas de uma adequada provocação do Estado-juiz e constante e correto agir ao longo do processo –, não há espaço para vincular um “processo” e/ou uma “ação” a determinada finalidade.¹⁹

¹⁵ BUENO, op. cit., p. 154-155.

¹⁶ Ibid., p. 155.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Ibid., p. 154.

¹⁹ Ibid., p. 158.

Nessa perspectiva, valem as palavras de José Roberto dos Santos Bedaque:

O estudo da cautelar deve ser feito a partir da ideia de tutela jurisdicional, sendo absolutamente irrelevante o aspecto de essa modalidade de medida ser concedida mediante o exercício do direito de ação, em processo autônomo, ou como decisão incidental no procedimento em curso. Ação cautelar, processo cautelar, medida cautelar incidente, são apenas mecanismos para obtenção da tutela cautelar. Importa, pois, descobrir a natureza dessa modalidade de proteção jurisdicional, que não se confunde com as demais formas de tutela: cognitiva e executiva ou satisfativa.²⁰

Justamente por defender a desnecessidade de se estabelecer uma nova relação jurídica processual ou instaurar-se um novo processo para que a tutela cautelar fosse concedida, Cassio Scarpinella Bueno parecia seguir a mesma linha de Marinoni e Arenhart, de forma que, para o autor, a tutela cautelar propunha-se a garantir não o resultado útil de um outro processo, como comumente se sustentava, mas sim a fruição útil e oportuna do direito da parte.²¹

Na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, Alfredo Buzaid assim explicou:

A matéria dos três primeiros livros corresponde à função jurisdicional de conhecimento, de execução e cautelar. A dogmática do processo civil moderno sanciona esta classificação. O processo cautelar foi regulado no Livro III, porque é um *tertium genus*, que contém a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução. O seu elemento específico é a prevenção (n. 11, 2º parágrafo).²²

Essa opção do legislador por classificar a tutela cautelar como um *tertium genus*, ou seja, um terceiro gênero ao lado das demais tutelas jurisdicionais, quais sejam a tutela de conhecimento ou cognitiva e a tutela executiva, distinguindo-as entre si e cada qual sendo disciplinada em um Livro próprio, recebeu fortes críticas por parte de doutrinadores como Cassio Scarpinella Bueno e José Roberto dos Santos Bedaque.

Ambos os autores ressaltaram que essa divisão não obedeceu à critérios homogêneos de classificação. Para diferenciar a tutela cognitiva da tutela executiva, adotava-se como parâmetro a atividade jurisdicional desenvolvida, ao passo que para identificação da tutela cautelar, que comporta em seu cerne cognição e execução, e distinção das restantes, o critério escolhido era o da finalidade a ser atingida.

Bueno, referindo-se à Calamandrei, apontou:

²⁰ BEDAQUE, op. cit., p. 126.

²¹ BUENO, op. cit., p. 36.

²² BRASIL. **Código de Processo Civil: Histórico da Lei**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974. v. 1, t. 1, p. 17. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177828>>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

Para ele, o critério classificatório amplamente adotado, inclusive pelo Código de Processo Civil nacional e pela doutrina brasileira, sempre padeceu de incoerência por eleger critérios não homogêneos para distinguir uma mesma realidade: a atividade para os “processos de conhecimento e de execução” e a função para o “processo cautelar”.²³

Outrossim, para Bedaque²⁴, a tutela cautelar caracterizava-se como uma tutela acessória, auxiliar das demais, um “instrumento do instrumento”, destinada a garantir o resultado definitivo, de forma que não atuaria no mesmo plano daquelas. Além disso, justamente por possuir natureza cognitiva e executiva, como aponta Buzaid na sua Exposição de Motivos, a atividade cautelar desempenhada pelo magistrado não poderia ser considerada, segundo o autor, quanto aos efeitos que produz, um *tertium genus*²⁵.

Conforme o Bedaque:

A cautelar não é tutela funcionalmente autônoma, ou seja, não pode ser classificada como terceira categoria de tutela jurisdicional, destinada a produzir, no plano substancial, efeitos diversos daqueles causados pela tutela cognitiva (declaratória, condenatória e constitutiva) ou executiva. Tem ela natureza instrumental, pois voltada para assegurar o resultado dessas outras tutelas.²⁶

E, concluindo, o autor afirmou:

De qualquer modo, ainda que se entenda conveniente manter a autonomia procedimental da tutela cautelar, tal como ocorre no sistema processual brasileiro, é preciso compreender que a classificação dos provimentos em cognitivo e executivo não leva em conta o mesmo critério utilizado para identificação da tutela cautelar. A distinção entre cognição e execução é feita com base em elementos diversos daqueles considerados para diferenciar cada uma dessas atividades da cautelar. Daí resulta que a classificação tríplex (cognição, execução e cautelar) não é homogênea.²⁷

1.1 Poder Geral de Cautela – Art. 798

O art. 798 do Código de Processo Civil de 1973, ao estabelecer que além dos procedimentos cautelares específicos, que o Código regulava no Capítulo II do Livro III, poderia o juiz determinar as medidas provisórias que julgasse adequadas, quando houvesse fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, causasse ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, previa o chamado “Poder Geral de Cautela”.

Bedaque traduziu bem o dispositivo quando asseverou que “além dos procedimentos cautelares específicos e das tutelas nominadas, prevê o legislador brasileiro o

²³ CALAMANDREI apud BUENO, op. cit., p. 157.

²⁴ BEDAQUE, op. cit., p. 195.

²⁵ Ibid., p. 196.

²⁶ Ibid., p. 199-200.

²⁷ Ibid., p. 200.

poder geral de cautela do juiz, em razão do qual tem o julgador a possibilidade de conceder tutelas cautelares não especificadas no Código (CPC, arts. 798-799)”²⁸.

Portanto, ao lado das modalidades típicas, ou seja, daquelas expressamente previstas e nominadas, tratava-se o poder geral de cautela de uma verdadeira regra geral que atribuía ao magistrado amplo poder cautelar, como forma de assegurar a efetividade e utilidade da tutela do direito material. Mais uma vez, o autor sintetizou bem ao afirmar que “o poder geral de cautela corresponde à possibilidade de se conceder cautelar inominada para situações não tipificadas pelo legislador”²⁹.

Theodoro Jr., por sua vez, definiu o poder geral de cautela como “esse poder de criar providências de segurança, fora dos casos típicos já arrolados pelo Código”³⁰.

É por isso que, consoante Bueno³¹, o poder geral de cautela acabava confundindo-se, conceitualmente, com o que era comumente chamado de “cautelar inominada”, “cautelar inespecífica” ou “cautelar atípica”.

Theodoro Jr. ressaltou, no entanto, que não havia diferença de natureza ou substância entre as medidas típicas e as derivadas do poder geral de cautela, já que em ambos os casos a função desempenhada pelos órgãos jurisdicionais seria de natureza cautelar, ou seja, “destinada a evitar um perigo proveniente de um evento possível ou provável, que possa suprimir ou restringir os interesses tutelados pelo direito”³² e, portanto, a única diferença entre as medidas típicas e atípicas seria o grau em que estavam determinadas e especificadas pelo Código³³.

Além disso, para Bueno³⁴, esse Poder Geral de Cautela consistia em um verdadeiro “dever-poder”. “Dever”, pois não havia para o magistrado, no exercício de suas funções, margem de discricionariedade no que diz respeito à decisão de tutelar ou não determinada situação que lhe fosse apresentada, sendo a tutela (proteção) medida que se impunha.

Nesse aspecto, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery salientaram que:

²⁸ Ibid., p. 140.

²⁹ Ibid., p. 229.

³⁰ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 505.

³¹ BUENO, op. cit., p. 186.

³² ROCCO apud THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 505.

³³ Idem.

³⁴ BUENO, op. cit., p. 183.

Demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ao juiz não é dado optar pela concessão ou não da cautela, pois tem o dever de concedê-la. É certo que existe certa dose de subjetividade na aferição da existência dos requisitos objetivos para a concessão da cautelar. Mas não menos certo é que não se pode falar em poder discricionário do juiz nesses casos, pois não lhe são dados pela lei mais de um caminho igualmente legítimo, mas apenas um.³⁵

“Poder”, pois o magistrado poderia utilizar as ferramentas e recursos necessários para que essa finalidade fosse atingida. O “dever” estaria, portanto, relacionado aos fins a serem atingidos com a atuação jurisdicional e o “poder”, aos meios para seu atingimento.

No tocante ao “poder”, mencionado por Bueno, Theodoro Jr. constatou que “deixando ao critério do juiz a determinação das medidas cabíveis no âmbito do poder geral de cautela, a lei, na realidade, investe o magistrado de um poder discricionário de amplíssimas dimensões”³⁶.

Contudo, o autor fez a ressalva de que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, visto que aquela consiste na liberdade de escolha ou opção, mas dentro dos limites legais. Assim, “ao mesmo tempo em que o poder discricionário foi criado, recebeu também destinação e condicionamentos que o limitam estritamente dentro da função cautelar e de seus pressupostos tradicionais”³⁷.

Dessa forma, Bueno destacou que esse “dever-poder geral de cautela”, tal como previsto no Código de 1973, era atípico, já que não houve uma preocupação por parte do legislador em definir as circunstâncias e as alternativas a serem utilizadas em cada uma delas para que sua finalidade fosse atingida. Pelo contrário, o dispositivo foi criado de maneira a permitir ao magistrado que adotasse as medidas que melhor correspondessem às exigências de cada caso concreto³⁸.

Assim, verifica-se que:

Diante [...] do poder geral de cautela, a atividade jurisdicional apoia-se em “poderes indeterminados”, porque a lei, ao prevê-los, não cuidou de preordená-los a providências de conteúdo determinado e específico. Já nos procedimentos específicos, tudo que diga respeito ao exercício da função cautelar, quer quanto ao cabimento da providência, quer quanto ao seu objetivo, pressupostos e limites, tudo isto está adrede previsto e regulado pela lei.³⁹

³⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 14. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1384.

³⁶ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 506.

³⁷ Idem.

³⁸ BUENO, op. cit., p. 185.

³⁹ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 505.

Nesse contexto, Bedaque alertou:

Poder geral de cautela não significa, evidentemente, a possibilidade de o juiz conceder tutela cautelar de ofício e segundo critérios de oportunidade e discricionariedade, sem se ater a requisitos legais. Entende-se como poder geral de cautela, na verdade, a admissibilidade de a tutela cautelar ser deferida, a pedido da parte interessada, independentemente de previsão específica. Ou seja, a expressão significa atipicidade da tutela cautelar.⁴⁰

Isso se deve à vontade do legislador de tentar abarcar toda e qualquer possível situação de risco que porventura viesse a surgir e ameaçar a tutela de um direito e não só aquelas expressamente previstas. Assim, Theodoro Jr. sustentou que “[...] o intuito da lei é assegurar meio de coibir qualquer situação de perigo que possa comprometer a eficácia e utilidade do processo principal”⁴¹, de forma que, consoante Bueno, “pelo dever-poder geral de cautela o magistrado, no exercício da jurisdição, tende a tutelar (proteger) suficiente e adequadamente qualquer situação de ameaça que lhe seja apresentada ou que seja visível ao longo do processo”⁴².

Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno:

Referir-se a um “dever-poder geral de cautela” quer significar, para todos os fins, que o sistema processual civil reconhece ao magistrado uma gama bastante grande de alternativas para imunizar adequada e suficientemente ameaças a direito, impedindo que elas se tornem lesões, dando ampla aplicação, destarte, ao comando do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.⁴³

A esse respeito Marinoni e Mitidiero fizeram pertinente reflexão:

Evidencia-se, mediante essas normas, não apenas que o legislador não pode instituir tantos procedimentos quantas são as necessidades de tutela cautelar, mas, sobretudo, que essas necessidades variam conforme as particularidades concretas e, assim, que não há alternativa a não ser deixar uma válvula de escape para a utilização da técnica processual adequada à situação concreta. Vale dizer: não há alternativa senão outorgar ao juiz poder cautelar geral.⁴⁴

Todavia, como ressalta Theodoro Jr., “uma vez invocada a prestação de tutela preventiva, dentro do âmbito de todo o processo cautelar e, especialmente, no tocante ao poder geral de cautela, incumbe ao juiz a função de adequar a medida aos limites e objetivos da jurisdição de prevenção”⁴⁵.

⁴⁰ BEDAQUE, op. cit., p. 240.

⁴¹ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 505.

⁴² BUENO, op. cit., p. 184.

⁴³ Idem.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**: Comentado Artigo por Artigo. 6. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 770.

⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 507.

Isso significa que ao serem requeridas por uma das partes, as medidas cautelares atípicas, representativas do poder geral de cautela, deveriam ser valoradas pelo magistrado no que diz respeito não só à sua necessidade, mas também à sua adequação ou capacidade para eliminar o perigo demonstrado.

Observa-se, ainda, que o art. 798 fazia uma contraposição entre as “cautelares nominadas” ou “típicas”, por ele denominadas de “procedimentos cautelares específicos”, previstos no Capítulo II do antigo Código de Processo Civil (arts. 813 a 889), e as “cautelares inominadas” ou “atípicas”, que correspondem ao que Cassio Scarpinella Bueno chamou de “dever-poder geral de cautela”⁴⁶.

De acordo com Bueno:

Além dos casos em que o legislador, pelas mais variadas razões, valorou como dignas de proteção “cautelar”, e que são aquelas expressamente previstas nos arts. 813 a 889, examinados pela Parte III, o magistrado pode, isto é, deve, tutelar, mesmo que provisoriamente, quaisquer outras situações que lhe pareçam dignas de proteção, praticando, para tanto, as atividades que se mostrem necessárias e suficientes.⁴⁷

Theodoro Jr. enfatizou, portanto, que existem “medidas que o próprio legislador define e regula suas condições de aplicação, e há também medidas que são criadas e deferidas pelo próprio juiz, diante de situações de perigo não previstas ou não reguladas expressamente pela lei”⁴⁸.

Assim sendo, o autor fez uma distinção entre as medidas típicas e o poder geral de cautela a partir de seu objeto, na medida em que aquelas se referiam apenas a certos interesses ou direitos subjetivos bem definidos em lei, já o direito subjetivo que se pretendia tutelar por meio do poder geral de cautela, por outro lado, era o mais indeterminado possível.⁴⁹

Isso não significava, entretanto, como salientou Theodoro Jr., excluir da área de incidência das medidas cautelares típicas a admissibilidade também das medidas atípicas, visto que não havia incompatibilidade entre elas.

Como evidenciou o autor:

Todos os direitos subjetivos ou interesses, mesmo os compreendidos na tutela das medidas específicas, estão também incluídos na área de incidência da tutela genérica

⁴⁶ BUENO, op. cit., p. 185.

⁴⁷ Ibid., p. 186.

⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 505.

⁴⁹ Ibid., p. 508.

ou não específica, desde que reclamem proteção preventiva não especificada em lei, mas compreensível nos poderes outorgados ao juiz pelo art. 798 do CPC.⁵⁰

Bedaque ressaltou que o poder geral de cautela estava relacionado também à ideia de subsidiariedade, pois só deveria ser utilizado quando não houvesse outra forma apta a satisfazer o direito. Portanto,

Se o ordenamento prevê outro instrumento para evitar o perigo de lesão, ou admite a própria tutela principal de forma rápida, mediante cognição sumária, desnecessária a cautelar inominada. Esta só se mostra adequada para as situações em que não há outro meio de evitar dano irreparável ao direito da parte.⁵¹

O art. 799⁵² do CPC, por sua vez, a título meramente exemplificativo, previa algumas das medidas que poderiam ser adotadas pelo magistrado no exercício do poder geral de cautela.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, ao comentarem o mencionado dispositivo, explanaram:

O art. 799, CPC, arrola técnicas processuais para a efetivação da tutela cautelar atípica. São exemplos. Não só o poder cautelar geral do juiz é, por definição, atípico, mas também as técnicas processuais que servem à consecução da tutela cautelar atípica se revestem dessa mesma atipicidade.⁵³

E Theodoro Jr. acrescentou:

Não é preciso nem sequer fugir da enumeração da lei para admitir o amplo e irrestrito poder geral de cautela que se atribui ao juiz. É que dentro do permissivo genérico utilizado pelo legislador em expressões elásticas como “autorizar ou vedar a prática de determinados atos” [art. 799] cabe, sem dúvida, uma quase infindável sequência de medidas.⁵⁴

Segundo o autor, no entanto, qualquer que fosse a medida atípica escolhida, esta consistia sempre em uma ordem, um comando ou uma injunção, que poderia ter conteúdo positivo (ordem de fazer) ou negativo (ordem de não fazer), imposta pelo órgão judicial a uma das partes em conflito.⁵⁵

⁵⁰ Idem.

⁵¹ BEDAQUE, op. cit., p. 230.

⁵² Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

⁵³ MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 773.

⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 507.

⁵⁵ Idem.

1.1.1 *Fumus boni iuris e Periculum in mora*

Cassio Scarpinella Bueno⁵⁶ defendia a existência de um “mérito” do “processo cautelar” diferente do “mérito” do “processo de conhecimento” e do “processo de execução”, conforme descreveu:

Não que exista propriamente um “mérito cautelar”. Há, contudo, mérito naquilo que o Livro III do Código de Processo Civil [...] chama de “processo cautelar” e que não se confunde com o “mérito” que a doutrina identifica no Livro I (“processo de conhecimento”) e, com alguma hesitação, também no Livro II (“processo de execução”), todos do mesmo Código de Processo Civil.⁵⁷

Para o autor, o “mérito” no “processo cautelar” consistia na verificação, em cada caso concreto, da ocorrência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, dispensando, todavia, o aprofundamento da cognição, sendo suficiente a “cognição sumária”⁵⁸.

Corroborando esse entendimento, Bedaque frisou que tais requisitos representavam o mérito da tutela cautelar e não as condições da ação cautelar, como equivocadamente afirmava boa parte da doutrina.

Para o autor, as condições da ação cautelar, “como em qualquer ação, resultam do exame em abstrato da pretensão deduzida na inicial, tal como ela foi deduzida pelo autor, com todos os seus elementos”⁵⁹, de forma que são idênticas às condições das demais ações e cuja verificação ocorre da mesma maneira. Sobre isso, Bedaque afirmou:

Para o exame das condições da ação, inclusive da ação cautelar, parte-se da seguinte premissa: se as alegações forem verdadeiras, o autor teria direito à tutela? Negativa a resposta, significa estar ausente uma das condições. Positiva, surge a necessidade de verificação da veracidade das alegações, o que implica exame do mérito.⁶⁰

Sendo assim, consoante Bueno:

O “mérito” do “processo cautelar”, destarte, corresponde, como em qualquer outro caso, ao pedido de tutela jurisdicional tal qual formulado pelo autor. Na medida em que o magistrado enfrente-o, isto é, tenha condições de apreciá-lo porque superadas as questões relativas à existência e à regularidade do processo (pressupostos processuais) e ao desenvolvimento do próprio direito de ação (condições da ação), o julgamento é, para os fins do art. 269, em especial de seu inciso I, de mérito. O magistrado poderá acolher ou rejeitar o pedido, no todo ou em parte, concedendo, em idêntica proporção, tutela jurisdicional. Em qualquer das hipóteses, seu julgamento é de mérito.⁶¹

⁵⁶ BUENO, op. cit., p. 160.

⁵⁷ Ibid., p. 160-161.

⁵⁸ Ibid., p. 161.

⁵⁹ BEDAQUE, op. cit., p. 171.

⁶⁰ Ibid., p. 172.

⁶¹ BUENO, op. cit., p. 161.

O autor advertiu, entretanto, que embora o julgamento realizado no “processo cautelar” fosse de mérito, como afirmado anteriormente, ele não fazia coisa julgada material, “para tanto, seria necessário que a cognição desenvolvida pelo magistrado fosse exauriente, o que, ressalvada a excepcional hipótese do art. 810, não ocorre no âmbito do Livro III do Código”⁶².

O art. 801 do CPC de 73, ao indicar os elementos que deveriam compor a petição inicial da tutela cautelar, em seu inciso IV, exigia a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão, que correspondem exatamente ao “mérito da cautelar” aludido por Bueno e Bedaque.

A exposição sumária do direito ameaçado referia-se à consagrada expressão latina *fumus boni iuris*, que traduzida significa “fumaça do bom direito”, e que, de acordo com Bueno, “deve ser entendida como a suficiência, para os fins do Livro III do Código de Processo Civil, de que o magistrado convença-se sumariamente da existência do direito e das consequências jurídicas pretendidas pelo autor para a concessão da tutela jurisdicional”⁶³.

Marinoni e Arenhart, por seu turno, definiam esse requisito da tutela cautelar como a probabilidade do direito à tutela do direito material, o que significa que a tutela do direito material deveria ser provável ou verossímil.

Nas palavras dos citados processualistas:

Para obter a tutela cautelar, o autor deve convencer o juiz de que a tutela do direito provavelmente lhe será concedida. A admissão de uma convicção de verossimilhança, como suficiente à concessão da tutela cautelar, decorre do perigo de dano e da consequente situação de urgência, a impor solução e tutela jurisdicional imediatas.⁶⁴

Formava-se, assim, uma convicção de verossimilhança ou probabilidade, fundada em cognição sumária, em razão da própria urgência para a concessão da tutela.

Nesse raciocínio, Theodoro Jr. explicou que:

Não se pode, bem se vê, tutelar qualquer interesse, mas tão-somente aqueles que, pela aparência, se mostram plausíveis de tutela no processo principal. Assim, se da própria narração do requerente da ação cautelar, ou da flagrante deficiência do título jurídico em que se apóia sua pretensão de mérito, conclui-se que não há possibilidade de êxito para ele na composição definitiva da lide, caso não é de lhe outorgar a proteção cautelar.⁶⁵

⁶² Ibid., p. 162.

⁶³ Ibid., p. 206.

⁶⁴ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 29.

⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 500.

Portanto, para o autor, que denominou esse requisito da tutela cautelar como a plausibilidade do direito substancial, ou seja, o *fumus boni iuris*, sendo inviável o processo principal, não se deveria deferir a tutela cautelar, cujo objetivo era justamente servir de instrumento para garantir-lhe efetividade.

Marinoni e Arenhart, no entanto, fizeram importante ponderação acerca dos limites desse requisito:

Não obstante, a probabilidade da outorga da tutela do direito, além de ser um requisito da tutela cautelar – pois não pode haver menos do que verossimilhança –, não pode ser substituída pela sua evidência, já que também não pode haver uma situação que permita ao juiz formar convicção suficiente para a concessão da própria tutela do direito ameaçada por dano.⁶⁶

Já o receio de lesão, por sua vez, correspondia à outra expressão latina, o *periculum in mora* ou perigo na demora, que representa o temor de que a demora da prestação jurisdicional impeça ou prejudique o pleno usufruto daquele direito que se encontra ameaçado, de modo que “impõe-se a pronta atuação do Estado-juiz para evitar que o tempo inerente à prestação da tutela jurisdicional seja obstáculo à fruição plena do direito que se afirma na iminência de ser lesionado”⁶⁷.

Nessa perspectiva, para Marinoni e Arenhart, depreendia-se da tutela cautelar que a situação tutelável ou a tutela devida ao direito material estivessem expostas ao perigo de dano, que geralmente estava ligado à inefetividade ou à inutilidade do provimento final e que deveria “ser fundado em elementos objetivos, capazes de serem expostos de forma racional, e não em meras conjecturas de ordem subjetiva”⁶⁸.

Do mesmo modo, Bedaque esclareceu que “a tutela cautelar pressupõe a existência de perigo para a efetividade do provimento definitivo e, conseqüentemente, para o direito deduzido em juízo. O *periculum in mora* é característica essencial e distintiva do provimento cautelar”⁶⁹.

Marinoni e Arenhart, todavia, fizeram a ressalva de que:

Embora o perigo de dano faça surgir uma situação de urgência, tornando insuportável a demora do processo, não há razão para identificar perigo de dano com *periculum in mora*, como se ambos tivessem o mesmo significado. O perigo de dano faz surgir o perigo na demora do processo, existindo, aí, uma relação de causa e efeito. Por isto mesmo, para se evidenciar a necessidade da tutela cautelar, não basta

⁶⁶ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 29.

⁶⁷ BUENO, op. cit., p. 206.

⁶⁸ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 28.

⁶⁹ BUENO, op. cit., p. 173.

alegar *periculum in mora*, sendo preciso demonstrar a existência da sua causa, ou seja, o perigo de dano.⁷⁰

Para Theodoro Jr., o *periculum in mora* estava relacionado a “um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte”⁷¹, e que, normalmente, estava associado a uma modificação na situação de fato existente ao tempo do estabelecimento da controvérsia, o que acabava por impedir a justa composição da lide. “E isto pode ocorrer quando haja o risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo principal”.⁷²

Por fim, Marinoni e Arenhart destacaram a desnecessidade de que fosse demonstrada, em cognição exauriente, a ocorrência do dano afirmado, bastando que a parte demonstrasse a probabilidade de sua ocorrência.

Os autores elucidaram:

Assim deve ser porque, de outro modo, jamais se concederia medidas de urgência. A se exigir prova irretorquível do perigo de dano, seria necessário ter um processo adequado à cognição exauriente, o que é incompatível com a urgência requerida para as medidas cautelares. Por isso, bastará a demonstração, em cognição sumária, da ocorrência do risco de dano, não se podendo exigir certeza absoluta nessa situação.⁷³

Esse juízo de verossimilhança fundado em cognição sumária e baseado na urgência para a concessão da tutela foi um dos fatores que contribuíram para a utilização da técnica cautelar como forma de sumarização do processo de conhecimento, como será visto adiante.

⁷⁰ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 28.

⁷¹ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 500.

⁷² Ibid., p. 501.

⁷³ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 28.

2 TUTELA ANTECIPADA NO CPC DE 1973

2.1 A Reforma de 94 e a Generalização da Tutela Antecipada

A transformação da sociedade e o conseqüente surgimento de novas situações a exigirem tutela jurisdicional adequada fizeram com que a ação cautelar inominada passasse a ser utilizada para prestar, além da tutela cautelar, tutelas que não podiam ser obtidas mediante o uso das técnicas processuais à época previstas pela legislação, entre elas a tutela antecipada.⁷⁴

Nesse sentido, Marinoni e Arenhart constataram que:

A necessidade de maior celeridade de tutela dos direitos, advinda das características dos “novos direitos” e das relações jurídicas próprias à sociedade contemporânea, colocaram em xeque o processo civil clássico – destituído de técnica antecipatória e de sentenças diferentes das declaratórias, constitutivas e condenatórias –, evidenciando a imprescindibilidade da adaptação do sistema de distribuição de justiça à evolução da sociedade, o qual era impotente para o alcance da antecipação da tutela final.⁷⁵

Daniela Marques de Moraes, trabalhando a questão atinente ao acesso à justiça a partir da perspectiva do direito processual civil e de suas reformas, afirmou que a desigualdade procedimental existente no antigo Código de Processo Civil, “principalmente no tocante ao processo de conhecimento, subdividido entre os livros I (procedimento comum) e IV (procedimentos especiais), fez surgir severas críticas à legislação processual”.⁷⁶

Conforme evidencia a autora⁷⁷, o procedimento comum ordinário era extremamente moroso e apresentava um formalismo excessivo, ao passo que os procedimentos especiais, de forma geral, eram céleres, permitindo que o direito material fosse tutelado de forma adequada e eficaz.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira relataram que:

A tutela antecipada só era prevista, excepcionalmente, para a satisfação imediata de alguns direitos, tutelados por procedimentos especiais – como nas ações possessórias, no mandado de segurança, ação de alimentos. Mas para a generalidade

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar**. 5. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, Coleção Curso de Processo Civil, v. 4, p. 52-60 e 100-103.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 53.

⁷⁶ MORAES, Daniela Marques de. **A Importância do Olhar do Outro para a Democratização do Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 95.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 95-104.

dos direitos, tutelados pelos ritos comuns – ordinário e sumário –, não havia previsão de uma tutela provisória satisfativa.⁷⁸

Dessa maneira, nas palavras de Daniela Marques de Moraes:

Para minimizar o disparate procedimental acima apontado, o direito processual civil presenciou, num primeiro momento, o fenômeno da propagação da técnica cautelar no procedimento comum ordinário, com o objetivo de propiciar a sumarização preexistente nos procedimentos especiais.⁷⁹

Observa-se, portanto, que em razão da necessidade de obtenção da tutela do direito de modo mais célere, a técnica cautelar passou a ser utilizada como meio de sumarização do processo de conhecimento ou como forma de se obter a tutela satisfativa mais rapidamente, fazendo surgir a falsa ideia de ação cautelar satisfativa ou tutela cautelar satisfativa.⁸⁰

Quanto a isso, Marinoni e Mitidiero asseveraram:

Tal ação, apesar de rotulada de cautelar, não prestava tutela cautelar. Utilizou-se o procedimento cautelar apenas porque o procedimento comum ordinário da época não permitia a obtenção da tutela de forma adequada, efetiva e tempestiva, especialmente porque aí não se podia requerer tutela antecipatória.⁸¹

Por conseguinte, nota-se que houve uma deformação da técnica cautelar, utilizando-a de modo distorcido a fim de garantir as novas necessidades de tutela do direito material, especialmente para a obtenção da tutela satisfativa de modo antecipado.⁸²

Essa distorção no uso da ação cautelar, contudo, nem sempre fazia com que o juiz dispensasse a ação principal, o que acabava gerando uma duplicação de ações ou de procedimentos para uma única finalidade, que era a obtenção da tutela satisfativa⁸³, de maneira que “a ‘ação principal’ dessa ação cautelar nada mais era do que a renovação da ação cautelar satisfativa originária, uma espécie de demanda confirmatória dos termos da demanda anteriormente ajuizada”⁸⁴.

Acerca desse fenômeno, Marinoni e Arenhart fizeram relevante reflexão de que “não há como pensar que a prestação da tutela antecipada sob o manto protetor da técnica cautelar constituiu um abuso, uma vez que tal forma de tutela se mostrou imprescindível à

⁷⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela**. 9. ed. rev., ampl. e atual, Salvador: JusPODIVM, 2014. v. 2, p. 472.

⁷⁹ MORAES, op. cit., p. 104.

⁸⁰ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 52-60.

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil: Comentado Artigo por Artigo**. 6. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 771.

⁸² MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 52-60.

⁸³ Ibid., p. 102.

⁸⁴ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 473.

efetiva proteção do direito material, e, assim, legítima, à luz do direito fundamental de ação”.⁸⁵

E continuaram:

De qualquer forma, é indiscutível que a expansão da cautelar inominada significou um fenômeno de democratização do processo e de efetiva tutelabilidade jurisdicional dos direitos. Se o direito material é dependente, em nível de efetividade, do direito processual, uma sociedade plural e democrática obviamente não pode conviver com o mito da uniformidade procedimental e, desta maneira, com um processo civil indiferente às diversas posições sociais e situações de direito material.⁸⁶

Ainda assim, a grande maioria dos tribunais e a quase totalidade da doutrina, antes da instituição da tutela antecipada no Código de Processo Civil de 1973, não admitiam que o juiz concedesse tutelas sumárias satisfativas utilizando-se da técnica cautelar, tendo em vista a própria natureza assecuratória e não satisfativa da tutela cautelar, conforme afirmaram Marinoni e Arenhart:

Assim, ainda que a técnica cautelar tenha sido utilizada para permitir o alcance da tutela satisfativa sob cognição sumária – ou a antecipação da tutela final, mediante cognição sumária –, o certo é que isto não era aceito pela maioria dos tribunais e pela totalidade da doutrina, que não conseguiam admitir o uso satisfativo da técnica cautelar, ainda que tal modo de proceder fosse indispensável à realização do direito fundamental de ação.⁸⁷

Para os autores, além da necessidade emergente de tutela antecipatória, esse foi um dos principais motivos que levaram à alteração no Código de Processo Civil de 1973.⁸⁸

Foi nesse cenário, e numa tentativa de superação da ordinaryness do processo, que se iniciaram as reformas processuais civis, destacando-se, nesse contexto, as alterações introduzidas pela Lei nº 8.952/1994, notadamente aquelas que ocorreram nos artigos 273 e 461 do antigo Código de Processo Civil.⁸⁹

Essas modificações foram responsáveis pela consagração da tutela antecipada no Código de Processo Civil de 1973 ou pela sua generalização, como preferem alguns autores⁹⁰, tendo em vista a sua preexistência em alguns procedimentos especiais, como visto.

⁸⁵ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 58.

⁸⁶ Ibid., p. 59-60.

⁸⁷ Ibid., p. 59.

⁸⁸ Ibid., p. 61.

⁸⁹ MORAES, op. cit., p. 111-113.

⁹⁰ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 474 / BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada:** Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização). 5. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 301.

Sendo assim, de acordo com João Batista Lopes, “em verdade, o art. 273 do CPC não criou o instituto da tutela antecipada, mas apenas converteu em regra geral o que já estava prescrito para situações particulares”⁹¹.

Nesse sentido, segundo os processualistas Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, acabou se instituindo, portanto, um verdadeiro poder geral de antecipação:

Com a reforma dos arts. 273 e 461, §3º, do CPC, pela Lei n. 8.952/1994, inseriu-se, no bojo do procedimento comum, o poder geral de antecipação (satisfativa), generalizando a autorização legislativa para a concessão da tutela antecipada satisfativa, agora permitida para “qualquer direito”, e não apenas para aqueles que se tutelavam por alguns procedimentos especiais. Promoveu-se a “ordinarização” da tutela antecipada satisfativa – ou seja, o que antes era privilégio de alguns procedimentos especiais tornou-se regra no nosso sistema –, não havendo mais espaço, hoje em dia, para falar-se em “cautelar satisfativa”.⁹²

Esse poder geral de antecipação seria, de acordo com os supracitados autores, aquele conferido ao órgão jurisdicional para que conceda medidas provisórias e sumárias que antecipem a satisfação do direito afirmado, quando preenchidos os pressupostos legais. “Cuida-se de positivação da atipicidade (generalização) da tutela antecipada satisfativa”⁹³.

Cabe aqui a declaração de Bedaque de que “o legislador processual [...] estendeu a solução excepcional da antecipação de tutela a todas as situações sujeitas ao processo cognitivo. Ou seja, admitiu, preenchidos determinados requisitos, fossem antecipados efeitos da tutela jurisdicional em qualquer procedimento”⁹⁴.

Cassio Scarpinella Bueno foi além e declarou que o art. 273, “pela sua atipicidade, pode e deve ser entendido como significativo, no plano infraconstitucional, de um verdadeiro ‘dever-poder geral de antecipação’ ao lado do chamado ‘dever-poder geral de cautela’ consagrado pelo art. 798”⁹⁵.

Conforme Didier Jr., Braga e Oliveira⁹⁶, o § 3º do art. 461 destinava-se à tutela antecipada em ações de prestação de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro, já o art. 273 encarregava-se da antecipação dos efeitos da tutela nas ações declaratórias,

⁹¹ LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 72.

⁹² DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 473.

⁹³ Ibid., p. 472.

⁹⁴ BEDAQUE, op. cit., p. 301-302.

⁹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Antecipada, Tutela Cautelar e Procedimentos Cautelares Específicos**. 6. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2014, v. 4, p. 40.

⁹⁶ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 473-474.

constitutivas e de prestação pecuniária, formando, assim, um sistema de concessão de tutela antecipada.

No presente trabalho, entretanto, será objeto de estudo apenas o art. 273, de forma geral, e de maneira mais específica, seu inciso I. Dessa forma, o foco consistirá na conceituação da tutela antecipada e sua conseqüente distinção da tutela cautelar, um breve exame de uma das suas hipóteses de incidência e dos aspectos mais relevantes.

2.2 Art. 273

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

Como explicitou Daniela Marques de Moraes, “mediante a aplicação da técnica antecipatória, admitiu-se que o autor pudesse obter satisfação de seu direito material no curso do processo, viabilizando o alcance antecipado de tutela que apenas seria concedida ao seu final, após o exaurimento cognitivo”⁹⁷.

Observa-se, desse modo, que a tutela antecipada acarretava o adiantamento dos efeitos da sentença de mérito, possuindo caráter satisfativo, de modo que permitia a realização do direito material mediante cognição sumária ou verossimilhança.

Sob esse enfoque, Marinoni e Arenhart asseguraram que:

Na verdade, a tutela antecipatória, de lado hipóteses excepcionais, tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença de que é lastreada em verossimilhança e, por isto, não fica acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material. A tutela antecipatória é a tutela final, antecipada com base em cognição sumária.⁹⁸

Além disso, conforme João Batista Lopes⁹⁹, embora a tutela antecipada possuísse alguns aspectos em comum com a tutela cautelar, quais sejam a provisoriedade e a revogabilidade, com ela não se confunde, na medida em que não apresenta caráter instrumental, tampouco se refere a outro processo ou tutela.

⁹⁷ MORAES, op. cit., p. 111-114.

⁹⁸ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 62.

⁹⁹ LOPES, op. cit., p. 72-73.

Nesse ponto, concordaram Marinoni e Arenhart:

A tutela antecipatória não é instrumento de outra tutela, ou faz referência a outra tutela. A tutela antecipatória satisfaz o autor, dando-lhe o que almejou ao propor a ação. O autor não quer outra tutela além daquela obtida antecipadamente, diversamente do que sucede quando pede tutela cautelar, sempre predestinada a dar efetividade a uma tutela jurisdicional do direito. A tutela antecipatória também não aponta para uma situação substancial diversa daquela tutelada, ao contrário da tutela cautelar, que necessariamente faz referência a uma situação tutelável ou a uma outra tutela do direito material.¹⁰⁰

Os autores salientaram, ainda, que a provisoriedade serviria para caracterizar tão somente a decisão que concede a tutela no curso do processo, nunca a tutela em si, de maneira que não existe tutela antecipatória provisória ou mesmo tutela cautelar provisória.¹⁰¹

Dessa forma, “provisória, assim, é a decisão tomada com base em cognição sumária. A decisão provisória não se contrapõe à tutela final, mas sim à decisão final, isto é, à sentença. A tutela final pode ser assegurada pela tutela cautelar ou satisfeita (antecipada) pela tutela antecipatória”¹⁰².

É importante ressaltar o grande avanço que a tutela antecipada representou no que diz respeito à distribuição do ônus do tempo do processo entre as partes litigantes, sendo este um dos seus principais objetivos, já que “a partir de então, o magistrado, diante dos requisitos legais, poderia, total ou parcialmente, antecipar os efeitos da proteção jurisdicional pretendida pela parte autora”¹⁰³. Partilhando desse entendimento, para Marinoni, “a técnica antecipatória nada mais é que uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo”¹⁰⁴.

Além disso, na medida em que admite a execução provisória, ou seja, a execução no curso do processo de conhecimento, antes mesmo da constituição do título executivo judicial, a tutela antecipada rompeu com o princípio da *nulla executio sine titulo*, segundo o qual a execução não poderia ser realizada sem que existisse um título, contrariando, portanto, a lógica existente no processo civil clássico.¹⁰⁵ Como mencionou

¹⁰⁰ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 62.

¹⁰¹ Ibid., p. 63.

¹⁰² Idem.

¹⁰³ MORAES, op. cit., p. 114.

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 10. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 275.

¹⁰⁵ MORAES, op. cit., p. 116.

Theodoro Jr., “antes da própria sentença, o que se lhe assegura é, dentro do processo de conhecimento, uma tutela de natureza executiva por antecipação”¹⁰⁶.

2.2.1 Prova Inequívoca e Verossimilhança da Alegação

Da leitura do caput do art. 273 do CPC de 1973, observa-se que eram pressupostos básicos para a concessão da tutela antecipada a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação.

Para Cassio Scarpinella Bueno¹⁰⁷, prova inequívoca é a aquela que, por si só, confere ao magistrado segurança suficiente para que ele decida sobre os fatos e as consequências jurídicas que lhe são apresentados.

Segundo Didier Jr., Braga e Oliveira, “trata-se de prova robusta, consistente, que conduza o magistrado a um juízo de probabilidade, o que é perfeitamente viável no contexto da cognição sumária”¹⁰⁸.

Outrossim, Theodoro Jr. afirmou que “é inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo”¹⁰⁹.

Cabe ressaltar que o art. 273 não fazia qualquer menção à necessidade de prova documental ou escrita, o que permitia concluir pela admissibilidade de outras provas, desde que idôneas e concludentes¹¹⁰.

Consoante Bueno, embora esteja claro que o termo “inequívoca” se referia à “prova” e o vocábulo “verossimilhança” relacionado à “alegação”, as expressões “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação” deveriam ser interpretadas conjuntamente.¹¹¹

Nesse sentido, é a prova inequívoca que conduz o magistrado a um estado de verossimilhança da alegação. Verossimilhança no sentido de que o que foi narrado e provado ao magistrado parece ser verdadeiro. Não que o seja, e nem precisa sê-lo; mas é fundamental que a alegação tenha aparência de verdadeira. É demonstrar ao magistrado que, à luz das provas que lhe são apresentadas (documentais ou não), o fato jurídico conduz à solução e aos efeitos que o beneficiário da tutela jurisdicional pretende.¹¹²

¹⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. 45. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 2, p. 674.

¹⁰⁷ BUENO, op. cit., p. 42.

¹⁰⁸ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 492.

¹⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 674.

¹¹⁰ LOPES, op. cit., p. 97.

¹¹¹ BUENO, op. cit., p. 42. No mesmo sentido, DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 493.

¹¹² Idem.

Do mesmo modo, reconheceu Bedaque que:

Existirá prova inequívoca toda vez que houver elemento consistente, capaz de formar a convicção do juiz a respeito da verossimilhança do direito. Se prova inequívoca fosse aquela apta à formação do juízo de certeza sobre a existência do direito, a tutela não teria caráter antecipatório, nem possuiria a característica da provisoriedade. Seria a própria tutela satisfativa final e definitiva.¹¹³

Durante a vigência do antigo Código, era comum ler na doutrina e na jurisprudência que os pressupostos ou requisitos para a concessão da tutela antecipada eram mais rigorosos ou difíceis de serem demonstrados do que o *fumus boni iuris* típico da tutela cautelar.¹¹⁴

Nesse sentido, Theodoro Jr. argumentava que “mais do que a simples aparência de direito (*fumus boni iuris*) reclamada para as medidas cautelares, exige a lei que a antecipação de tutela esteja sempre fundada em ‘prova inequívoca’”¹¹⁵.

Dessa forma, a “prova inequívoca da verossimilhança implicaria, portanto, juízo cognitivo mais profundo do que aquele exigido no art. 798 para a cautelar, mas inferior à cognição plena e exauriente que antecede a tutela definitiva”¹¹⁶.

De acordo com Bueno¹¹⁷, essa diferenciação parecia verdadeira em um primeiro momento, já que a expressão “prova inequívoca” na tutela antecipada deixava evidente que as alegações deveriam ser acompanhadas de provas, ainda que não fossem documentais, daquilo que foi dito. Assim, seria possível criar uma gradação a partir do grau de convencimento do magistrado em cada caso, de forma que o *fumus boni iuris* representaria um grau menos intenso de convencimento do que a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”.

O autor, entretanto, fez a ressalva:

A gradação [...] é correta, sobretudo no plano teórico, mas merece ser considerada no seu devido contexto. É que não é possível constatar, com ânimo de certeza científica, qual é o grau de convicção alcançado pelo magistrado em cada caso que lhe é apresentado para exame. Não há como medir o grau ou intensidade de convencimento que ele forma a partir do que é narrado e/ou documentado pelo autor em casos de “tutela cautelar”, “tutela antecipada” ou “liminar em mandado de segurança”. Assim, é preferível entender que o magistrado deve-se convencer suficientemente de que o requerente tem algum direito já demonstrado (nem que seja retoricamente), para deferir a providência jurisdicional que lhe é pedida, à guisa

¹¹³ BEDAQUE, op. cit., p. 370.

¹¹⁴ BUENO, op. cit., p. 43. Como exemplo, DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 495-496.

¹¹⁵ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 673.

¹¹⁶ BEDAQUE, op. cit., p. 367.

¹¹⁷ BUENO, op. cit., p. 43.

de “tutela cautelar”, “tutela antecipada” ou “liminar em mandado de segurança”, de acordo com as regras procedimentais de cada caso.¹¹⁸

2.2.2 Fundado Receio de Dano Irreparável ou de Difícil Reparação

O inciso I do art. 273 abrangia a hipótese de antecipação da tutela em caso de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Como ressaltaram Marinoni e Mitidiero¹¹⁹, tratava-se de tutela antecipada com base na urgência da prestação da tutela jurisdicional.

Esse risco de dano irreparável ou de difícil reparação, que ensejava a antecipação da tutela, era aquele risco concreto, ou seja, não hipotético ou eventual, que fosse decorrente de mero temor subjetivo da parte; atual, isto é, que estava na iminência de ocorrer durante o curso do processo e grave, o que significa que possuía aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito afirmado pela parte. Dessa forma, se o risco, mesmo grave, não fosse iminente, não se justificava a antecipação da tutela.¹²⁰

Consoante Bueno¹²¹, diferentemente do que ocorria na comparação entre o *fumus boni iuris* exigido na tutela cautelar e a prova inequívoca e verossimilhança da alegação, essenciais à antecipação da tutela, esse pressuposto da tutela antecipada, qual seja o dano irreparável ou de difícil reparação, poderia perfeitamente ser associado à usual expressão latina *periculum in mora*, necessário para a concessão da tutela cautelar.

Esse *periculum in mora* ou perigo na demora da prestação jurisdicional relacionava-se ao fato de que a tutela jurisdicional deveria ser prestada, e, no presente caso, antecipada, a fim de coibir a perpetuação da lesão ou como forma de imunizar a ameaça a direito do autor.

Diante disso, Bueno assegurou:

Trata-se, inequivocamente, de uma situação em que a tutela jurisdicional é antecipada como forma de debelar a urgência, sendo insuficiente a prática de atos que busquem meramente assegurar o resultado útil do processo, isto é, a futura prestação da tutela jurisdicional. É essa a razão pela qual a figura do inciso I do art. 273 pode muito bem ser chamada – como, de resto, é por vezes identificada – como “tutela antecipada de urgência”.¹²²

¹¹⁸ Ibid., p. 43-44. Também assim, DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 496.

¹¹⁹ MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 269.

¹²⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140; DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 499.

¹²¹ BUENO, op. cit., p. 44.

¹²² Ibid., p. 45.

Contudo, Theodoro Jr. alertou para o fato de que:

Os simples inconvenientes da demora processual, aliás inevitáveis dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, só por si, justificar a antecipação de tutela. É indispensável a ocorrência do risco de dano anormal cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.¹²³

Deve-se destacar que, para a concessão da tutela antecipada, tal como prevista no antigo Código, o dano poderia ser irreparável ou de difícil reparação. Portanto, conforme acentuou Bueno¹²⁴, mesmo nos casos em que fosse possível a reparação, seria cabível a antecipação da tutela jurisdicional, bastando que essa reparação fosse difícil.

Marinoni¹²⁵ esclarece que a irreparabilidade ocorre quando os efeitos do dano não são reversíveis, incluindo aí os casos de direito não patrimonial, como o direito à imagem, por exemplo, e de direito patrimonial com função não patrimonial, como a quantia em dinheiro necessária para amenizar um estado de necessidade causado por um ilícito, por exemplo. O autor salienta também que há, ainda, irreparabilidade no caso de direito patrimonial que não pode ser efetivamente tutelado por meio da reparação em pecúnia. “Ou seja, existe irreparabilidade quando o direito não pode ser restaurado na forma específica”.

A partir daí, verifica-se que tanto direitos não-patrimoniais, como direitos patrimoniais com função não-patrimonial ou simplesmente direitos patrimoniais são passíveis de irreparabilidade.

Em contrapartida, consoante Marinoni¹²⁶, o dano é de difícil reparação se as condições econômicas do réu não autorizam supor que ele será efetivamente reparado ou quando “difícilmente poderá ser individualizado ou quantificado com precisão”.

2.2.3 Discricionariedade

A maior parte da doutrina¹²⁷ considera que não havia margem de discricionariedade para o magistrado com relação à concessão ou rejeição do pedido de tutela antecipada, tal como prevista no CPC de 1973.

Assim, conforme assinalado por Bueno:

Ele [o magistrado] deve deferir o pedido porque está diante dos pressupostos ou ele deve rejeitá-lo à falta de seus pressupostos autorizadores: não há meio-termo, não há uma terceira alternativa para o magistrado. Não há em uma palavra, faculdade

¹²³ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 675.

¹²⁴ BUENO, op. cit., p. 45.

¹²⁵ MARINONI, op. cit. p. 156-157.

¹²⁶ Ibid., p. 157.

¹²⁷ Como exemplo, BUENO, op. cit., p. 40; DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 492; LOPES, op. cit., p. 107-110.

jurisdicional para o magistrado proferir ou deixar de proferir decisão que antecipe, no caso concreto, a tutela jurisdicional, liberando, desde logo, seus efeitos para que eles sejam produzidos em prol de seu beneficiário.¹²⁸

Portanto, ainda que existisse uma certa liberdade no exame desses requisitos, dada a imprecisão dos conceitos legais, essa circunstância não tornava discricionário o ato judicial, conforme advertiu Bedaque¹²⁹.

2.2.4 Irreversibilidade dos Efeitos do Provimento

Além das condições já mencionadas, o § 2º do art. 273 determinava que não se concederia a antecipação da tutela quando houvesse perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Embora a norma mencionasse a irreversibilidade do provimento, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery¹³⁰ evidenciaram que este nunca é irreversível, uma vez que provisório e revogável. O que, na verdade, são irreversíveis são os efeitos decorrentes da sua execução, ou seja, as consequências de fato ocorridas pela execução da medida.

Assim, em que pese a impropriedade técnica do dispositivo, seu objetivo era o de evitar que a concessão da tutela antecipada criasse fato consumado e definitivo, inviabilizando o retorno ao *status quo ante*. Tratava-se, portanto, de irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento e não irreversibilidade do provimento propriamente dito.¹³¹

Todavia, consoante salientaram Marinoni e Mitidiero¹³², existem casos em que se não for concedida a tutela antecipada para não se correr o risco de causar lesão ao direito do réu, certamente o direito do autor é que será lesado, razão pela qual a vedação não deveria ser interpretada de maneira absoluta.

Assim,

Não admitir a tutela antecipatória apenas porque o direito do réu pode ser lesado é um grande equívoco de lógica, pois aquele que pede a tutela antecipatória fundada no art. 273, I, CPC, deve demonstrar que o seu direito é provável e que há fundado receio de dano. Desse modo, se a tutela antecipatória não for concedida quando presentes esses dois pressupostos, estará sendo admitido um dano ao direito, que é provável, apenas para que o direito do réu, que é improvável, não seja exposto à irreversibilidade, o que é fora de propósito.¹³³

¹²⁸ BUENO, op. cit., p. 40.

¹²⁹ BEDAQUE, op. cit., p. 386.

¹³⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 14. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 659.

¹³¹ LOPES, op. cit., p. 111.

¹³² MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 273.

¹³³ Idem.

Como bem observou João Batista Lopes, “a irreversibilidade é via de mão dupla: se a concessão da medida pode causar dano irreparável ao réu, a negativa também poderá provocar o mesmo efeito em relação ao autor”¹³⁴.

Nessa linha, Marinoni e Mitidiero concluíram que:

A superação da proibição contida no art. 273, § 2º, CPC, pressupõe a demonstração de que a regra, acaso aplicada, desmente a finalidade para a qual foi pensada, qual seja propiciar uma tutela jurisdicional adequada e efetiva aos direitos. Nesse caso, não é razoável aplicar a norma, devendo o intérprete ponderar as posições jurídicas em jogo e tutelar a que lhe parece mais verossímil e, pois, digna de proteção.¹³⁵

2.2.5 Fungibilidade

Diante da dificuldade que surgia em algumas situações em se identificar qual era a natureza da tutela a ser pleiteada, a Lei nº 10.444/2002 inseriu no art. 273 do Código de Processo Civil de 1973 o § 7º, dispondo que, se a título de antecipação de tutela, fosse requerida providência de natureza cautelar, o juiz poderia, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

O referido parágrafo previa a fungibilidade entre os pedidos de tutela antecipada e de tutela cautelar e, segundo Marinoni e Arenhart, embora admitisse a confusão entre ambas, acabava evidenciando a distinção entre elas. “Isto por uma razão de lógica elementar: somente coisas distintas podem ser confundidas”¹³⁶.

Os sobreditos autores afirmaram:

Com efeito, o § 7º do art. 273 não supõe a identidade entre tutela cautelar e tutela antecipatória. Tal norma, partindo do pressuposto de que, em alguns casos, pode haver confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, deseja apenas ressaltar a possibilidade de se conceder tutela urgente no processo de conhecimento nos casos em que houver dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza (antecipatória ou cautelar).¹³⁷

Portanto, assim como defendido por Bueno¹³⁸ e pela grande maioria da doutrina, o § 7º deveria ser interpretado de maneira a permitir a fungibilidade ampla e recíproca entre as tutelas antecipada e cautelar, comumente chamada de “fungibilidade de mão dupla”.

¹³⁴ LOPES, op. cit., p. 113.

¹³⁵ MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 273.

¹³⁶ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 70.

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ BUENO, op. cit., p. 141.

Mitidiero descreveu de forma clara a situação:

Pouco importa se a parte pediu antecipadamente tutela satisfativa quando era o caso de tutela cautelar ou se formulou pedido de tutela cautelar quando seria o caso de requerer tutela satisfativa – há intertrocabilidade plena entre essas formas de tutela jurisdicional à luz do art. 273, § 7º, CPC. O que interessa para sua aplicação é que a parte alegue e prove os requisitos próprios à tutela adequada para proteção de sua esfera jurídica.¹³⁹

Conforme Bedaque¹⁴⁰, essa regra teria nítida inspiração no princípio da instrumentalidade das formas.

2.2.6 Revogabilidade e Modificabilidade

De mais a mais, assim como a tutela cautelar (art. 807), a tutela antecipada poderia ser revogada ou modificada, em decisão fundamentada, a qualquer tempo, conforme previa o § 4º do art. 273, o que demonstra que no antigo Código, as decisões proferidas com base em cognição sumária não adquiriam estabilidade e, por conseguinte, eram passíveis de, a qualquer tempo, serem modificadas ou revogadas.

¹³⁹ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela:** da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória. 2. ed. rev., ampl. e atual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 166.

¹⁴⁰ BEDAQUE, op. cit., p. 417.

3 AS PRINCIPAIS INOVAÇÕES ACERCA DA TUTELA DE URGÊNCIA NO NOVO CPC

3.1 Considerações Iniciais

Em substituição ao Livro III (“Do Processo Cautelar”) e ao art. 273, que tratava da tutela antecipada, ambos do Código de Processo Civil de 1973, o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) destinou, em sua Parte Geral, um Livro para dispor sobre o que denominou de “Tutela Provisória” (Livro V – arts. 294 a 311).¹⁴¹

O Livro V é dividido em três Títulos: Título I – Disposições Gerais, Título II – Da Tutela de Urgência e Título III – Da Tutela da Evidência.

O foco do presente capítulo será abordar as principais inovações que ocorreram no Código de Processo Civil de 2015 em matéria de Tutela de Urgência.

Como será visto adiante, essas inovações consistiram em alterações pontuais e aperfeiçoamentos no modelo de Tutela de Urgência (Tutela Cautelar e Tutela Antecipada) previsto no antigo Código de Processo Civil e analisado nos dois capítulos anteriores, de forma que grande parte daquela estrutura foi mantida, com algumas melhorias.

3.2 Inovações Trazidas pelo Novo CPC em Matéria de Tutela de Urgência

Segundo o novo CPC, a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência (art. 294, caput). A tutela provisória de urgência, por sua vez, divide-se em cautelar e antecipada, podendo ser concedida em caráter antecedente ou incidental (art. 294, parágrafo único).

Verifica-se, à vista disso, que houve uma unificação no tratamento das tutelas cautelar e antecipada, que agora são espécies que pertencem ao mesmo gênero, qual seja, o das tutelas de urgência.

Embora esse novo tratamento conferido às referidas tutelas tenha sido elogiado, alguns autores criticaram a falta de critérios específicos no Novo Código que pudessem distingui-las.

Nesse contexto, é que Cassio Scarpinella Bueno assevera que:

Para evitar as discussões, riquíssimas e abundantes no CPC de 1973, mas que, em termos de prática de processo, isto é, de realização e proteção efetiva de direitos são de questionável utilidade e, com isto, celebrar o que é novo, indo além da mera

¹⁴¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 24.

nomenclatura, a tutela provisória cautelar merece ser compreendida como as técnicas que buscam assegurar o resultado útil do processo. A tutela provisória antecipada, por sua vez, são as técnicas que permitem satisfazer, desde logo, a pretensão do autor.¹⁴²

Dessa maneira, assim como no Código revogado, no atual CPC a tutela antecipada possui natureza satisfativa, enquanto a tutela cautelar assume caráter conservativo, embora as duas pertençam à categoria das tutelas de urgência.

Acerca da tutela satisfativa, Humberto Theodoro Júnior afirma:

A tutela de urgência é satisfativa quando, para evitar ou fazer cessar o perigo de dano, confere, provisoriamente, ao autor a garantia imediata das vantagens de direito material para as quais se busca a tutela definitiva. Seu objeto, portanto, se confunde, no todo ou em parte, com o objeto do pedido principal. São efeitos da futura acolhida esperada desse pedido que a tutela satisfativa de urgência pode deferir provisoriamente à parte.¹⁴³

A tutela cautelar, por outro lado, pretende assegurar que a tutela satisfativa possa futura e eventualmente ocorrer, possibilitando, assim, a sua realização.¹⁴⁴ Dessa forma, observa-se que a instrumentalidade e a referibilidade, que caracterizavam a tutela cautelar no antigo Código, continuam presentes no CPC em vigor.

Consoante Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

Existe direito à satisfação dos direitos e existe direito à sua assegução – que é um direito referível àquele. Isso quer dizer que a técnica processual tanto pode levar à prestação da tutela satisfativa como à prestação da tutela cautelar. É nesse sentido que o legislador refere que a tutela provisória de urgência pode ser satisfativa (antecipada) ou cautelar (art. 294, parágrafo único).¹⁴⁵

O Código em vigor, todavia, extinguiu as ações cautelares nominadas, mantendo, com as adaptações necessárias, os “deveres-poderes gerais” de cautela e de antecipação, que estavam previstos, respectivamente, nos arts. 798 e 273 do CPC de 1973, através do caput do art. 297¹⁴⁶.

Humberto Theodoro Jr. explica:

¹⁴² BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil: Inteiramente Estruturado à Luz do Novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015.** São Paulo: Saraiva, 2015, p. 220.

¹⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum.** 56. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. I, p. 647.

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum.** 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. II, p. 207.

¹⁴⁵ Idem.

¹⁴⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado.** São Paulo: Saraiva, 2015, p. 24.

O Código atual, uniformizando o regime aplicável tanto às medidas cautelares como às satisfativas, conserva o antigo poder geral, que, no entanto, passa a ser pertinente não apenas às medidas cautelares, mas a todos os provimentos provisórios (NCPC, art. 297), de modo a tornar certo que também as medidas antecipatórias se inserem no amplo universo do poder geral de prevenção.¹⁴⁷

Ao regular o poder cautelar do magistrado no art. 301¹⁴⁸, no entanto, o CPC de 2015 cita algumas das cautelares típicas ou nominadas do antigo Código, como é o caso do arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de protesto contra alienação de bens, sem, contudo, destinar um procedimento especial e diferenciado para cada uma delas.¹⁴⁹

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, isso significa que o atual Código incorporou o significado desses termos, assim como eram compreendidos no Código anterior. “A visão legal, portanto, passa a ser única, sem se preocupar em distinguir medidas típicas e atípicas. Quando muito, permite entrever eventual conotação de certas medidas com a finalidade de tutelar determinados direitos”¹⁵⁰.

Aqui valem novamente as palavras de Humberto Theodoro Jr.:

O NCPC refere-se às antigas figuras típicas, mas evita vinculá-las a objetivos específicos predeterminados, como fazia o CPC/1973. O propósito foi mais exemplificativo de como pode atuar o poder de cautela do que conservar rigorosos condicionamentos outrora traçados pela lei para as questionadas figuras cautelares.¹⁵¹

Além disso, bem como relatado na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo CPC:

Tendo desaparecido o Livro do Processo Cautelar e as cautelares em espécie, acabaram sobrando medidas que, em consonância com parte expressiva da doutrina brasileira, embora estivessem formalmente inseridas no Livro III, de cautelares, nada tinham. Foram, então, realocadas, junto aos procedimentos especiais.¹⁵²

Nessas circunstâncias, o caput do art. 300¹⁵³ do novo CPC define como requisitos da tutela de urgência, seja ela cautelar ou antecipada, a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

¹⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 625.

¹⁴⁸ 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 asseguuração do direito.

¹⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 625.

¹⁵⁰ Ibid., p. 608.

¹⁵¹ Ibid., p. 625.

¹⁵² COMISSÃO de Juristas. Exposição de Motivos. In: BRASIL. **Código de Processo Civil: Anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

¹⁵³ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Muito se discutiu na doutrina a respeito das diferenças entre os requisitos para a concessão da tutela cautelar e da tutela antecipada e sobre o significado das expressões “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação”, que condicionavam a antecipação da tutela. O legislador, todavia, pareceu por fim a essas discussões ao adotar o conceito de probabilidade do direito como pressuposto comum das tutelas de urgência.¹⁵⁴

Desse modo, observa-se que “não há mais exigências particulares para obtenção da antecipação de efeitos da tutela definitiva (de mérito). Não se faz mais a distinção de pedido cautelar amparado na aparência de bom direito e pedido antecipatório amparado em prova inequívoca”¹⁵⁵.

Da mesma maneira, procurou-se eliminar a dualidade procedimental existente entre a tutela cautelar e a tutela antecipada no Código de Processo Civil de 1973.

O Novo CPC abandonou a antiga divisão dos processos em Processo de Conhecimento, Processo de Execução e Processo Cautelar, originariamente adotada pelo Código Buzaid, de forma que o procedimento comum passou a concentrar a atividade de conhecimento e de execução, bem como a possibilitar a prolação de decisões provisórias e definitivas em seu bojo.¹⁵⁶

A lógica por detrás da atitude do legislador de então – totalmente submersa no processualismo cientificista – estava em separar de um lado a atividade de cognição e de execução em dois processos distintos e de outro os provimentos provisórios do processo cautelar dos provimentos definitivos dos processos de conhecimento e de execução. Embora tenha incorrido no equívoco de acentuar a característica meramente processual da provisoriedade dos provimentos em detrimento da relação entre a técnica antecipatória e a tutela dos direitos, o legislador pelo menos reconheceu a necessidade de o procedimento comum contar com atividade de cognição e de execução e de poder gerar decisões provisórias e definitivas sobre o mérito da causa.¹⁵⁷

Isso significa, conforme explica Marinoni, Arenhart e Mitidiero¹⁵⁸, que, via de regra, a tutela provisória deve ser postulada dentro do procedimento comum, até como meio de se evitar o equívoco da indevida duplicação de procedimentos para a obtenção da mesma tutela do direito.

Nas palavras dos citados processualistas, portanto, como regra, “a tutela provisória não dá lugar a um processo autônomo dentro do direito civil brasileiro. É interna ao

¹⁵⁴ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 213.

¹⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 609.

¹⁵⁶ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 216.

¹⁵⁷ Ibid., p. 206-207.

¹⁵⁸ Ibid., p. 216 e 222.

procedimento comum. É exatamente isso que quer dizer o legislador quando refere que a ‘tutela provisória’ é incidental (art. 294)”¹⁵⁹.

Não obstante essa seja a regra, o Código vigente permite a obtenção das tutelas de urgência satisfativa e cautelar de forma autônoma e antecedente (arts. 303 a 310). Dessa maneira, caso a tutela provisória de urgência seja necessária antes mesmo da propositura da ação destinada a tutelar definitivamente o direito (tutela de urgência *ante causam*), então será admissível o seu requerimento na forma antecedente.¹⁶⁰

Assim, percebe-se que o atual CPC inovou de duas maneiras. Na medida em que autonomizou procedimentalmente a tutela antecipada, quando antecedente (art. 303), propiciando ainda a possibilidade de sua estabilização (art. 304), inovou com relação ao CPC de 1973, que só permitia a antecipação da tutela em caráter incidental, requerida nos próprios autos, e provisório (ou interinal).¹⁶¹

Outrossim, o Código em vigor só admite tutela cautelar procedimentalmente autônoma, se requerida em caráter antecedente ou preparatório (arts. 305 a 310). Quando pleiteada de forma incidental, não dá lugar a um novo procedimento. À vista disso, observa-se que o CPC de 2015 inovou com relação ao Código anterior ao conferir autonomia procedimental à tutela cautelar apenas em caráter antecedente.¹⁶²

Marinoni, Arenhart e Mitidiero sintetizam bem a novidade ao afirmarem que “se, de um lado, o legislador inovou ao prever a possibilidade de ação visando à tutela antecipada em caráter antecedente, de outro inovou ao cingir a autonomia processual da ação cautelar apenas aos casos em que ela pode desenvolver função preparatória”¹⁶³.

Deve-se ressaltar, entretanto, que mesmo no caso de tutela cautelar antecedente, o pedido principal deverá ser formulado nos mesmos autos em que ocorrer o provimento preparatório ou antecedente, sem a necessidade de iniciar uma ação principal apartada e independente do adiantamento de novas custas processuais (art. 308, caput), diferente, portanto, do que acontecia no antigo Código.¹⁶⁴

O mesmo ocorre com a tutela antecipada antecedente, já que após a sua

¹⁵⁹ Ibid., p. 216.

¹⁶⁰ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 216 e 222.

¹⁶¹ Ibid., p. 222.

¹⁶² Idem.

¹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 248.

¹⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 600-601.

concessão, a petição inicial deverá ser aditada, nos mesmos autos e sem a incidência de novas custas processuais (art. 303, § 3º), com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final (art. 303, § 1º, I). Em qualquer hipótese, “não haverá, como se vê, dois processos. Ainda que o caso seja de tutela urgente antecedente, tudo se passa dentro de um só processo”¹⁶⁵.

Em razão da possibilidade de estabilização da tutela antecipada e da referibilidade que caracteriza a tutela cautelar, no entanto, o Código vigente estabelece procedimentos diferenciados para a tutela antecipada e a tutela cautelar quando requeridas em caráter antecedente.

O procedimento da tutela antecipada postulada de modo antecedente está disciplinado nos arts. 303 e 304.

De acordo com o caput do art. 303, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, traço marcante desta espécie de tutela antecipada, consoante Bueno¹⁶⁶, o autor poderá formular petição inicial limitada ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, além da exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. O autor deverá indicar na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput do referido artigo (art. 303, § 5º) e o valor da causa, levando em consideração o pedido de tutela final (art. 303, § 4º).

Caso o magistrado entenda que não existem elementos suficientes para a concessão da tutela antecipada (antecedente), determinará ao autor que emende a petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito (art. 303, § 6º).

Se a tutela antecipada (antecedente) for concedida, o autor terá o prazo de 15 (quinze) dias ou outro maior que o juiz fixar para aditar a petição inicial, a afim de complementar a sua argumentação, juntar novos documentos, se for o caso e confirmar o pedido de tutela final (art. 303, § 1º, I), que ocorrerá nos mesmos autos, sem a incidência de novas custas processuais (art. 303, § 3º). Se o mencionado aditamento não for realizado, dispõe o § 2º do mesmo artigo que o processo será extinto sem resolução de mérito.

¹⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 601.

¹⁶⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil: Inteiramente Estruturado à Luz do Novo CPC** – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 230.

Além disso, o réu deverá ser citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma prevista no art. 334 (art. 303, § 1º, II). Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado observando o disposto no art. 335 (art. 303, § 1º, III).

A grande inovação está contida no art. 304, que trata da possibilidade de estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente. De acordo com o caput do aludido artigo, a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se não houver a interposição do respectivo recurso da decisão que a conceder, hipótese em que o processo será extinto (art. 304, § 1º). Cabe ressaltar que se o processo estiver tramitando na 1ª instância, o recurso cabível é o agravo de instrumento (art. 1.015, I)¹⁶⁷.

Segundo alguns autores, todavia, o dispositivo merece ser interpretado ampliativamente. Para Cassio Scarpinella Bueno, “qualquer manifestação do réu deve ser compreendida no sentido de inviabilizar a incidência do art. 304”¹⁶⁸. O autor prossegue:

Destarte, desde que o réu, de alguma forma manifeste-se contra a decisão que concedeu a tutela provisória, o processo, que começou na perspectiva de estabilizar-se [...], prosseguirá para que o magistrado, em amplo contraditório, aprofunde sua cognição e profira oportunamente decisão de mérito sobre a “tutela final”, apta a transitar materialmente em julgado.¹⁶⁹

No mesmo sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero argumentam que o oferecimento de contestação ou a manifestação de vontade do réu no sentido de comparecer à audiência de conciliação ou de mediação devem ser levados em consideração. Nas palavras dos referidos autores:

É claro que pode ocorrer de o réu não interpor o agravo de instrumento, mas desde logo oferecer contestação no mesmo prazo – ou, ainda, manifestar-se dentro desse mesmo prazo pela realização da audiência de conciliação ou de mediação. Nessa situação, tem-se que entender que a manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve tanto quanto a interposição do recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela. Essa solução tem a vantagem de economizar o recurso de agravo e de emprestar a devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência. Em ambas as manifestações, a vontade do réu é inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do procedimento.¹⁷⁰

Humberto Theodoro Jr., em contrapartida, sustenta que a defesa do réu deve se dar unicamente via agravo de instrumento:

¹⁶⁷ Ibid., p. 232.

¹⁶⁸ Ibid., p. 233.

¹⁶⁹ Idem.

¹⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. II, p. 225.

O procedimento da tutela satisfativa provisória antecedente segue, sem dúvida, a técnica monitória, voltada para efeitos práticos imediatos, os quais só serão inibidos pelo demandado se empregada a medida específica prevista na lei, que não é a contestação e tampouco uma impugnação qualquer, sem forma nem figura de juízo. Admitir que o réu fuja da técnica monitória legalmente traçada implicaria frustrar o empenho do legislador de abreviar a solução do conflito, mediante desestímulo à litigiosidade desnecessária e incentivo à estabilização da medida liminar.¹⁷¹

Superadas essas questões e estabilizada a tutela, estipula o § 2º do art. 304 que qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput, direito que se extingue após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º (art. 304, § 5º).

Nesse caso, qualquer das partes pode requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, a fim de instruir a petição inicial da ação exauriente a que se refere o § 2º, estando prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida (art. 304, § 4º), já que se trata de uma continuação do debate anterior¹⁷², como apontam Marinoni, Arenhart e Mitidiero.

Estabelece o § 3º que enquanto for não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º, a tutela antecipada conservará seus efeitos.

Por fim, o § 6º afirma que “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo”.

De acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero¹⁷³, o que o legislador quis dizer é que se não for ajuizada ação posterior no prazo legal, a estabilidade se torna “inafastável” ou, em outras palavras, “imutável” e “indiscutível”, tal como expõe o art. 502, que trata da coisa julgada material, o que na sua opinião representa uma ofensa ao direito fundamental ao processo justo, sendo, por conseguinte, inconstitucional.

Conforme os autores, “a eficácia bloqueadora do direito fundamental ao processo justo, portanto, impede que se tenha como constitucional a formação de coisa

¹⁷¹ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 662.

¹⁷² MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 226.

¹⁷³ Ibid., p. 226-227.

julgada na tutela antecipada requerida de forma antecedente no caso de transcurso do prazo legal sem o exaurimento da cognição”¹⁷⁴.

Eles esclarecem:

É claro que é legítimo, desde o ponto de vista do direito ao processo justo (art. 5º, LIV, da CF), criar vias alternativas ao procedimento comum. Nada obsta, portanto, que o legislador desenhe procedimentos diferenciados sumários do ponto de vista formal (encurtamento do procedimento) e do ponto de vista material (com cognição sumária, limitada à probabilidade do direito). O que é de duvidosa legitimidade constitucional é equiparar os efeitos do procedimento comum – realizado em contraditório, com ampla defesa e direito à prova – com os efeitos de um procedimento cuja sumariedade formal e material é extremamente acentuada.¹⁷⁵

E finalizam:

Ou seja, a estabilização da tutela antecipada antecedente não pode lograr a autoridade da coisa julgada – que é peculiar aos procedimentos de cognição exauriente. Passado o prazo de dois anos, continua sendo possível o exaurimento da cognição até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes (por exemplo, a prescrição, a decadência e a supressão). Em resumo: o direito à adequada cognição da lide constitui corolário do direito ao processo justo e determina a inafastabilidade da ação exauriente para formação da coisa julgada. Fora daí há ofensa ao direito fundamental ao processo justo pelo próprio legislador infraconstitucional incumbido de densificá-lo.¹⁷⁶

Cassio Scarpinella Bueno, de outro lado, defende a mera coincidência de regimes jurídicos e não a sua identidade, em nome da própria segurança jurídica, não havendo que se falar, por consequência, na existência de coisa julgada material, como assevera o autor:

A circunstância de, passados os dois anos do § 5º do art. 304, não haver mais meios de rever, reformar ou invalidar aquela decisão não faz com que ela 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.¹⁷⁷

Sob outra perspectiva, para Humberto Theodoro Jr. o que o legislador fez ao estabelecer no § 5º do art. 304 que o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada se extingue após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, foi criar mero prazo decadencial, o que não é vedado pelo ordenamento jurídico, afastando, assim, o argumento de inconstitucionalidade.

¹⁷⁴ Ibid., p. 227.

¹⁷⁵ Idem.

¹⁷⁶ Idem.

¹⁷⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil: Inteiramente Estruturado à Luz do Novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 234.

O autor expõe que:

Ao estabelecer o Código um prazo para o exercício do direito de propor a questionada ação de revisão ou de invalidação, nada mais fez do que criar um prazo decadencial, que tanto pode ser estabelecido em lei material, como em lei processual. Exemplo típico de prazo decadencial instituído pelo Código de Processo Civil é aquele referente à propositura da ação de rescisão da sentença de mérito transitada em julgado (art. 975, caput). Nunca se pôs em dúvida, em nosso direito positivo, a viabilidade de se instituir em lei prazos decadenciais para o ajuizamento de certas demandas, sejam elas precedidas ou não de algum acerto em juízo. Além da ação rescisória vários são os casos de ações anulatórias ou revisionais, de larga presença no foro, que se extinguem pelo decurso do tempo (vícios de consentimento, incapacidade do contratante, renovação de locação, revisão de aluguel etc.).¹⁷⁸

Ademais, Theodoro Jr. ressalta a inspiração que o sistema de estabilização adotado pelo Código de 2015 buscou no direito francês e italiano:

O novo Código trilhou a enriquecedora linha da evolução da tutela sumária, encontrada nos direitos italiano e francês: admitiu a desvinculação entre a tutela de cognição sumária e a tutela de cognição plena ou o processo de mérito, ou seja, permitiu a chamada autonomização e estabilização da tutela sumária. Em outras palavras, a nova codificação admite que se estabilize e sobreviva a tutela de urgência satisfativa, postulada em caráter antecedente ao pedido principal, como decisão judicial hábil a regular a crise de direito material, mesmo após a extinção do processo antecedente e sem o sequenciamento para o processo principal ou de cognição plena.¹⁷⁹

Já a tutela cautelar requerida de maneira antecedente possui seu procedimento disciplinado nos arts. 305 a 310, sendo muito semelhante ao processo cautelar antecedente ou preparatório do CPC de 1973, “com meros aprimoramentos redacionais”, como afirma Bueno¹⁸⁰.

O art. 305 trata dos requisitos da petição inicial da ação que visa à prestação da referida tutela, que deverá conter a indicação da lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e a demonstração do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. Consoante Bueno¹⁸¹, esses requisitos podem ser entendidos como correspondentes às consagradas expressões latinas *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

De acordo com o parágrafo único do aludido artigo, caso o magistrado entenda que o pedido, na verdade, tem natureza antecipada, deverá observar o que dispõe o art. 303. O dispositivo faz referência à ideia de fungibilidade, que já encontrava previsão no §

¹⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 671.

¹⁷⁹ Ibid., p. 667.

¹⁸⁰ BUENO, op. cit., p. 234.

¹⁸¹ Ibid., p. 235.

7º do art. 273 do CPC de 1973 e que também deve agora ser interpretada de forma ampla e recíproca, conforme assinala Bueno:

Trata-se, não há por que negar, de um resquício de fungibilidade que deriva do § 7º do art. 273 do CPC de 1973 e que, tanto quanto naquele Código, merece ser interpretado amplamente para albergar, também, a hipótese inversa, qual seja, a de o magistrado, analisando petição inicial fundamentada no art. 303 (“tutela antecipada” requerida antecedentemente), entender que o caso amolda-se mais adequadamente à “tutela cautelar” requerida antecedentemente, determinando, por isso, a observância dos arts. 305 e seguintes.¹⁸²

Marinoni, Arenhart e Mitidiero vão além e entendem que a despeito da previsão da fungibilidade no novo CPC se encontrar textualmente restrita às hipóteses de tutelas provisórias requeridas de modo antecedente, o legislador admite ampla fungibilidade entre elas:

Nessa perspectiva, sendo possível conhecer o pedido de tutela satisfativa (antecipada) como se pedido de tutela cautelar fosse (e vice-versa), seja formulado de forma incidental, seja de maneira antecedente, uma interpretação conforme ao direito fundamental à duração razoável do processo autoriza esse aproveitamento. Inspirado nessa mesma linha de efetiva prestação da tutela jurisdicional, tendo o Código encampado claramente uma preferência pela prolação de decisões de mérito em detrimento de decisões meramente processuais (arts. 317 e 488), é igualmente evidente a possibilidade de se aplicar a regra da fungibilidade entre os pedidos de tutelas provisórias da maneira mais ampla possível.¹⁸³

Deve-se aqui ressaltar, como bem nota Humberto Theodoro Jr., que “se a fungibilidade das tutelas de urgência era admitida e prestigiada quando seguiam procedimentos e requisitos totalmente distintos para sua concessão, com maior razão deve ser observada atualmente, em que são tratadas como espécies do mesmo gênero”¹⁸⁴.

Recebida então a petição inicial, o réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir (art. 306). Caso não seja apresentada a contestação, o réu será considerado revel e os fatos alegados pelo autor serão presumidos aceitos por ele como ocorridos, devendo o juiz decidir o pedido dentro de 5 (cinco) dias (art. 307, caput). Contestado o pedido no prazo legal, deverá ser observado o procedimento comum a partir de então (art. 307, parágrafo único).

Efetivada a tutela cautelar, o autor deve formular, nos mesmos autos e no prazo de 30 (trinta) dias, o pedido principal, não dependendo do adiantamento de novas custas

¹⁸² Idem.

¹⁸³ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 222.

¹⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 614.

processuais, conforme determina o caput do art. 308. O § 2º do mesmo dispositivo permite que a causa de pedir seja aditada no momento da formulação do pedido principal.

Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas, por meio de seus advogados ou pessoalmente, para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, sem a necessidade de nova citação do réu (art. 308, § 3º), que já integra o processo desde a sua citação para os fins do art. 306¹⁸⁵.

Se não houver autocomposição, terá início o prazo para contestação, que será contado na forma do art. 335 (art. 308, § 4º). A mesma regra deve ser observada quando a hipótese não comportar a designação de audiência de conciliação ou mediação ou se autor e/ou réu manifestarem-se contrariamente à sua realização¹⁸⁶.

O § 1º do art. 308 admite que o pedido principal seja formulado juntamente com o pedido de tutela cautelar. Nesse caso, consoante Bueno, deve-se observar, desde logo, o procedimento comum, citando o réu para comparecer à audiência de conciliação ou de mediação, “independentemente do segmento recursal que, porventura, tenha início contra a decisão concessiva (ou negatória) daquela tutela”¹⁸⁷.

O autor esclarece:

A conclusão parece ser a mais correta porque a cumulação do pedido da tutela cautelar e do “pedido final” na petição inicial afasta, inclusive do ponto de vista lógico, que a hipótese possa ser tratada como de tutela antecedente. Já que o processo inaugura-se naquele instante porque o autor exerce direito de ação (“um só”, embora formulando dois pedidos diversos, um assecuratório e imediato e outro satisfativo e final), a tutela cautelar já terá sido formulada em caráter incidental. As regras gerais, portanto, merecem incidir.¹⁸⁸

O art. 309 aborda as hipóteses em que cessa a eficácia da tutela (cautelar) concedida em caráter antecedente, sendo elas: I - quando o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal, estipulado no caput do art. 308; II - quando a tutela concedida não for efetivada no prazo de 30 (trinta) dias ou III - quando o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito. O parágrafo único do artigo em comento veda à parte renovar o pedido se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, salvo sob novo fundamento.

¹⁸⁵ BUENO, op. cit., p. 237.

¹⁸⁶ Idem.

¹⁸⁷ Idem.

¹⁸⁸ Idem.

Bueno entende que o regime jurídico do art. 309 também deve ser aplicado à tutela antecipada antecedente, porque “para além das regras do art. 303 e, sobretudo, do art. 304, pode acontecer de as hipóteses previstas por aquele dispositivo ocorrerem também nos casos em que a tutela antecedente for de natureza antecipada”¹⁸⁹.

Por fim, o art. 310 prevê que o indeferimento da tutela cautelar não impede que a parte formule o pedido principal, nem influi no seu julgamento, exceto se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição. Como evidencia Bueno, “nestes casos, aquele reconhecimento é considerado resolução de mérito e, como tal, apto a inviabilizar nova apreciação do mesmo direito”¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Idem.

¹⁹⁰ Ibid., p. 238.

CONCLUSÃO

Através do presente trabalho, foi possível examinar, de forma geral, a previsão legal das Tutelas de Urgências no Código de Processo Civil de 1973 e a sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro, culminando com a promulgação e vigência do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), que trouxe importantes inovações acerca da matéria.

Em suma, observou-se uma simplificação no sistema das Tutelas de Urgência no Novo Código de Processo Civil, na medida em que ocorreu uma unificação no tratamento das tutelas antecipada (satisfativa) e cautelar, agora consideradas como espécies do mesmo gênero.

Além disso, com a introdução da estabilização da tutela antecipada na legislação processual brasileira, eliminou-se a necessidade de prosseguimento do processo quando as partes não possuem mais interesse, combatendo, dessa maneira, a litigiosidade desnecessária.

Dessa forma, em que pesem algumas críticas tecidas pela doutrina ao atual Código de Processo Civil a respeito das Tutelas de Urgência, conclui-se que as inovações com relação ao Código anterior foram, em geral, positivas, no sentido de se tentar criar um sistema mais ágil e um processo civil mais célere, concretizando, assim, o direito a uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

No entanto, não custa lembrar que mais do que a mera alteração legislativa, são necessárias também inúmeras outras mudanças para a resolução completa dos problemas de baixa efetividade e excessiva morosidade que atingem o sistema processual brasileiro, sobretudo uma modificação na mentalidade dos operadores do direito, tal como asseverou Boaventura de Sousa Santos:

Mas, é preciso termos a noção da exigência que está pela frente. Para satisfazer a procura suprimida são necessárias profundas transformações do sistema judiciário. Não basta mudar o direito substantivo e o direito processual, são necessárias muitas outras mudanças. Está em causa a criação de uma outra cultura jurídica e judiciária. Uma outra formação dos magistrados [...].¹⁹¹

¹⁹¹ SANTOS apud MORAES, Daniela Marques de. **A Importância do Olhar do Outro para a Democratização do Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 146.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada:** Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização). 5. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Código de Processo Civil:** Anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Civil:** Histórico da Lei. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974. v. 1, t. 1, p. 17. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177828>>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Publicada no DOU em 17.3.2015.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Publicada no DOU, Seção 1, em 17.1.1973.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil:** Tutela Antecipada, Tutela Cautelar e Procedimentos Cautelares Específicos. 6. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2014, v. 4.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil:** Inteiramente Estruturado à Luz do Novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado.** São Paulo: Saraiva, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. 9. ed. rev., ampl. e atual, Salvador: JusPODIVM, 2014. v. 2.

LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro.** 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela.** 10. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil:** Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. II.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar.** 5. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, Coleção Curso de Processo Civil, v. 4.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil: Comentado Artigo por Artigo**. 6. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória**. 2. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Daniela Marques de. **A Importância do Olhar do Outro para a Democratização do Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 14. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. 45. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum**. 56. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. I.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009