

José Roberto dos Santos Bedaque

© José Roberto dos Santos Bedaque

1ª edição, 04 1998.

ISBN 85.7420.282-7

**TUTELA CAUTELAR
E TUTELA ANTECIPADA:
TUTELAS SUMÁRIAS E DE URGÊNCIA
(Tentativa de sistematização)**

*2ª edição,
revista e ampliada*

 **MALHEIROS
EDITORES**

**TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA:
TUTELAS SUMÁRIAS E DE URGÊNCIA**

© JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE

1ª edição, 04.1998.

ISBN 85.7420.282-7

*Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.*

*Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 — São Paulo — SP
Tel.: (0xx11) 3842-9205 Fax: (0xx11) 3849-2495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@zaz.com.br*

*Composição
PC Editorial Ltda.*

*Capa:
Criação: Vânia Lúcia Amato
Arte: PC Editorial Ltda.*

*Impresso no Brasil
Printed in Brazil
03-2001*

De outro lado, preclui para a parte a faculdade se, presentes os requisitos, não formular ela o pedido de antecipação.¹⁸⁹ Como toda e qualquer faculdade processual, deve o interessado exercê-la no momento adequado, sob pena de não mais poder fazê-lo, em decorrência da preclusão temporal.

30. Tutela antecipada “ex officio”

O legislador processual, rompendo com o dogma da inércia da jurisdição, permite ao juiz conceder tutela cautelar de ofício.¹⁹⁰ Tal possibilidade encontra fundamento no art. 797 do Código de Processo Civil.¹⁹¹

Seria admissível a antecipação da tutela de ofício? A resposta genérica é negativa.

189. Calmon de Passos afirma que o prazo é de dez dias, por analogia ao disposto no art. 323 do Código (cfr. “Da antecipação”, p. 201). Parece-me, todavia, deva ser aplicado o disposto no art. 185.

190. Aliás, o princípio da ação, que corresponde à inércia da jurisdição, comporta várias exceções, mesmo em sede de tutela cognitiva. No âmbito do processo penal é notória a possibilidade de o juiz conceder *habeas corpus* de ofício. Em sede de processo civil aponta a doutrina para os arts. 162 do Decreto-lei 7.661, de 21.6.45, e 989 do Código de Processo Civil. Após as reformas introduzidas neste último, outras hipóteses de tutela jurisdicional de ofício passaram a existir no sistema: arts. 18, 461, §§ 4º e 5º, 644 e 645. Aliás, no que se refere às obrigações de fazer e de não fazer, parece ter adotado o legislador solução compatível com as chamadas tutelas executivas *lato sensu*, pois permite que o juiz, de ofício e no próprio processo cognitivo, determine a realização de medidas necessárias à “realização da tutela específica” (art. 461, § 5º). Essa é a posição de Kazuo Watanabe (cfr. “Tutela antecipatória e tutela específica”, pp. 40 e ss.). Sobre a suposta relação entre o princípio da demanda e a disponibilidade do direito material, v. Bedaque, *Poderes instrutórios*, pp. 65 e ss.

191. Para Galeno Lacerda esse dispositivo consagra a cautela de-ofício, pois faz referência à concessão da medida *sem audiência das partes*, ou seja, autor e réu. Não obstante, o eminente mestre limita a possibilidade ao que ele denomina de cautelar administrativa, isto é, “emanada de autêntico poder de polícia do juiz, no resguardo de bens e pessoas confiados por lei à sua autoridade”. Refere-se, porém, a situações excepcionais de cautelar jurisdicional de-ofício (cfr. *Comentários*, pp. 110 e ss.). Posição mais restritiva é sustentada por Sydney Sanches, *Poder cautelar*, p. 134-136. Também afirmam o caráter excepcional da medida João Batista Lopes (“Medidas cautelares inominadas”, p. 16) e Sérgio Sciji Shimura (*Arresto cautelar*, pp. 53-57). Humberto Theodoro Júnior aponta para a possibilidade de o juiz agir de ofício apenas em relação às medidas cautelares incidentais (cfr. “Processo cautelar”, pp. 96 e ss.). Dinamarco sustenta posição bastante ampliada, pois, mediante a tutela cautelar, o juiz visa a “preservar a imperatividade e a eficácia de suas próprias decisões”. Depois de invocar o art. 125, incisos II e III, do Código de Processo Civil, conclui: “Por isso e sobretudo porque ao juiz moderno não é dado assumir posturas de espectador, legitimam-se e impõem-se as iniciativas *ex officio* destinadas a preparar os bons resultados do exercício da jurisdição, mediante a conservação de bens e provas e antecipação de decisões com vista a preservar os valores humanos que em juízo se controvertem” (*Fundamentos*, v. II, p. 888).

O legislador condiciona a medida ao pedido da parte (art. 273).¹⁹²

Além disso, ainda que se entenda a antecipação como cautelar, teríamos o óbice do art. 797, que apenas admite a cautela de ofício se houver expressa autorização legal.¹⁹³

Por fim, a regra da inércia representa conquista da ciência moderna, pois visa a assegurar o afastamento do juiz dos interesses em conflito, retirando-lhe os poderes de iniciativa. Só deve ser aceita a “publicização” do processo se entendida essa expressão como o poder conferido ao juiz de alcançar resultado próximo da verdade real, livrando o processo de protelações indevidas.¹⁹⁴

Não se podem excluir, todavia, situações excepcionais em que o juiz verifique a necessidade da antecipação, diante do risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual existam provas suficientes de verossimilhança.

Nesses casos extremos, em que, apesar de presentes os requisitos legais, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional não é requerida pela parte, a atuação *ex officio* do juiz constitui o único meio de se preservar a utilidade do resultado do processo.¹⁹⁵

192. Moniz de Aragão entende necessário o pedido da parte mesmo no caso das obrigações de fazer (art. 461, § 3º), em que não existe a exigência (cfr. “Alterações no Código de Processo Civil”, p. 238). Embora tratado em dispositivo específico, o regime da antecipação da tutela deve ser único. A multa e as medidas de apoio, destinadas a primeira a exercer pressão psicológica sobre o devedor para cumprir a ordem e as outras a obter o resultado prático desejado (cfr. art. 461, §§ 4º e 5º), também se aplicam às demais hipóteses de tutela antecipada em função do disposto no art. 799 do Código. Essa conclusão resultou em proposta aprovada no IX Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil, realizado em São Paulo, nos dias 29 e 30.8.97. Também sustenta a identidade de regime Teori Albino Zavascki, *Antecipação de tutela*, pp. 151 e ss.

193. Entendendo ser incabível a antecipação de ofício, mesmo porque não a considera como tutela cautelar, cfr. Dinamarco, *A reforma do Código de Processo Civil*, pp. 149-150. Embora o eminente professor identifique semelhanças entre as duas modalidades de tutela de urgência, entende que a antecipação de efeitos não visa, como a cautelar, a “dar apoio ao processo e à dignidade da jurisdição, mas de atender a interesses do litigante – sendo mais do que razoável que prevaleça, quanto a isso, a regra *nemo iudex sine actore*” (*Fundamentos*, v. II, p. 889). Pondero apenas que a cautelar conservativa também protege, em última análise, a situação de direito material, pois confere utilidade à tutela final. E ambas, conservativa e antecipatória, asseguram essa efetividade. Talvez o problema seja mais terminológico. No mesmo sentido a posição de Clito Fornaciari Júnior, para quem o juiz não pode agir de ofício ainda que verifique a presença dos requisitos legais (cfr. *A reforma*, p. 38). Assim, também: Sérgio Bermudes, *A reforma*, p. 35; Vicente Greco Filho, *Direito processual civil*, v. II, p. 82; Antônio Cláudio da Costa Machado, *A antecipação da tutela na reforma*, pp. 541-555.

194. Cfr. CalBmon de Passos, *Da antecipação da tutela*, p. 202.

195. Barbosa Moreira aponta para o fato de que a timidez dos advogados tem levado os juizes, “sobretudo nos Juizados Especiais Cíveis e nas causas de família, a desprezar a

Nessa medida, afastar taxativamente a possibilidade de iniciativa judicial no tocante à tutela antecipatória pode levar a soluções injustas.

A aceitação do poder oficial no tocante à antecipação dos efeitos da tutela, ainda que excepcional, não viola o princípio dispositivo, pois o juiz estará proferindo decisão judicial nos limites do pedido.

Também não se verifica ofensa ao contraditório, uma vez que essa antecipação tem como característica a provisoriedade e como pressuposto a reversibilidade. Terá a parte contrária, portanto, oportunidade para demonstrar o não cabimento da providência. E o juiz, convencendo-se do equívoco, poderá revogá-la.¹⁹⁶

31. Tutela antecipada e adstrição

Afirma-se que em sede de tutela cautelar não se aplica de forma absoluta a regra da adstrição, congruência ou correlação entre a sentença e a demanda (CPC, arts. 128, 459 e 460), pois é possível a concessão de medida mais adequada a evitar o dano (CPC, art. 798).

letra da lei e decretar de ofício a antecipação da tutela, em casos nos quais encontra base sólida a convicção da imprescindibilidade da medida" (*As reformas do Código de Processo Civil*, p. 8). Entende, todavia, ser necessário o pedido da parte, pois se trata de exigência contida expressamente no dispositivo legal (cfr. "A antecipação", p. 203). No mesmo sentido é a posição assumida por Dinamarco. Embora reconheça a existência de semelhanças entre tutela antecipada e cautelar, esta, a seu ver passível, de concessão *ex officio*, o adiantamento de efeitos não se destina a "dar apoio ao processo e à dignidade da jurisdição, mas de atender a interesses do litigante, sendo mais do que razoável que prevaleça, quanto a isso, a regra *nemo iudex sine actore*" ("Os gêneros do processo", p. 330). Em estudo mais recente, o eminente titular da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, reafirma sua posição: "...as antecipações de tutela não são instrumentais ao processo, não se destinam a outorgar-lhe a capacidade de ser justo e útil (o que constitui missão das cautelares), mas a fornecer ao sujeito aquilo mesmo que ele pretende obter ao fim, ou seja, a coisa ou situação da vida pleiteada; os alimentos provisionais são antecipações dos próprios alimentos a serem obtidos a final, a sustação do protesto cambial é o mesmo impedimento à realização deste, imposto desde logo e sem esperar o fim do processo etc." ("O regime jurídico", n. 2). Nessa mesma linha, mantém a opinião de que, ao contrário das cautelares, as antecipatórias não podem ser concedidas de ofício, incidindo o disposto nos arts. 2º e 262 do Código de Processo Civil (ob. cit., n. 15). Os efeitos produzidos pela tutela antecipada no plano do direito material me levam a conclusão idêntica como regra geral, embora discorde da premissa e admita situações excepcionais em que diversa seria a solução.

196. Mesmo tratando-se de cautelar conservativa, a jurisprudência não tem admitido a concessão de ofício: "O seqüestro, medida cautelar específica, supõe requerimento em processo autuado e apensado aos autos principais e somente nos casos previstos no art. 822 do CPC, não se incluindo no poder cautelar do juiz a sua decretação de ofício, nos próprios autos da ação de embargos de terceiros, tanto mais quando, além de não verificada a hipótese autorizativa, não se evidencia a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, já que os bens se encontram sob constrição, por penhora em processo de execução" (REsp 29.503-1-RS, STJ, 3ª T., rel. Min. Dias Trindade, DJU 39/2.513, 1.3.93).

Estaria o julgador autorizado a adotar providência diversa da pedida, se necessário para preservar a utilidade do processo.

Tal possibilidade se restringiria, porém, ao objeto imediato da demanda cautelar, ou seja, à providência cautelar específica. O pedido mediato, consistente na eliminação do perigo, deve ser formulado corretamente pela parte interessada e a ele, bem como à situação exposta, o juiz está vinculado.

Essa antinomia parcial seria justificável, tendo em vista que a tutela cautelar não se destina a regular a situação da vida, mas apenas a assegurar a efetividade do processo. Ressalta, aí, seu caráter público, justificando a derrogação de alguns dos dispositivos gerais pela regra especial.¹⁹⁷

Na ação cautelar pretende-se a tutela assecuratória (pedido imediato), que consistirá em determinada providência concreta e provisória destinada a conservar situação ou antecipar efeitos (pedido mediato).

A possibilidade de o juiz conceder medida de natureza diversa da pleiteada é inerente à denominada fungibilidade da tutela cautelar e incide, evidentemente, sobre a providência concreta. Isso significa que, formulado o pedido de tutela de segurança, se o autor requerer a adoção de determinadas medidas específicas para preservar o resultado do processo, mas inadequadas ao ver do juiz, poderá este último conceder providência diversa, ou seja, o pedido mediato é passível de alteração.

Apresenta-se, agora, o problema da incidência dessa regra no instituto da tutela antecipada. Também aqui estaria o juiz limitado aos efeitos taxativamente requeridos, ou, por aplicação do art. 798, teria lugar a regra da fungibilidade das cautelares?

Em primeiro lugar, só tem razão de ser a indagação para aqueles que entendem impossível a concessão dessa medida de ofício. Quem admite a antecipação da tutela sem prévio pedido da parte, com muito mais razão, aceitará a possibilidade de o juiz adequar a providência às peculiaridades concretas inerentes à situação substancial.

Também não cabe a discussão se se tratar a antecipação como forma de tutela não cautelar.

Há quem sustente a impossibilidade de incidência da regra na antecipação de tutela.¹⁹⁸

197. Cfr. Marcelo Lima Guerra, *Estudos*, pp. 33-43.

198. Arruda Alvim, por exemplo, embora reconheça na hipótese do art. 273, I, medida com nítida motivação cautelar, entende que sua concessão depende de pedido da parte, ao qual está limitado o juiz, que não pode adotar solução diversa. Afasta, pois, a incidência

Mesmo as chamadas cautelares inominadas, ou seja, as providências jurisdicionais assecutorias não previstas expressamente pelo legislador, mas que o juiz pode determinar em razão de seu poder geral de cautela (cfr. CPC, arts. 788 e 799), não se confundiriam com a tutela antecipada.

Esta última, ao adiantar total ou parcialmente os efeitos da pretensão inicial, tem caráter satisfativo. Por isso, estaria a decisão antecipatória adstrita aos limites do pedido, por incidência do princípio da correlação.¹⁹⁹

A restrição somente não atingiria a tutela cautelar, podendo o juiz conceder medida adequada a assegurar o resultado prático do pronunciamento principal, muito embora não especificada pelo autor.²⁰⁰

Diversa é a solução aqui proposta, em decorrência das premissas adotadas, no que se refere à tutela antecipada.

Ainda que dúvida possa existir quanto à possibilidade de antecipação *ex officio*, a situação regulada pelo art. 273 tem, em tudo e por tudo, natureza cautelar. Rege-se, pois, pelas regras dessa modalidade de tutela.

Nessa linha de pensamento, não há por que afastar a incidência do art. 798. Tem o juiz o poder de adequar os possíveis efeitos a serem antecipados às necessidades da situação de direito material.

Tal solução se mostra adequada mesmo se se admitir diferença entre tutela tipicamente cautelar e tutela antecipada. Como ambas exercem a mesma função no sistema, qual seja, assegurar a utilidade prática do provimento satisfativo, nada obsta à adoção de uma embora a outra tenha sido requerida.²⁰¹

do art. 798 do Código de Processo Civil, sustentando que na tutela antecipatória há rígida adstrução ao pedido (cfr. "Tutela antecipatória", p. 24).

199. "Deve a decisão guardar estreita correlação com os efeitos decorrentes do pedido formulado na exordial" (Edgard Antônio Lippmann Júnior, *Antecipação da tutela*, p. 39).

200. Cfr. Edgar Antônio Lippmann Júnior, *ob. e p. cit.*

201. Reconhecendo a existência de dificuldades, no plano científico e dogmático, na determinação precisa da linha divisória entre essas duas espécies de medidas de urgência, Barbosa Moreira conclui: "Em princípio, francamente, desde que não se altere a substância do pedido, não vislumbramos obstáculo irremovível à admissão de um requerimento pelo outro, determinando-se que o processamento observe a disciplina adequada à verdadeira natureza da matéria. O raciocínio será análogo ao que prevaleceu, no silêncio do Código, a favor da possibilidade de aproveitar-se, em certa medida, recurso inadequadamente interposto no lugar do cabível" ("As reformas do Código de Processo Civil", p. 9). Para Clayton Maranhão no direito italiano essa possibilidade inexistia para qualquer medida cautelar (cfr. "A demanda cautelar e a regra da congruência", pp. 132 e ss.). No mesmo sentido, Arruda Alvim, "Anotações", p. 79. Já se decidiu que, não obstante a semelhança formal entre tutela antecipada e cautelar, trata-se de medidas distintas, motivo pelo qual não se pode deferir uma por outra (RT 729/246). Exatamente por entender que ambas são semelhantes não apenas no aspecto formal, mas substancialmente, parece-me admissível a incidência da fungi-

Aliás, maior reconhecimento da identidade entre ambas as modalidades de tutela de urgência e provisória está na proposta de inclusão do § 7º no art. 273, que teria a seguinte redação: "Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado".

Essa alteração revela a necessidade de aproximação das modalidades de tutela sumária, urgente e provisória, a fim de que recebam o mesmo tratamento jurídico.²⁰²

Isso não significa, evidentemente, possa o juiz exceder os limites da própria demanda. Se entre o pronunciamento final e o pedido inicial deve haver congruência, correlação, não se admite a antecipação de efeitos não contidos na pretensão deduzida pelo autor a título de tutela definitiva. O limite da antecipação é o próprio provimento satisfativo final favorável ao autor. Mais do que isso, não pode o juiz conceder antecipadamente.²⁰³

bilidade, ou seja, pode o juiz conceder medida diversa da pretendida pela parte, não importando se conservativa ou satisfativa. Também Alcides Alberto Munhoz da Cunha admite a fungibilidade entre as medidas antecipatórias e satisfativas (cfr. *O regime jurídico*, p. 262).

202. A sugestão é do Ministro Athos Gusmão Carneiro e vem acompanhada da seguinte justificativa: "a redação proposta para o § 7º atende ao princípio da economia processual, com a adoção da 'fungibilidade' do procedimento, evitando à parte a necessidade de requerer, em novo processo, medida cautelar adequada ao caso". Essa solução só é possível, evidentemente, porque se trata de medidas ontologicamente iguais. Aliás, essa semelhança é expressamente apontada por Athos Gusmão Carneiro, em sede doutrinária (cfr. *Da antecipação*, pp. 38-39).

203. Trata-se de conclusão aparentemente óbvia, mas que a doutrina cuidou de destacar, talvez para evitar abusos (cfr. Dinamarco, *A reforma*, p. 142; Barbosa Moreira, "A antecipação da tutela", p. 209; Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia das decisões*, p. 235). Sobre a necessidade de relação de pertinência entre a tutela definitiva e a medida antecipatória, cfr. a precisa observação do Juiz Matheus Fontes ao relatar o AI 746.970-7, São Paulo, 1ª TACivSP, 12ª C., j. 11.9.97, v.u. Em demanda com pedido condenatório, versando indenização por danos materiais e morais, a autora formulou pedido de tutela antecipada para o fim de impedir a transferência do controle acionário da ré. Denegada a pretensão em 1º grau, foi interposto agravo de instrumento, ao qual foi negado provimento. Como relator, ponderei que, além de aspectos relacionados ao perigo de dano, "a providência consistente em impedir a transferência do controle acionário não integra a eficácia natural da tutela condenatória, o que impossibilita concedê-la antecipadamente. Essa modalidade de medida de urgência representa a antecipação de efeitos da tutela final. Necessário, pois, haver coincidência ao menos parcial entre o pedido e a tutela antecipada.

Nessa medida, inadmissível a antecipação do efeito prático pretendido, que não está compreendido na eficácia da tutela jurisdicional final. Se entre o pronunciamento final e o pedido inicial deve haver congruência, correlação (CPC, arts. 128 e 460), não se admite a antecipação de efeitos não contidos na pretensão deduzida pelo autor a título de tutela definitiva. O limite da antecipação é o próprio provimento satisfativo final favorável ao autor. Mais do que isso, não pode o juiz conceder antecipadamente (cfr. Cândido Dinamarco, *A*

Essa correlação entre a cautelar antecipatória e a tutela satisfativa revela a relação de instrumentalidade existente entre elas, pois aquela antecipa provisoriamente efeitos desta, com o objetivo de assegurar sua utilidade para o titular do direito.

O caráter instrumental das medidas antecipatórias não possui exatamente a mesma configuração daquele inerente à cautelar conservativa. Isso porque, em relação a esta, a sentença de mérito é referência apenas para determinação da probabilidade do direito afirmado, não para fixar-lhe os limites. Já a cautelar antecipatória encontra no possível provimento final sua eficácia máxima.²⁰⁴

Mesmo que se negue terminantemente ao juiz o poder de conceder de ofício a antecipação, ou de adequar a medida requerida aos fatos descritos pela parte, impossível ignorar que a previsão legal constitui importante indicador da necessidade de o julgador participar ativamente da relação processual. Não mais se admite o juiz-espectador, que a tudo assiste sem interferir, receoso de comprometer sua imparcialidade.

Ao prever, de forma genérica, a concessão de tutela antecipada, até em caráter liminar, confiou o legislador ao juiz o importante papel de tutor da efetividade do provimento jurisdicional, compelindo-o a adotar medidas que se mostrem necessárias a assegurar ao titular do direito um contraditório efetivo, apto a proporcionar-lhe o resultado esperado.

A possibilidade de antecipação da tutela, sem prévia cognição exauriente, revela a importância conferida pelo legislador à participação ativa do juiz no desenvolvimento da relação processual. Esse comportamento é fator fundamental até mesmo para assegurar a paridade de tratamento entre as partes, eliminando eventuais diferenças externas que não podem repercutir no processo.²⁰⁵

reforma do Código, p. 142; José Carlos Barbosa Morcira, "A antecipação da tutela jurisdicional", p. 209; nesse sentido: AI 778.199-9, SP, 1ª TACSP, 12ª Câ., j. 26.5.98, v.u.; AI 958.487-2, SP, j. 10.10.2000, v.u.). V. tb. Victor A. A. Bonfim Marins, "Antecipação da tutela", p. 561

204. A observação é de Tommasco, que apresenta essa peculiaridade do caráter instrumental das tutelas urgentes antecipatórias: "la determinazione del contenuto del provvedimento d'urgenza compiuta con riferimento al possibile contenuto della sentenza di merito trova in questo nesso strumentale un criterio che si specifica nel senso per cui il provvedimento d'urgenza non può produrre effetti diversi da quelli scaturienti dalla futura sentenza di merito" ("Provvedimenti di urgenza", p. 860).

205. Apóio a advertência feita por Álvaro J. D. Perez Ragone de que o juiz deve velar pela igualdade substancial das partes no processo, assegurando-lhes efetiva participação e proporcionando-lhes acesso à justiça, sem que tal atitude possa comprometer sua imparcialidade (cfr. *Introducción*, p. 136). Ao desenvolver idéias sobre o poder instrutório do julga-