

Capítulo VI

TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA (ANTECIPADA E CAUTELAR) E DA EVIDÊNCIA

1. Considerações introdutórias.
2. A generalização da tutela antecipada.
3. Medida liminar e antecipação de efeitos da tutela final.
4. A antecipação da tutela jurisdicional no sistema processual brasileiro.
5. A doutrina brasileira e a natureza jurídica da tutela antecipada.
6. Novas considerações sobre a natureza jurídica da tutela antecipada.
7. Tutela antecipada e cautelaridade.
8. Antecipação incidental de efeitos da tutela jurisdicional.
10. Tutela antecipada: provisoriedade, instrumentalidade e satisfatividade.
11. Divergência terminológica.
12. Tutela antecipada e tutela final.
13. Tutela cautelar conservativa e antecipada.
14. A opção pela tutela sumária não cautelar.
15. Utilidade da distinção: 15A. Estabilização da tutela antecipada: 15A.1 Antecipação prévia e incidental; 15A.2 A tutela antecipada e o eventual processo de cognição exauriente; 15A.3 A nova configuração da tutela antecipada; 15A.4 Síntese da proposta.
16. Tutela antecipada: hipóteses legais.
17. Antecipação determinada pelo perigo de dano (CPC, art. 273, I).
18. Antecipação determinada pelo abuso do direito de defesa (art. 273, II).
19. Pretensão parcialmente incontroversa.
20. A tutela de

urgência e a tutela de evidência. 21. Verossimilhança e prova inequívoca. 22. Tutela antecipada e reversibilidade dos efeitos. 23. Tutela antecipada e efeitos irreversíveis. 24. Tutela antecipada: satisfatividade e irreversibilidade. 25. A discricionariedade judicial. 26. Legitimidade para postular a antecipação. 27. Antecipação limitada aos efeitos do provimento final. 28. Tutela antecipada e natureza da tutela final. 29. Tutela antecipada e julgamento antecipado. 30. Momento da antecipação, natureza da decisão e recurso. 30A. Eficácia imediata da decisão antecipatória: aparente paradoxo. 30B. Indeferimento da antecipação e procedência do pedido. 31. Tutela antecipada “ex officio”. 32. Tutela antecipada e adstrição. 33. Fungibilidade. 34. Antecipação de tutela e contraditório. 35. Tutela antecipada e sentença de improcedência. 36. Tutela antecipada e caução. 37. Tutela antecipada e execução provisória

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

1.1. Considerações sobre a natureza jurídica da tutela provisória

1.2. Espécies de tutela provisória: urgência e evidência

1.3. Tutela provisória antecipada: urgência e evidência no

Código de 1973

- 1.4. Tutela diferenciada de urgência e da evidência: aspectos da técnica procedimental e de caráter substancial
- 1.5. Espécies de tutelas provisórias de urgência: identidade de escopos
- 1.6. Tutelas de urgência antecipada e cautelar: divergência terminológica
- 1.7. Tutelas antecipada e cautelar: semelhanças e diferenças
- 1.8. Tutela provisória e definitiva no Código de 2015

2. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA (ANTECIPADA E CAUTELAR):

- 2.1. Tutela provisória de urgência
- 2.2. Requisitos: Verossimilhança e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo
 - 2.2.1. Verossimilhança e prova inequívoca: CPC/1973 e CPC/2015
 - 2.2.2. Perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo
- 2.3. Liminar e justificação prévia
- 2.4. Caução

- 2.5. Responsabilidade objetiva
- 2.6. Tutela provisória de urgência: antecipada e cautelar
- 2.7. Tutela provisória e competência
- 2.8. Legitimidade para postular a tutela provisória
- 2.9. Tutela provisória “ex officio”
- 2.10. Fungibilidade ontem e hoje
- 2.11. Tutela provisória e contraditório
- 2.12. Fundamentação da decisão e tutela provisória
- 2.13. Discricionariedade judicial
- 2.14. Tutela provisória e adstrição
- 2.15. Tutela provisória e sentença de improcedência
- 2.16. Efetivação da tutela provisória

3. TUTELA ANTECIPADA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

- 3.1. Utilidade da distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada
- 3.2. A opção pela tutela sumária definitiva
- 3.3. A generalização da tutela antecipada
- 3.4. Medida liminar e antecipação de efeitos da tutela final.
- 3.5. A antecipação da tutela jurisdicional no sistema processual brasileiro

- 3.6. A doutrina brasileira e a natureza jurídica da tutela antecipada
- 3.7. Tutela provisória de urgência antecipada:
provisoriidade, instrumentalidade e satisfatividade
 - 3.8.1. Tutela antecipada e reversibilidade dos efeitos
 - 3.8.2. Tutela antecipada e efeitos irreversíveis
 - 3.8.3. Tutela antecipada: conteúdo satisfativo e irreversibilidade
- 3.9. Tutela provisória antecipada: antecipação limitada aos efeitos do provimento final
- 3.10. Tutela antecipada e tutela final
- 3.11. Tutela antecipada e natureza da tutela final
- 3.12. Tutela antecipada e julgamento antecipado
- 3.13. Momento da antecipação, natureza da decisão e recurso
- 3.14. Eficácia imediata da tutela provisória antecipada: aparente paradoxo
- 3.15. Indeferimento da antecipação e procedência do pedido
- 3.16. Tutela antecipada e cumprimento provisório da sentença
- 3.17. Tutela antecipada requerida em caráter antecedente
- 3.18. Concessão da tutela antecipada
- 3.19. Pretensão parcialmente incontroversa: da tutela antecipada ao julgamento parcial do mérito
- 3.20. Estabilização da tutela antecipada
- 3.21. Antecipação prévia e incidental
- 3.22. A tutela antecipada e o eventual processo de cognição

exauriente

- 3.23. A nova configuração da tutela antecipada
- 3.24. Síntese da proposta apresentada no anteprojeto e o Código de Processo Civil de 2015
- 3.25. Tutela provisória antecipada requerida em caráter antecedente: estabilização e recurso
- 3.26. Estabilização e demanda autônoma de impugnação
- 3.27. Tutela cautelar requerida em caráter antecedente: aspectos procedimentais

4. TUTELA DA EVIDÊNCIA

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

1.1. Considerações sobre a natureza jurídica da tutela provisória

Nas edições anteriores, desenvolvi os motivos pelos quais defendia o tratamento unificado das tutelas conservativa e antecipada, como espécies de um mesmo gênero, para o qual sugeri a denominação “cautelar”.

A ideia foi adotada no Código de 2015, não obstante com terminologia diversa: tutela provisória, como gênero, do qual são espécies

a cautelar (conservativa) e a antecipada (satisfativa). Daí por que abordo agora aspectos das duas modalidades de tutela provisória: antecipada e cautelar.

Tendo em vista a nova sistematização do instituto legal, considero útil a reprodução dos motivos pelos quais sustentei essa alternativa, mesmo porque ressaltei a irrelevância do aspecto terminológico, pois o que interessa é a regulamentação uniforme de tutelas com características semelhantes, considerando-se especialmente o respectivo escopo: resolver a crise de direito material ou assegurar a eficácia prática dessa solução mediante medidas provisórias

A meu ver, a eficácia conservativa ou antecipatória não pode ser considerada fator determinante para a identificação da natureza da providência judicial. Essa não é a melhor forma de sistematizar as tutelas sumárias. Embora diverso o conteúdo de cada uma delas, ambas podem identificar-se pela finalidade, qual seja, garantir o resultado útil do processo.

Considerar, para fins de classificação, apenas o efeito prático da medida ou somente a finalidade para a qual está ela preordenada constitui equívoco, pois arbitrário o critério eleito.¹

A garantia constitucional do devido processo legal abrange a efetividade da tutela jurisdicional, no sentido de que todos têm direito não a uma decisão qualquer, mas a um resultado útil, do ponto de vista da satisfatividade do direito lesado ou ameaçado. Mas também se inclui nesse contexto o direito à cognição adequada a assegurar o contraditório real e a ampla defesa.

¹. A expressão é de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “Alcance e natureza”, p. 118.

Para quem não aceita a natureza cautelar da providência destinada a antecipar provisoriamente efeitos da tutela final, duas seriam as técnicas destinadas a resolver o conflito entre valores constitucionais igualmente relevantes: a tutela cautelar e a tutela antecipada.²

Mas, se ambas têm a mesma função no sistema e são estruturalmente provisórias, por que distingui-las? Inexiste razão histórica ou sistemática para não incluir as antecipatórias no rol das cautelares. A discussão acaba sendo meramente terminológica, pois temos duas categorias de tutelas não definitivas, destinadas, ambas, a evitar que o tempo necessário à segurança jurídica acabe tornando inútil o resultado do processo, mas identificadas mediante denominações diversas.³ Além disso, toda a doutrina reconhece outras características comuns a essas tutelas, como a cognição sumária, a precariedade e a referência a outra tutela, exatamente aquelas que determinam a natureza cautelar do provimento.⁴

Ora, se possuem tantos aspectos que as aproximam, melhor será tratá-las em conjunto e submetê-las ao mesmo regime jurídico. Esse

². Para Teori Albino Zavascki a diversidade de técnicas implica a existência de tutelas substancialmente distintas: “No mister de formular a solução conformadora, tem o juiz à sua disposição duas técnicas distintas, que utilizará segundo a natureza do caso concreto: a cautelar e a antecipatória. Com a primeira, assegura a efetividade do processo por meio de medida de garantia (medida genuinamente cautelar, fundada no art. 798 do CPC); com a outra, assegura essa efetividade mediante a antecipação, total ou parcial, de efeitos executivos da própria tutela definitiva pretendida na inicial (medida antecipatória, disciplinada no art. 273 do CPC)” (“Medidas cautelares e medidas antecipatórias”, p. 35).

³. Que a polêmica acaba sendo puramente terminológica não passou despercebido a L. R. Wambier, que aponta para o fato de que o problema reside no entendimento sobre a essência da cautelaridade. Se a tutela cautelar for concebida pelo aspecto funcional, qualquer medida, mesmo antecipatória de efeitos irreversíveis, terá essa natureza se destinada a assegurar o resultado útil do processo (cfr. “Liminares: alguns aspectos polêmicos”, p. 162).

⁴. Cfr. Teori Albino Zavascki, “Medidas cautelares e medidas antecipatórias”, p. 36.

parece ser o real interesse no estudo comparativo das espécies de tutelas provisórias, as de caráter meramente conservativo e as que possuem conteúdo antecipatório. Dada a similitude existente entre elas, aconselhável recebam o mesmo tratamento jurídico. Irrelevante considerá-las como modalidades de cautelar, ou reservar essa denominação apenas para as conservativas ou não antecipatórias. Importante, sim, é determinar sua substância e demonstrar que ambas existem com a mesma finalidade e possuem características praticamente iguais.

Entre os direitos fundamentais da pessoa encontra-se, sem dúvida, o direito à efetividade do processo, também denominado direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa, expressões que pretendem representar o direito que todos têm à tutela jurisdicional do Estado. Essa proteção estatal deve ser apta a conferir tempestiva e adequada satisfação de um interesse juridicamente protegido, em favor de seu titular, nas situações em que isso não se verificou de forma natural e espontânea.⁵

Por outro lado, não se pode esquecer de que a necessidade de solução justa para as controvérsias requer a prática de atividades que demandam tempo, especialmente para possibilitar ao juiz adequado conhecimento da realidade substancial que lhe é submetida à apreciação. Também devem as partes ter amplas condições de debater a respeito dos fatos controvertidos e questionar decisões do órgão jurisdicional, impugnando-as.

⁵. Significa, pois, “não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos” (Teori Albino Zavascki, “Antecipação de tutela e colisão”, p. 147).

A justiça da solução estatal exige, portanto, cognição exauriente da situação de direito material pelo julgador, bem como o desenvolvimento dessa atividade sob o crivo do contraditório e em conformidade com as regras inerentes ao devido processo legal. São garantias constitucionais voltadas para a segurança e a justiça do resultado do processo.

Resposta rápida implica limitar o conhecimento dos fatos e a ampla defesa, normalmente em benefício do autor, com prejuízo para o réu. Cognição completa e exauriente, contraditório pleno e irrestrito, recorribilidade incondicionada, acabam por retardar a entrega da tutela jurisdicional a que porventura o autor tenha direito, beneficiando-se o réu dessa demora.

A celeridade contribui para a efetividade da tutela, mas pode comprometer a segurança quanto à justiça da decisão, pois implica limitações à atividade cognitiva do juiz e ao contraditório.⁶

As tutelas provisórias destinam-se à compatibilização desses valores. Constituem técnicas processuais destinadas à obtenção de soluções imediatas, muitas vezes de conteúdo antecipatório dos efeitos inerentes ao provimento final, para assegurar sua utilidade. Mas, como são tutelas provisórias, o resultado definitivo irá substituí-las. Caso a pretensão seja acolhida, a tutela final terá eficácia prática análoga à antecipada, com o acréscimo de eventuais efeitos não contidos nesta.

A natureza cautelar da antecipação provisória de efeitos da tutela

⁶. Verifica-se, portanto, a existência de valores constitucionais conflitantes: “O decurso do tempo, todos sabem, é inevitável para a garantia plena do direito à segurança jurídica, mas é, muitas vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição, notadamente quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente” (Teori Albino Zavascki, “Antecipação de tutela e colisão”, p. 149).

final foi expressamente admitida pela legislação italiana sobre tutelas de urgência em matéria societária. O art. 23 do decreto legislativo n. 5, de 17.1.03, refere-se a “provvedimenti d’urgenza e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito (...)”. Anote-se o emprego do termo *cautelar* para identificar tutela com conteúdo antecipatório e apta a tornar-se definitiva, pois sua eficácia não está condicionada à propositura da demanda de cognição exauriente. Isso revela não haver grande preocupação com o aspecto terminológico do fenômeno.⁷

O conteúdo jurídico do provimento definitivo é completamente diverso do antecipatório, visto que produz a solução da controvérsia, restabelecendo o ordenamento violado e impondo a pacificação definitiva. Os escopos jurídico e social das tutelas provisórias e definitivas são diversos.

*Nessa linha, as tutelas provisórias devem ser reunidas e receber o mesmo tratamento. Inexiste razão para a distinção entre a tutela cautelar conservativa e a antecipação dos efeitos da tutela de mérito. Ambas são provisórias e instrumentais, pois voltadas para assegurar o resultado final. São técnicas processuais com idêntica finalidade e estrutura. Não há por que distingui-las.*⁸

Esse entendimento foi integralmente adotado pelo Código de

⁷. Cfr. Ferruccio Tommaseo, “Riflessioni sulla tutela cautelare”, p. 1.492, esp. nota 47.

⁸. Até mesmo quem nega essa uniformidade entre as tutelas provisórias reconhece em ambas idêntico objetivo: “estabelecer mecanismos para obtenção de concordância prática, de formas de convivência simultânea, entre o direito fundamental à efetividade do processo e o direito fundamental à segurança jurídica, naquelas hipóteses em que tais direitos fundamentais estiverem em rota de colisão” (Teori Albino Zavascki, “Antecipação de tutela e colisão”, p. 150).

2015. O Título V regulamenta a Tutela Provisória (art. 294), justificável em razão da Urgência, cuja necessidade decorre do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo (art. 300), ou da Evidência, admissível em razão do elevado grau de probabilidade do direito (art. 311). A Tutela Provisória de Urgência comporta duas espécies: Cautelar (meramente conservativa) e Antecipada (satisfativa).

1.2. Espécies de tutela provisória: urgência e evidência

O Código de Processo Civil de 2015, no art. 294, procurou conferir melhor sistematização ao instituto. Em primeiro lugar, denominou-o Tutela Provisória, visando a possibilitar sua identificação no sistema das tutelas jurisdicionais. A expressão leva em consideração a principal característica dessa modalidade de tutela, comum em todas as suas espécies, e apta a distingui-la da Tutela Definitiva, cuja finalidade é eliminar a crise de direito material.

Pois bem. Em atenção a construção doutrinária já consagrada, previram-se duas espécies do gênero Tutela Provisória. A primeira, destinada a eliminar o perigo de dano grave e de difícil reparação, à qual denominou-se Tutela de Urgência (art. 300). Para obtê-la, necessária a demonstração do motivo capaz de comprometer a efetividade da tutela final e definitiva (*periculum in mora*), além da verossimilhança do direito

alegado (*fumus boni iuris*).

Identificou-se também no sistema processual outra modalidade de Tutela Provisória. Trata-se da agora chamada Tutela da Evidência, cujo fundamento é a existência de determinada situação que, ao ver do legislador, autoriza a imediata e provisória proteção do suposto direito afirmado na inicial (art. 311). Nesse caso, não se verifica o risco de dano grave ou de difícil reparação, mas as circunstâncias justificam a inversão das consequências suportadas em regra pelo autor, em razão da demora do processo. A antecipação da tutela prevista no art. 273, inciso II e a liminar possessória (art. 928), ambas no Código de Processo Civil de 1973, são exemplos típicos. Em nenhum desses casos, cogitava-se do *periculum in mora*. Bastava a verossimilhança. Nada mais fez o legislador de 2015, portanto, do que reunir hipóteses legais reguladas de forma esparsa e regulá-las em um único dispositivo (art. 311). Essa modalidade de tutela provisória, ao contrário do que pode parecer aos menos avisados, requer a demonstração da plausibilidade do direito alegado. Interpretação diversa contraria a própria natureza dessa modalidade de tutela jurisdicional e a própria denominação a ela atribuída pelo legislador (Tutela da Evidência). Não é crível que se admita a proteção provisória de direito inverossímil.

A Tutela Provisória, que se opõe à final e definitiva, pode fundar-se, portanto, na urgência (perigo e plausibilidade) ou na evidência (plausibilidade).

A tutela de urgência, espécie do gênero tutela provisória, destina-se, como visto, a assegurar a eficácia prática da tutela definitiva. A

observância do devido processo legal, com as garantias constitucionais a ele inerentes, impede seja a tutela jurisdicional definitiva prestada imediatamente. O tempo, normalmente mais longo do que o desejado por quem necessita do processo para a solução de determinada controvérsia, é fenômeno inexorável.

Nem sempre, a demora natural do processo, necessária para que se cumpram as normas destinadas a conferir-lhe segurança (contraditório, ampla defesa, produção de provas, duplo grau, fundamentação das decisões, publicidade, juiz natural etc), é compatível com a utilidade da tutela final esperada por quem dela precisa. Surge então a necessidade de o sistema processual prever mecanismos destinados a afastar o risco de dano ou o risco ao resultado prático do processo (art. 300), causado por especificidades do direito material discutido ou por outro aspecto estranho ao processo. Esses fatores, somados ao tempo, podem impedir que o titular de determinado direito, reconhecido no plano jurisdicional, possa usufruí-lo adequadamente.

A tutela provisória de urgência constitui o principal instrumento processual adotado pelo legislador, para proteger o direito verossímil, plausível, de fatos cuja verificação podem tornar inútil a tutela jurisdicional. Já a tutela da evidência visa a conferir maior utilidade prática ao resultado do processo, antecipando efeitos de tutela jurisdicional definitiva, cuja concessão revela-se altamente provável.

1.3. *Tutela provisória antecipada: urgência e evidência no Código de 1973*

Sem dúvida nenhuma, a antecipação de tutela, tal como prevista pelo legislador brasileiro, não encontra similar nos demais sistemas processuais do mundo contemporâneo, inclusive pela especificidade procedimental.

No Código anterior, as duas situações que possibilitavam a antecipação não guardam semelhança no tocante às razões determinantes de sua adoção.

Enquanto a hipótese do art. 273, inciso I, visava a assegurar o resultado útil do processo diante de situação de perigo, a previsão do inciso II tinha objetivos diversos. Sua finalidade era tão-somente acelerar os efeitos da prestação jurisdicional, sem qualquer consideração quanto a risco de dano. Considerava-se apenas o alto grau de probabilidade da existência do direito, revelado pelo comportamento do réu. Tratava-se de providência destinada a eliminar o grande mal dos processos, qual seja, a demora, responsável pelo denominado dano marginal.⁹ A entrega da tutela no menor tempo possível tem sido preocupação constante da moderna ciência processual.¹⁰

Ambas, todavia, tinham por escopo obviar os males do tempo no processo. A primeira, porque situação concreta está a ameaçar a efetividade da tutela final; a outra, apenas porque a demora normal do processo não se justifica ante o intuito protelatório revelado pelo do réu.

Em suma, são duas situações distintas que, ao ver do legislador,

⁹. Como bem observa Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, o dano marginal normalmente é suportado pelo autor. Com a antecipação prevista no inciso II, inverte-se a situação, em razão da deslealdade processual do réu: “Trata-se de redistribuir o ônus do tempo do processo, pois passa a ser injusto que o demandante continue a suportá-lo quando for provável a existência de seu direito e o demandado aja de forma desleal” (*Tutela antecipada sancionatória*, p. 63).

¹⁰. Cfr. Arruda Alvim, “Tutela antecipatória”, p. 19.

justificavam seja a tutela prestada antecipadamente.¹¹

Os dois incisos do art. 273 representavam a admissibilidade de antecipação dos efeitos do pronunciamento final, ou seja, nada mais eram do que medidas destinadas a adiantar efeitos da sentença, até mesmo liminarmente.

Como já lembrado inúmeras vezes, a tutela provisória cautelar devia ser pleiteada autonomamente, mediante ação e processo cautelar, nas hipóteses nominadas (CPC, arts. 813 e ss.). O mesmo ocorria em relação às inominadas, decorrentes do poder geral de cautela (CPC, arts. 798 e 799), se tivessem caráter conservativo.

Já a provisória antecipada, que implicava satisfação provisória para resguardar a utilidade da definitiva, estava prevista em alguns procedimentos específicos ou de forma genérica, pelo art. 273.

Segundo esse dispositivo, não havia necessidade da propositura de demanda para obter-se a antecipação de efeitos do provimento definitivo, pois a medida podia ser requerida incidentalmente, ou seja, no próprio processo cognitivo.

Apenas em caráter excepcional se admitia, se presentes os requisitos legais, a utilização de via autônoma para a cautelar satisfativa, sob pena de frustrar-se o objetivo do legislador, que, de forma inequívoca, exigia mais rigor na concessão dessa espécie de tutela provisória.¹²

¹¹. Dinamarco bem sintetiza a intenção do legislador: “O novo art. 273 do Código de Processo Civil, com a consciência de estar instituindo uma arma contra os males que o tempo pode causar aos direitos e aos seus titulares, figura duas situações indesejáveis a serem debeladas mediante a antecipação da tutela” (*A reforma*, p. 147).

¹². Não parecia possível, ao contrário do que afirma Marcelo Lima Guerra, que a cautelar antecipatória pudesse ser obtida quer pela via autônoma, quer incidentalmente, cabendo ao autor a opção (cfr. *Estudos*, p. 102). A tutela jurisdicional deve ser requerida pela via

Em relação a esses aspectos, houve alteração substancial da técnica pelo legislador de 2015. Em primeiro lugar, o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte tornou-se hipótese de tutela provisória da evidência, dispensada expressamente a demonstração do perigo de dano (art. 311, *caput* e inciso I). Do ponto de vista procedimental, não há mais necessidade de processo autônomo para o pedido de tutela provisória cautelar. Tanto quanto a antecipada, ela pode ser requerida incidentalmente ou mediante petição apresentada antes de formulado o pedido principal, mas em um único processo.

adequada, sob pena de configurar-se a carência da ação por falta de interesse processual, cuja existência depende da correlação entre a situação afirmada e o mecanismo processual previsto para solucioná-la: “Como projeção do que se dá em relação à própria utilidade da tutela jurisdicional (...), é a lei que faz o juízo dessa adequada correlação e estabelece espécies de processo e tipos de provimentos a serem dispensados em cada categoria de situações ou pretensões que prevê, com vista a evitar desperdícios ou injustiças e extrair do exercício da jurisdição todo o possível e integral proveito útil” (cfr. Dinamarco, *Execução civil*, p. 430). Se o legislador regulamenta procedimento incidental para a cautelar antecipatória, o processo autônomo é, em princípio, inadequado. A via correta é aquela indicada pelo art. 273, mesmo porque não se pode escapar dos requisitos ali previstos. Também não se vislumbra o risco apontado pelo autor, de que a antecipação incidental possa trazer conturbações para o desenvolvimento do processo (*Estudos*, p. 105). A introdução de elementos novos na relação processual originária é admitida em outras situações, como na intervenção de terceiros, sem que isso comprometa o resultado do processo. Haverá, na verdade, simplificação procedimental, pois deixarão de existir os autos do processo cautelar, que, na prática, eram relegados ao esquecimento, pois todos os atos acabavam sendo praticados nos autos do próprio processo principal. E o suposto aprimoramento da técnica cautelar, introduzido pelo Código de 1973, não produziu o resultado prático previsto. Tanto é verdade que Galeno Lacerda, entusiasta inicial do modelo então adotado, penitenciou-se, reconhecendo a desnecessidade, na grande maioria dos casos, de processo cautelar autônomo (cfr. “Função e processo cautelar”, pp. 6-8). Não se exclui, todavia, a conveniência e a necessidade de, em certos casos, admitir-se a tutela antecipada em procedimento autônomo. Caberá ao juiz verificar se a situação justifica a solução excepcional (cfr. n. 9 deste capítulo). A conclusão recebeu adesão expressa de Dinamarco, sob o fundamento de que, tratando-se de imperativo constitucional do acesso à justiça, admissível a antecipação antes ou depois de proposta a demanda principal. O autor aborda ainda o problema da competência e do limite temporal do art. 808, I, do CPC (cfr. “O regime jurídico”, ns. 11, 12 e 13).

1.4. Tutela diferenciada de urgência e da evidência: aspectos da técnica procedimental e de caráter substancial

Uma das técnicas destinadas a abreviar a produção de efeitos do resultado pretendido com a propositura da demanda, ou de assegurar a eficácia da tutela final mediante a adoção de providências conservativas, é a adotada pelo Código de 2015. Consiste em regular esses mecanismos no próprio procedimento comum, independentemente de outro processo. Permite-se a antecipação provisória da solução postulada, enquanto não puder ser deferida definitivamente. Admite-se a adoção de medidas protetivas, visado a evitar a eficácia prática do pronunciamento final e definitivo. São modalidades de tutelas diferenciadas introduzidas no seio do mesmo procedimento ordinário, com conteúdo antecipatório ou conservativo (cautelar).

Com isso, tenta-se conciliar, sem maiores complexidades procedimentais, a celeridade com a certeza, valores quase antagônicos no processo, pois a busca da rapidez pode comprometer a correta formação do convencimento do julgador.

A solução provisória e a definitiva decorrem de juízos diversos quanto à realidade substancial apresentada, pois diferente em cada uma delas o nível de cognição do juiz.

Duas são as razões que justificam a adoção desse mecanismo interlocutório no procedimento comum. O risco de inutilidade prática do

resultado final, o que levaria à instituição de medidas assecuratórias ou antecipatórias, destinadas a preservar o bem da vida necessário à efetividade da tutela final ou a permitir sua eficácia, total ou parcial. Ambas as providências são provisórias e visam a atender situações urgentes.¹³

Em algumas hipóteses, todavia, o legislador autoriza a antecipação provisória, independentemente desse perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Contenta-se com a probabilidade de o autor ter razão. Convencendo-se o juiz de que a pretensão deduzida na inicial tem alta chances de ser atendida, poderá conceder-lhe a possibilidade de fruição provisória do bem da vida pretendido.

Lícito concluir, portanto, juntamente com renomado processualista pátrio, que a tutela diferenciada está fundada ora na urgência da prestação jurisdicional, ora na evidência de que o direito afirmado existe. Temos, pois, como espécies de tutela diferenciada, a tutela de urgência e a de evidência.¹⁴

Muitas vezes, afirma-se, os dois requisitos são exigidos cumulativamente para permitir a concessão de alguma modalidade de medida antes do provimento final. O risco e a plausibilidade devem ser conjugados e se resumem no *periculum in mora* e no *fumus boni iuris*.

A tutela diferenciada, portanto, pode estar vinculada ao valor urgência, ao valor evidência ou a ambos. Na antecipação de prova, por exemplo, leva-se em conta apenas a urgência; a liminar possessória e a

¹³. “Colocando-se-o sob custódia judicial a fim de que ele se conserve com o mínimo de desgaste ou deterioração até que se decida de sua titularidade” (Adroaldo Furtado Fabrício, “Breves notas”, p. 12).

¹⁴. A construção é de Adroaldo Furtado Fabrício, exposta nos trabalhos acima citados.

antecipação baseada no abuso do direito de defesa já dependem apenas da plausibilidade do direito, ou seja, da evidência; o sequestro, por fim, só pode ser concedido se presentes o risco e a plausibilidade, ou seja, a urgência e a evidência.¹⁵

De fato, nos exemplos acima apontados encontramos tutela diferenciada informada exclusivamente pelo valor urgência (produção antecipada de provas) ou por ambos (sequestro). A antecipação de efeitos da sentença, por sua vez, pode estar ligada apenas ao valor evidência (liminar possessória ou em razão do abuso do direito de defesa).

Convém observar, todavia, que a tutela sumária fundada na evidência somente é admitida se expressamente prevista no sistema. Em caráter genérico, esse elemento é insuficiente à concessão da medida, sendo necessária a presença do perigo de dano. O poder geral de concessão de tutelas sumárias e provisórias está relacionado à evidência e à urgência (v. CPC, art. 300 e Cap. V, nn. 25 e 46, e 4 deste Capítulo).¹⁶

Os fatores urgência e evidência, todavia, não são aptos a identificar a natureza da tutela jurisdicional. O mandado monitório encontra fundamento apenas na evidência e nada tem de provisório.

É inegável que esses valores são sempre considerados pelo legislador, separada ou cumulativamente, para autorizar alguma forma de tutela diferenciada. Mas a eficácia dessa tutela poderá atingir o plano

¹⁵. Segundo Adroaldo Furtado Fabrício, a quem se deve a interessante construção, essa circunstância não é suficiente para distinguir a cautela da antecipação de tutela, mas contribui, ao lado de outros elementos, para solução do problema (cfr. “Breves notas”, p. 12).

¹⁶. Nesse sentido, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, ao refutar posição favorável à antecipação de tutela prevista no inciso II do art. 273 sempre que provável a existência do direito (*Tutela antecipada sancionatória*, p. 56).

material de forma definitiva. Trata-se de tutela diferenciada final, informada por um dos valores acima apontados, ou por ambos. É estruturada pelo legislador de forma tal que constitui ou pode constituir a única solução para a situação substancial litigiosa. Mandado de segurança e tutela monitória são exemplos típicos.

Outras vezes, porém, o legislador, também levando em conta a urgência e/ou a evidência, autoriza soluções provisórias, meramente conservativas ou antecipatórias, sempre pensando em assegurar o resultado final, definitivo, que ainda não se produziu.

Essa modalidade de tutela diferenciada, tipicamente instrumental e provisória, assume a função de tutela de segurança. Tal conclusão não fica comprometida com a existência de tutelas antecipadas e provisórias, informadas apenas pelo valor evidência: possessórias (art. 562), embargos de terceiro (art. 678).

Nessas hipóteses, o legislador, considerando peculiaridades da relação de direito material, permite sejam adotadas medidas provisórias, de caráter antecipatório, para elevar o grau de utilidade do suposto provimento final, que se apresenta altamente provável. Trata-se de medida provisória, cujo escopo é preservar ao máximo a efetividade da tutela jurisdicional. Tendo em vista características da situação, fica dispensado o risco concreto de dano. Busca-se afastar o mal causado pela demora do processo (dano marginal), por si mesmo fator de risco para a utilidade do resultado.

O fundamental para determinação da natureza da tutela é sua estrutura. Por esse ângulo, a tutela jurisdicional pode ser definitiva e final ou provisória e instrumental.

Trata-se de critério homogêneo de classificação, dotado de

extrema utilidade para a sistematização da tutela jurisdicional, especialmente a categoria das tutelas precedidas de cognição sumária. Com base nele parece possível insistir no caráter cautelar do provimento antecipatório. Ou, para não nos perdermos em questões puramente terminológicas, talvez seja conveniente afirmar a existência de uma categoria de tutela jurisdicional, informada pela cognição superficial, de caráter provisório e instrumental, voltada para o fim de conferir plena efetividade ao processo. Destina-se a afastar o perigo de dano causado por algum acontecimento concreto ou pelo mero estado de insatisfação do direito.

A tutela provisória, com conteúdo conservativo ou antecipatório, se opõe a outra, de caráter definitivo e com função diversa no sistema, pois tem o escopo de definir juridicamente o litígio, declarando e atuando a regra material. Já a tutela final tem a função de pôr termo à crise de direito material, mediante a imposição coercitiva da regra substancial à situação controvertida. É normalmente precedida de cognição exauriente e fundada em juízo de certeza. Em caráter excepcional, o legislador pode admiti-la com base em conhecimento sumário da realidade jurídico-material, contentando-se com o juízo de probabilidade.¹⁷

Pois bem. Como já destacado em diversas oportunidades, o legislador de 2015 sistematizou a categoria das tutelas provisórias e instrumentais, dividindo-as em duas espécies, segundo a necessidade ou não de demonstração do risco de dano: tutela de urgência, que pode ser meramente conservativa (cautelar) ou satisfativa (antecipada), e tutela da

¹⁷. Trata-se da denominada tutela de evidência (cfr. Luiz Fux, *Tutela de segurança*, pp. 305 e ss.).

evidência. Esta última prescinde do *periculum in mora* e pode ser concedida em determinadas situações expressamente descritas (art. 311).

1.5. Espécies de tutela provisória de urgência: identidade de escopos

As tutelas provisórias meramente conservativas (cautelar) e satisfativas (antecipada) são medidas com idêntica função no sistema, qual seja, a de harmonizar dois valores muitas vezes contrapostos: segurança jurídica e efetividade da jurisdição.

No Código revogado, estavam sujeitas a regimes processual e procedimental diversos, pois a tutela provisória conservativa era a requerida em demanda e processo autônomos (arts. 798 e ss.), o que não ocorria com a satisfativa (art. 273). Além disso, a conservativa satisfaz a necessidade de urgência quanto à futura certificação ou execução do direito. Já a antecipada é adequada para hipóteses nas quais a urgência está relacionada aos próprios efeitos da tutela definitiva pretendida. Por isso, no que se refere à eficácia fática, uma coincide com o resultado final, ao passo que a outra guarda autonomia quanto ao conteúdo.

O resultado prático da medida antecipada identifica-se, ainda que parcialmente, com a satisfação espontânea do direito; na conservativa, o efeito não possibilita ao titular do suposto direito usufruí-lo, pois limita-se a assegurar que tal possa ocorrer.

Por derradeiro, a tutela provisória conservativa tem duração limitada e a situação fática criada com sua concessão é necessariamente desfeita; a tutela antecipada, ao contrário, pode ter sua eficácia perpetuada no tempo por força de outra decisão, o que ocorre se a demanda for

acolhida.¹⁸

Todas essas diferenças têm a mesma origem, qual seja, a identificação, total ou parcial, entre os efeitos produzidos pela antecipação da tutela e aqueles decorrentes da tutela final.

Elas efetivamente existem, pois a finalidade de segurança tem objetos diversos: prova, bens ou o próprio resultado final. Mas em ambos os casos existe provisoriedade, decorrente da própria finalidade instrumental dessa modalidade de tutela, destinada a garantir a utilidade do resultado final, seja assegurando por meio de medidas constritiva (arresto, sequestro), seja antecipando efeitos. Embora o conteúdo seja diverso, o escopo é único.¹⁹

Tanto quanto a conservativa, a tutela antecipada não se destina a reger em definitivo a situação material. É também temporária, pois tem duração limitada, deixando de vigorar no momento em que a tutela definitiva for proferida. Os efeitos práticos antecipados por força da tutela provisória podem continuar subsistindo se a probabilidade do direito reconhecida mediante cognição sumária for confirmada em caráter

¹⁸. Segundo alguns, consolidando “de modo definitivo a situação fática decorrente da antecipação” (Teori Albino Zavascki, “Medidas cautelares e medidas antecipatórias”, p. 46). A consolidação da situação fática decorre da eficácia jurídica da decisão final, que a tutela antecipada não possui. Exatamente por isso, são modalidades substancialmente diversas de tutela jurisdicional.

¹⁹ Não obstante o respeitabilíssimo entendimento doutrinário, segundo o qual a tutela antecipada, dado seu caráter satisfativo, visa a afastar o risco à utilidade do próprio direito material, não do processo, como ocorre com a tutela provisória cautelar (cfr. Humberto Theodoro Júnior, Curso cit., p. 685), tenho para mim que esses escopos, por guardarem relação de causa e efeito, estão presentes em ambas as modalidades de tutela provisória de urgência. Se o processo é instrumento do direito material, qualquer providência destinada a assegurar a utilidade prática da tutela final garante, como consequência lógica, a efetividade do direito objeto da proteção jurisdicional. Esse resultado pode decorrer de medidas meramente conservativas (cautelares) ou satisfativas (antecipadas).

definitivo.

No Código de 1973, as tutelas de urgência eram regulados pelos arts. 273 (tutela antecipada) e 796/889 (tutela cautelar). Não obstante as diferenças procedimentais, ambas eram caracterizadas pela provisoriedade, motivo pelo qual não havia diferença substancial entre os respectivos regimes jurídicos.

Jamais aceitei o entendimento segundo o qual a tutela antecipada deveria ser considerada categoria autônoma, completamente distinta da cautelar. Trata-se, na verdade, de tutela fundada em cognição sumária, de urgência, em princípio provisória, muito embora possa o legislador, excepcionalmente, atribuir-lhe definitividade.²⁰

Em síntese, a tutela jurisdicional pode ser provisória ou definitiva, devendo cada qual ser regulada em conformidade com as respectivas finalidade e especificidades.

1.6. Tutelas de urgência antecipada e cautelar: divergência terminológica

Consideradas as premissas expostas no item anterior, extraem-se algumas conclusões sobre a concepção de tutela cautelar, defendidas ainda na vigência do Código de 1973, após a alteração do art. 273 pela lei n. 8.952, de 13.12.94. Elas estão fundadas nos aspectos que, a meu ver, norteiam a ideia de cautelaridade, a respeito dos quais a doutrina

²⁰. Também nega utilidade sistemática à categoria da tutela antecipada Pasquale Frisina, “La tutela anticipatoria”, pp. 383-384.

controvertia e a divergência implicava sérias repercussões práticas.²¹

Considero relevante reproduzir essa situação, até para deixar bem clara a linha adotada pelo legislador de 2015, cujo objetivo foi eliminar a polêmica teórica e uniformizar a técnica destinada a regular todas as modalidades de tutela provisória.

Para alguns, cautelar significa apenas assegurar conservando, sem satisfazer. Já outros entendem como cautelar o provimento instrumental destinado a assegurar provisoriamente o resultado final, mediante providências com conteúdo conservativo de situações jurídicas ou antecipatório de efeitos da pretensão.

Aliás, mesmo quem negava à antecipação natureza cautelar acabava afirmando haver semelhança entre as medidas autorizadas pelos arts. 273 e 798 do Código anterior, pois ambas eram espécies do gênero tutelas de urgência e se submetiam aos mesmos princípios. Têm idêntica finalidade, visto que se destinam a evitar o dano. São estruturadas de

²¹. Moniz de Aragão, por exemplo, entendia como cautelares apenas as medidas conservativas, ou seja, destinadas a conservar o estado de fato até o final do processo. Aquilo que antecipa o resultado final ultrapassa esse limite, pois não tem o objetivo de acautelar. Medida dessa natureza inova, às vezes de forma irreversível. Reconhecia o autor, todavia, que a concepção do fenômeno depende do conceito mais amplo ou mais restrito de cautelar: “Com efeito, para os que veem no processo cautelar apenas um conjunto de meios aptos a assegurar a eficácia do processo principal e do julgamento nele proferido, suas medidas não podem exceder o limite da mera conservação; para os que nele enxergam, outrossim, um meio de assegurar aos próprios litigantes a efetividade do direito nele declarado, as medidas cautelares podem ultrapassar o limite da mera conservação e entrar no terreno da inovação, antecipando, no todo ou em parte, a solução final” (“Alterações no Código de Processo Civil”, p. 236). Em sentido amplo, portanto, a tutela antecipada pode ser considerada cautelar. As características exigidas pelo legislador, quanto a provisoriedade, revogabilidade, modificabilidade e reversibilidade da medida, são próprias dessa modalidade de tutela. O legislador italiano, exatamente com o intuito de valorizar a natureza instrumental da tutela cautelar, trata da possibilidade de modificação ou revogação da medida no curso do processo principal e determina a cessação de seus efeitos se o processo principal não for iniciado no prazo legal e se o pronunciamento final for desfavorável ao requerente (cfr. Achille Salletti, “Appunti sulla nuova disciplina”, pp. 380 e ss.).

maneira igual, pois provisórias, passíveis de revogação e modificação, tudo em razão da instrumentalidade. Por fim, a sumariedade da cognição se verifica em ambas, embora se possa exigir maior intensidade em uma do que em outra.²²

Com isso, a divergência passaria a ser meramente terminológica.²³

O Código de 2015, embora confira significado restrito ao termo “cautelar”, trata essa modalidade como uma das espécies de “tutela provisória”, ao lado da “antecipada”.

1.7. Tutelas antecipada e cautelar: semelhanças e diferenças

²². Cfr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Perfil dogmático*, pp. 30-31. Conclui o ilustre processualista do Rio Grande do Sul que a tutela cautelar e a tutela antecipada são espécies do gênero tutela de urgência destinada a prevenir o dano ao direito provável. Reconhece, todavia, que a questão é meramente terminológica, tanto que acaba por sugerir a substituição da expressão tutela cautelar por tutela de urgência (cfr. *Perfil dogmático*, p. 34). Essa é a principal conclusão de magnífico estudo realizado por Cândido Rangel Dinamarco. Como, em seu entender, trata-se de espécies do mesmo gênero, à tutela antecipada deve ser aplicado o mesmo regime jurídico das cautelares. Refere-se ao poder geral de antecipação (cfr. “O regime jurídico”, ns. 9 e 10). De minha parte, anoto ser este o objetivo principal da sistematização aqui tentada. De pouca relevância o aspecto terminológico do fenômeno. Essencial é identificá-lo e buscar soluções homogêneas para as duas categorias de tutela de urgência, pois ambas, em última análise, visam a evitar que o fator tempo acabe comprometendo a efetividade da tutela final.

²³. Conclui Ovídio Baptista da Silva que a distinção entre tais tutelas não reside no perigo de dano, mas na natureza de cada uma delas: “Se houver, na liminar, sentido antecipatório de algum efeito da futura sentença de mérito, estaremos em presença de um caso de *execução-para-segurança*, *execução urgente*, e não de simples tutela de mera segurança” (“A ‘antecipação’”, p. 138).

Toda antecipação significa sacrifício de postulados inerentes ao devido processo legal, especialmente o contraditório e a ampla defesa. É a opção legislativa pelo valor *efetividade*, em detrimento da segurança do resultado. Mas a provisoriedade permite que, em momento posterior à decisão antecipatória, toda a atividade destinada à cognição plena, ao contraditório e à ampla defesa se desenvolva, para possibilitar a tutela final e definitiva, que irá efetivamente regular a situação substancial.

Mais simples, portanto, o critério apresentado por Calamandrei e Proto Pisani, seguido no Brasil por Galeno Lacerda e, em parte, por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: tais medidas são cautelares, pois não se destinam a resolver de forma definitiva a situação de direito material, mas apenas a proporcionar a determinação de soluções urgentes, necessárias a conferir utilidade à tutela jurisdicional, cuja concessão revela-se provável.²⁴

Não vejo motivo para a criação de forma autônoma de tutela de urgência, com todas as características da cautelar, apenas pelo caráter antecipatório da medida ou pelo rigor eventualmente maior quanto à probabilidade de existência do direito.²⁵

²⁴ Com o devido respeito, discordo do entendimento segundo o qual a tutela cautelar ou antecipada não tem natureza instrumental, pois sua função é exatamente assegurar a utilidade do resultado final, quando demonstrada a probabilidade da existência do direito. Assim deve ser entendida a relação entre instrumentalidade e atividade jurisdicional, referida por Calamandrei, visto ser a proteção aos interesses juridicamente tutelados o escopo da Jurisdição. Admitida essa premissa, a remoção do interditando, quando necessária, é, sim, medida destinada a assegurar o resultado do processo de interdição e, portanto, o objetivo da função jurisdicional do Estado. Por fim, a medida é eminentemente provisória, não definitiva. Decretada a interdição, será fixada definitivamente a forma como se realizará a curadoria do incapaz. Embora reconheça a força dos argumentos desenvolvidos por quem defende posição contrária (cfr. Araken de Assis, *Direito processual cit.*, p. 375), peço vênias para deles divergir.

²⁵ Pasquale Frisina, embora aceite a categoria da tutela cautelar antecipatória, a distingue da *tutela interinale*, proferida “sulla base delle risultanze di causa acquisite fino al momento della pronuncia, risultanze che sarebbero di per sé sufficienti ad accogliere in tutto o in parte la

Além de tudo, pelo ângulo ora examinado, as tutelas provisórias, amparadas no plano constitucional, se identificam pela função que exercem no sistema, qual seja, a de eliminar a colisão entre a segurança jurídica e a efetividade da jurisdição, ambos considerados direitos fundamentais componentes do devido processo legal.²⁶

No tocante à antecipação determinada pelo perigo de inutilidade da providência definitiva, indiscutivelmente estão presentes todas as circunstâncias que caracterizam a tutela cautelar.

Nem o aspecto satisfativo da medida constitui óbice à natureza cautelar dessa hipótese de antecipação. Embora haja certa coincidência entre os efeitos dessa tutela e aqueles inerentes à providência definitiva, a provisoriedade constitui o aspecto distintivo de ambas. Pode haver, pois, sobreposição prática de eficácia, mas não identidade de objetos.²⁷

Na tutela satisfativa final pretende-se a solução definitiva da controvérsia, bem como que se tornem definitivos os efeitos antecipados

domanda se non contrastate da altre non ancora emerse o conosciute, ma che possono emergere in momenti successivi dello stesso processo dando luogo alla revoca della misura interinale". Ele próprio faz referência à sugestão doutrinária de tratamento unitário a essas medidas, tendo em vista os elementos comuns. Parece-me ser tal solução sistematicamente melhor, visto que inclui em uma mesma categoria tutelas jurisdicionais com a mesma estrutura e finalidade (cfr. "La tutela anticipatoria", p. 372). No Brasil, Donaldo Armelin parece acompanhar a posição de Frisina, ao afirmar a distinção entre a técnica da tutela jurisdicional definitiva precedida de cognição sumária e aquela representada pela antecipação provisória dos efeitos dessa tutela definitiva. Prefere, todavia, considerar essa última categoria de forma autônoma, sem identificá-la com a tutela cautelar (cfr. "Tutela jurisdicional diferenciada", p. 50). Embora considere diferentes as duas modalidades de tutela de urgência, Eduardo Arruda Alvim reconhece que "a medida antecipatória de tutela concedida com espeque no inc. I do art. 273 se reveste de um certo 'quê' de cautelaridade" (*Antecipação de tutela*, p. 174; v. tb. p. 417, n. 12).

²⁶. Em sentido contrário, insistindo na distinção entre as duas formas de tutela provisória, não obstante as características comuns e a identidade de função constitucional, cfr. Teori Albino Zavascki, "Medidas cautelares e medidas antecipatórias", pp. 36 e ss.

²⁷. Cfr. Arruda Alvim, "Tutela antecipatória", p. 14.

provisoriamente, antecipação, essa, destinada apenas a dotar de utilidade o resultado do processo.²⁸

Por isso é que a tutela antecipada “precipita no tempo” o possível resultado final e definitivo do processo, que deverá prosseguir até que este seja alcançado.²⁹

Inadmissível, pois, a satisfação definitiva do direito com a tutela antecipada, cujo objetivo é tão somente assegurar a utilidade do resultado, antecipando provisoriamente os respectivos efeitos. É da própria essência da tutela antecipada a característica da provisoriedade, ou seja, a inaptidão para regular indefinidamente a relação controvertida. Sua eficácia está necessariamente limitada no tempo, ou seja, seus efeitos perduram pelo período necessário à concessão do provimento definitivo, que o substitui.³⁰

Em consequência, aplicam-se à tutela antecipada todas as conclusões inerentes à cautelar, especialmente aquelas relacionas à instrumentalidade, à provisoriedade e à revogabilidade.³¹

²⁸. Essa providência, consistente em antecipar provisoriamente os efeitos do pronunciamento final do processo, é abrangida pelo fenômeno processual que Arruda Alvim intitula de “medida cautelar *lato sensu*” e que pode implicar a própria satisfação do direito postulado na inicial: “Em relação a estas, o que se pode acentuar é que do ponto de vista prático adiantam parte, ou, eventualmente, todo o resultado final, ainda que, de uma perspectiva de qualificação jurídica, sejam descoincidentes os resultados; ou, então, a cautelar é concedida sob um fundamento e a principal – se o resultado empírico for similar àquele de concessão da cautelar; vale dizer, quando a situação de fato, instaurada pela concessão da cautelar, sobreviver com a sentença – sob outro fundamento, diferente. E isto explicar-se-á diante da circunstância de que, inócua essa cautelar, a solução prática do processo principal, supondo-se vitória do autor (e requerente da cautelar), resultaria inócua, ou ponderavelmente inócua” (“Tutela antecipatória”, p. 16; v. tb. p. 17, nota 5).

²⁹. Cfr. Arruda Alvim, “Tutela antecipatória”, p. 18.

³⁰. Cfr. Tommaso, “Provvedimenti di urgenza”, p. 861, para quem a provisoriedade cautelar se resolve inteiramente na limitação temporal da eficácia do provimento.

³¹ V. Cap. V, nn. 13 a 16. A propósito da revogabilidade da tutela antecipada, v. Resp

Por tais fundamentos, considero adequado o tratamento dado ao tema pelo Código de 2015, inclusive do ponto de vista da nomenclatura. Atendeu-se ao anseio de parte da doutrina, segundo a qual antecipação de efeitos, por implicar satisfação fática da pretensão, é incompatível com a ideia inerente à proteção mediante medidas de natureza cautelar. Por outro lado, e esse é o ponto essencial, reconheceu-se a semelhança entre essas espécies de tutela, razão pela qual elas foram reunidas sob o título de *tutelas provisórias*.

1.8. Tutela provisória e definitiva no Código de 2015

A regulamentação da tutela provisória pelo Código de 2015, se comparada com o Código de 1973, sofreu alteração substancial.

Relembrem-se alguns aspectos já apontados em passagens anteriores.

O legislador processual adotou o termo *tutela provisória* para identificar modalidade de tutela jurisdicional cujo escopo não é, ao menos em princípio, solucionar definitivamente a crise de direito material.

A definição da regra a ser aplicada ao caso concreto e a respectiva efetivação prática dessa decisão, com a consequente extinção do litígio e a obtenção da pretendida pacificação social, são alcançadas pelas tutelas cognitiva e executiva.

193.298-MS, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, em que se admitiu a revogação *ex officio* da tutela antecipada, independentemente de fatos novos. Cfr. tb. Teori Zavascki, Antecipação da tutela, pp. 113/114.

Ao final da fase cognitiva do processo, o juiz profere sentença (declaratória, constitutiva, condenatória e, para quem admite a denominada classificação quinária, mandamental e executiva *lato sensu*). Essas decisões põem termo à controvérsia e tendem a tornar-se definitivas, adquirindo a qualidade da coisa julgada. Quando necessário, o processo prossegue com a prática de atos executivos, destinados à efetivação prática da tutela cognitiva. Isso ocorre, normalmente, nas hipóteses de sentenças condenatórias. Nesses casos, finda a fase cognitiva com a sentença (art. 203, § 1º), inicia-se, em seguida, a fase do cumprimento de sentença (Código de Processo Civil de 2015, arts. 513 e ss.). É possível, ainda, a realização de atos executivos independentemente da prévia atividade cognitiva do juiz. Tal se dá nos processos de execução fundados em título extrajudicial (Código de Processo Civil de 2015, arts. 771 e ss.).

Esse é, em linhas gerais, o sistema destinado à eliminação das crises verificadas no plano do direito material e submetidas à atividade jurisdicional do Estado.

Para alcançar esse resultado, todavia, necessário o desenvolvimento regular do processo, para que as partes possam expor suas pretensões ao juiz e ele, responsável por controlar a observância de todas as regras destinadas a regulamentar esse método de trabalho concebido pelo legislador, tenha condições de solucionar o litígio, formulando e efetivando praticamente a regra de direito material.

É, portanto, o instrumento por meio do qual o juiz, no exercício de sua atividade, busca alcançar o escopo da função jurisdicional, qual

seja, a atuação do direito e a pacificação social. Para tanto, princípios, normas e garantias, constitucionais e infraconstitucionais, devem ser respeitados. Em outras palavras, o método de trabalho concebido para a solução das controvérsias pela via jurisdicional corresponde ao fenômeno designado pela doutrina como devido processo constitucional e legal.

Nessa medida, admitida a premissa segundo a qual o processo deve desenvolver-se em conformidade com o modelo legal previsto pelo legislador, do qual fazem parte contraditório, ampla defesa, publicidade, fundamentação, juiz natural, duplo grau, legalidade procedimental etc, a entrega da tutela jurisdicional em caráter definitivo demanda tempo.

Dáí a necessidade de o legislador regular a atividade do juiz destinada a evitar que a demora do processo possa causar prejuízo à parte, cuja pretensão esteja amparada em argumentos plausíveis, verossímeis. Visa com isso a conferir maior dose de efetividade prática à tutela final, possibilitando a quem faz jus a ela obter resultados na medida do possível semelhantes ao cumprimento espontâneo do direito.

O Código de 1973 tratava desse tema de modo não sistemático, inclusive do ponto de vista procedimental. Regulava a tutela antecipada no art. 273 e a tutela cautelar, a ser obtida em processo autônomo, no Livro III, (arts. 796/889).

2. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA (ANTECIPADA E CAUTELAR)

2.1. Tutela provisória de urgência

O art. 300 do Código de Processo Civil prevê hipótese de tutela jurisdicional, antecipada ou cautelar, com nítida função de assegurar o resultado útil do processo. Sua concessão depende, entre outros requisitos, da existência de risco para a efetividade da tutela jurisdicional. É a urgência que justifica a providência, destinada a afastar o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.³²

A regra tem finalidade preventiva. Não se trata, pois, de modalidade de tutela com finalidade puramente aceleratória, cuja adoção leva em conta a natureza da relação material litigiosa, como ocorre, por exemplo, na antecipação possessória.³³

Por isso, aliás, a efetivação da medida deve limitar-se ao estritamente necessário para evitar esse dano.³⁴

A espécie antecipada não configura tutela de cognição sumária urgente e final, como já se viu, pois, em princípio, não apresenta a

³² Araken de Assis, em exaustiva e utilíssima abordagem, examina inúmeras hipóteses específicas de tutela provisória de urgência reguladas no Código e na legislação extravagante, versando sobre obrigações de fazer, garantias constitucionais, controle de constitucionalidade, rescisória, execução e demandas coletivas (Processo civil, pp. 513/566).

³³ Como bem observa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, cuida-se, aqui, de “autêntica e típica prevenção de dano, capaz de comprometer o próprio direito eventualmente reconhecido a final” (cfr. “Alcance e natureza da tutela antecipatória”, p. 114).

³⁴ Cfr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Perfil dogmático da tutela de urgência*, p. 12.

principal característica dessa forma de atuação jurisdicional, ou seja, a possibilidade de o provimento tornar-se definitivo. Essa afirmação é excepcionada pela regra da estabilização, segundo a qual admite-se o encerramento da fase cognitiva se o réu não impugnar a decisão (art. 304).

Não verificada a hipótese excepcional, o processo tem seguimento normal e, ao final, será prestada a tutela definitiva, confirmando ou não aquela apresentada antecipadamente.

Ainda que a demanda seja acolhida por sentença, não se pode concluir tenha havido a transformação da tutela antecipada em definitiva.³⁵ Os efeitos antecipados provisoriamente acabam adquirindo caráter, porque confirmados pelo pronunciamento final, cujo respectivo capítulo tem eficácia imediata, pois eventual apelação não é dotado de efeito suspensivo (art. 1.012, inciso V). Todavia, enquanto este não é proferido, permanecem eles tão provisórios quanto qualquer efeito decorrente da tutela provisória cautelar.

A possibilidade de o autor usufruir provisoriamente dos efeitos do provimento final antes do momento procedimental próprio deve-se ao perigo de que, se tiver de aguardar o término do processo, fique impossibilitado de fazê-lo. É exatamente esse elemento que caracteriza a tutela provisória. Se antecipada, os prováveis efeitos da futura sentença são imediatos; se cautelar, adotam-se medidas conservativas, assecuratórias.

³⁵. Esse é um dos aspectos destacados por Arruda Alvim para distinguir a tutela antecipatória da cautelar: enquanto esta última é intrinsecamente provisória, a primeira poderá tornar-se definitiva (cfr. "Tutela antecipatória", pp. 39 e ss.). Parece, todavia, que ela também é sempre provisória, pois será substituída invariavelmente pela tutela final, que poderá tomar definitivos efeitos anteriormente provisórios.

Ambas, com o fim de assegurar o resultado útil do processo.³⁶

Verifica-se, pois, que, além da provisoriedade, as duas espécies de tutela provisória de urgência dependem dos mesmos pressupostos da cautelar: perigo de dano e probabilidade da existência do direito.³⁷

Por isso, aliás, defendi no regime anterior, a natureza cautelar do art. 273, inciso I. A antecipação destina-se a assegurar o resultado prático do processo. Havia, em meu entender, perfeita identificação funcional desta solução urgente com as cautelares, pois para sua concessão era imprescindível o *periculum in mora*.³⁸

O reconhecimento do caráter cautelar da antecipação de tutela não implica admitir que as providências de natureza executiva eventualmente já levadas a efeito devam ser renovadas, agora em caráter definitivo.

Como já esclarecido, o Código de 2015 adotou esse entendimento. Apenas limitou o termo “cautelar” à tutela provisória

³⁶. Por isso Arruda Alvim encontra dificuldade em distinguir o dano evitável por uma medida cautelar *lato sensu* daquele a ser afastado pela antecipação da tutela (cfr. “Tutela antecipatória”, p. 28).

³⁷. Arruda Alvim procura encontrar diferenças entre o dano a ser evitado pela cautelar e o dano a que se refere o art. 273 (cfr. “Tutela antecipatória”, pp. 40 e ss.). Em primeiro lugar, afirma, há várias maneiras de se afastar o dano mediante tutela cautelar (CPC, art. 798). Já o do art. 273, só mediante antecipação. Mas entre as várias formas cautelares para evitar dano e assegurar a efetividade do provimento está exatamente a antecipação provisória dos efeitos. Ou seja, por esse raciocínio, a medida prevista pelo art. 273 seria uma espécie de cautelar. O problema não está na consequência, mas na concepção mesma de tutela cautelar. Também não vejo por que o dano ligado à cautelar seja necessariamente causado pela parte contrária, enquanto o outro, não. O risco de dano, em qualquer hipótese, decorre da impossibilidade de a tutela definitiva ser prestada de plano. Pode decorrer de comportamento da outra parte, ou não. O problema está relacionado ao tempo necessário para a entrega do provimento definitivo e à necessidade da medida urgente. A urgência decorre do perigo de dano, cuja origem, tanto na cautelar conservativa como na antecipatória, pode ou não estar ligada ao comportamento do adversário (cfr. especialmente pp. 42 e 43 do trabalho acima citado, onde o ilustre professor identifica diferenças e semelhanças entre as duas espécies de tutela, que, a seu ver, têm natureza distinta).

³⁸. Cfr. Marcelo Lima Guerra, *Estudos*, pp. 98-99.

conservativa, reservando à satisfativa a denominação “antecipada”. Mas, insisto, em ambas estão presentes as características em razão das quais a tutela jurisdicional era considerada “cautelar”: são urgentes, provisórias e dependem da demonstração do perigo e da verossimilhança.

Na espécie antecipada, com o acolhimento da demanda respectivos os efeitos se consolidam no plano jurídico. Se cautelar, a providência assecuratória irá viabilizar a eficácia prática da tutela final.

Nessa linha de raciocínio, a concessão da tutela antecipada permite ao credor valer-se imediatamente dos efeitos do provimento a ser dado futuramente.

Chamo a atenção novamente para aspecto que me parece fundamental no exame da tutela antecipada. O perigo de dano é requisito imprescindível à concessão da medida. Não há no sistema previsão genérica de tutela sumária sem esse requisito. A ausência do risco para a efetividade da tutela final impede, em princípio, a antecipação de efeitos a ela inerentes. Apenas em situações excepcionais, expressamente previstas, é que tal solução se revela admissível.³⁹ Exemplo típico da tutela sumária não urgente, para cuja concessão é desnecessário o perigo de dano, é a tutela provisória da evidência (art. 311). Aqui, o legislador formula hipóteses nas quais, a seu ver, alguns dados revelam alto grau de probabilidade do direito: o comportamento do réu ou a prova.

³⁹. V. cap. V, ns. 35 e 46. Por isso, indeferiu-se antecipação de tutela, para compensação de valores tributários. Além da proibição legal (Lei 9.494, de 10.9.97, art. 1º), argumentou-se com a falta do perigo, pois não “se alegou necessidade imperiosa em razão de fato relevante e extraordinário que, da parte dos agravantes, justificasse a urgência no atendimento do pedido, nem o receio de que não venham a receber o pagamento da entidade de direito público, a não ser mediante precatório judiciário que determine, já no próximo orçamento, a verba necessária ao pagamento” (AI 848.996-1-SP, 1ª TACSP, 12ª C., rel. Juiz Matheus Fontes, j. 30.3.00, v.u.).

Tratando-se de pedido condenatório, presentes os requisitos para antecipação, pode o autor iniciar a execução no próprio processo.⁴⁰

2.2. Requisitos: Verossimilhança e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo

A admissibilidade da tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, requerida em caráter antecedente ou incidente, exige sejam examinados aspectos da relação de direito material. O juiz realiza cognição não exauriente da controvérsia, não para formar juízo definitivo a respeito da pretensão do autor, mas tão somente para verificar a plausibilidade de resultado por ele pretendido. Além disso, verifica se a medida é realmente urgente, pois imprescindível para evitar risco à utilidade do resultado final.

Em outras palavras, a tutela provisória de urgência depende da probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e da existência de perigo ao resultado útil do processo, porque incompatível com o tempo necessário para que a tutela seja concedida definitivamente (*periculum in mora*).

2.2.1. Verossimilhança e prova inequívoca:

⁴⁰. Essa tendência de flexibilizar a dicotomia processo de conhecimento-processo de execução contou com o apoio da doutrina, que reconheceu a conveniência de, em determinados casos, aglutinar as duas formas de tutela num mesmo processo, o que já ocorre, por exemplo, no mandado de segurança, nas chamadas demandas executivas *lato sensu* e nas cognitivas-constitutivas (cfr. Kazuo Watanabe, “Tutela antecipatória”, pp. 19-20; Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral*, p. 330; Bedaque, *Direito e processo*, pp. 135-136). Já no final da vigência do Código de 1973, essa técnica foi adotada. O legislador atual a manteve: finda a fase cognitiva, inicia-se, quando necessária, a fase do cumprimento de sentença (art. 513).

Exigia o Código de 1973, como requisito da antecipação da tutela, a existência de prova inequívoca, suficiente para convencer o juiz da verossimilhança da alegação (art. 273, *caput*).

A exigência legal encerrava verdadeiro paradoxo. Para ser verossímil, basta a existência de prova suficiente para revelar a aparente veracidade do fato invocado como fundamento do direito afirmado. Esse juízo resulta do exame da matéria fática, cuja veracidade mostra-se provável ao julgador.⁴¹ Verossímil é sinônimo de plausível, ou seja, algo semelhante à verdade, com aparência de verdadeiro. Já a existência de prova inequívoca leva à certeza, pois revela a evidência da afirmação

Segundo a equívoca regra anterior, o juízo de verossimilhança sobre a existência do direito do autor tinha como parâmetro a prova inequívoca dos fatos que o fundamentam. Embora relacionado ao requisito necessário à concessão de qualquer tutela provisória – o *fumus boni iuris* –, parte da doutrina interpretava literalmente o dispositivo legal, concluindo pela necessidade de a prova - inequívoca – revelar grau mais intenso de probabilidade.

Para concessão da tutela provisória antecipada seria necessário, pois, não apenas versão verossímil dos fatos, mas também a existência de prova apta a revelar o elevado grau de probabilidade da versão apresentada pelo autor.⁴²

⁴¹. Cfr. Carreira Alvim, “A antecipação”, pp. 57 e ss.

⁴². Segundo Kazuo Watanabe, prova inequívoca e *fumus boni iuris* não significam a mesma coisa: “O juízo de verossimilhança ou de probabilidade, como é sabido, tem vários graus, que vão desde o mais intenso até o mais tênue. O juízo fundado em prova inequívoca, uma prova

Prova inequívoca da verossimilhança implicaria, portanto, juízo cognitivo mais profundo do que aquele exigido para a cautelar no art. 798 do Código revogado, mas inferior à cognição plena e exauriente necessária à formação do convencimento do juiz quanto à existência ou não do direito material e, consequentemente, à concessão ou denegação da tutela definitiva.

A proteção pela via da tutela provisória conservativa (cautelar) dependia apenas da verossimilhança dos fatos alegados pelo autor, ainda que inexistente prova a respeito. Já para obter antecipação da tutela, seria necessária a existência de elemento probatório suficiente para formação do convencimento do julgador, a respeito do alto grau de probabilidade da tese sustentada na inicial.⁴³

De qualquer forma, prova inequívoca da verossimilhança não era equiparada àquela suficiente para acolhimento do pedido, cuja existência

que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em mera ‘fumaça’, que somente permite a visualização de mera silhueta ou contorno sombreado de um direito” (“Tutela antecipatória”, p. 30). No mesmo sentido Barbosa Moreira, para quem prova inequívoca leva à forte probabilidade, juízo maior que a verossimilhança (“A antecipação da tutela jurisdicional na reforma”, p. 204). Mais recentemente, o autor forneceu dados objetivos para a identificação da prova inequívoca: é aquela que “só num sentido seja possível entender” (“Antecipação da tutela: algumas questões”, p. 80). V. tb. Carlos Augusto de Assis, *Antecipação da tutela*, pp. 148-162 e Luiz Gustavo Tardin, *Fungibilidade das tutelas de urgência*, pp. 130-136. Para Arruda Alvim, corretamente, a diferença não é substancial, mas de graus (“Anotações”, p. 97). V. tb. Araken de Assis, “A antecipação de tutela”, p. 24 e Athos Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, pp. 25-27. Como bem observa Dinamarco, a diferença de graus é secundária à identificação do fenômeno. Essencial é a suficiência da probabilidade e a dispensa da certeza quanto à existência do direito, característica presente tanto na cautelar, quanto na tutela antecipada (cfr. “O regime jurídico”, n. 7).

⁴³. Cfr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “Alcance e natureza”, p. 115, *Perfil dogmático*, p. 28, e *A tutela de urgência*, p. 22. Na jurisprudência já havia manifestação no sentido de que a exigência de prova inequívoca significa que mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni iuris* (AI 11.560-5-Fatura, TJSP, 8ª C. de Direito Público, rel. Des. Celso Bonilha, j. 8.5.96, v.u.). Negava essa distinção Antônio Cláudio da Costa Machado, *A tutela antecipada na reforma*, pp. 327 e ss.

autorizaria o julgamento antecipado. Nesses casos, quer pela suficiência da prova documental, quer em razão de a controvérsia girar apenas em torno de questões de direito, a instrução probatória está completa, não havendo necessidade de realização de audiência. O conjunto probatório é apto à formação do convencimento do julgador, que já se encontra em condições de proferir solução definitiva para o litígio.⁴⁴ Era assim no Código de 1973 (art. 330, inciso I), técnica mantida pela legislação atual (CPC/2015, art. 355, inciso I).

Assim, à luz dos elementos dos autos, o direito do autor poderia ser verossímil (tutela cautelar), altamente verossímil (tutela antecipada) e existente (procedência do pedido).

O Código de 2015 eliminou mais essa controvérsia inútil. Hoje, a tutela provisória de urgência, antecipada ou cautelar, depende da existência de elementos suficientes para evidenciar a probabilidade do direito

Consideradas essas premissas, se não houver controvérsia fática, a solução adequada não é a antecipação de tutela, mas o julgamento antecipado do mérito. Se o direito afirmado tiver por fundamento fato incontroverso, ou se a discussão versar exclusivamente quanto ao direito aplicável, desnecessária a produção de prova. Esta só tem sentido se a questão for fática.

Por isso, tratando-se de questão de direito apenas, só é viável a incidência do instituto da tutela provisória de urgência antecipada, na fase inicial do procedimento, mediante decisão liminar, sem audiência da parte contrária. Após a resposta deverá o juiz julgar antecipadamente, nada

⁴⁴. Cfr. Arruda Alvim, “Tutela antecipatória”, p. 34.

impedindo, todavia, seja concedida, na sentença, a antecipação dos respectivos efeitos, desde que presentes os requisitos legais, como se verá em seguida. De qualquer forma, não surge, aqui, a necessidade de prova.⁴⁵

Em qualquer das situações imaginadas, importa realmente assinalar que a antecipação deve ser deferida toda vez que o pedido do autor venha acompanhado de elementos suficientes para torná-lo verossímil.⁴⁶

Mesmo na vigência da legislação anterior, se controvertidos os fatos, a expressão *prova inequívoca* não devia ser interpretada como prova suficiente para formar juízo de certeza. A tutela antecipada estava e está no campo da probabilidade.⁴⁷

A propósito, chegou-se a sustentar posição segundo a qual a exigência de prova inequívoca tornava impossível a antecipação dos efeitos da sentença para momento anterior àquele em que já houvesse elementos suficientes para acolhimento da demanda. Esse entendimento, todavia, não me parecia adequado.⁴⁸

⁴⁵. Cfr. Carreira Alvim, “A antecipação”, p. 58.

⁴⁶. “A denominada “prova inequívoca”, capaz de convencer o juiz da “verossimilhança” da alegação, somente pode ser entendida como a “prova suficiente” para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou inexistência do direito” (Marinoni, *A antecipação da tutela*, p. 199).

⁴⁷. Cfr. Carreira Alvim, “A antecipação”, pp. 60-62. Para Barbosa Moreira *prova inequívoca* é “aquela que só num sentido seja possível entender”, ou seja, prova não ambígua, que não se presta a mais de uma interpretação (“Antecipação da tutela”, p. 80).

⁴⁸. Para Calmon de Passos, por exemplo, a antecipação da tutela somente é possível quando houver elementos para decisão de mérito, ou quando esta já tenha sido proferida. Segundo o eminente processualista baiano, a meu ver sem razão, a antecipação nada mais é do que a possibilidade de o juiz conferir efeito imediato à sentença, pois, se há prova inequívoca para antecipar os efeitos, necessariamente o processo já se encontra em condições de receber sentença de mérito (cfr. *Inovações no Código de Processo Civil*, pp. 10-17).

Fosse assim, o único efeito prático da tutela antecipada seria permitir a eficácia imediata da sentença, ainda que sujeita a recurso dotado de efeito suspensivo.

Não parece razoável tal conclusão, até porque diversa seria a técnica adotada, a exemplo do que ocorreu com o agravo, em que o perigo de dano podia alterar o regime legal (CPC/73, art. 558).⁴⁹

Tal posição não se coadunava com a natureza do instituto, destinado a disciplinar a concessão de tutela provisória satisfativa. Sua finalidade é, configurada a situação imaginada pelo legislador, permitir ao autor usufruir de seu suposto direito antes mesmo do reconhecimento de sua existência.

Talvez tenha o legislador de então manifestado, mediante essa exigência – prova inequívoca – e outras encontradas na lei, preocupação com a tutela antecipada, que deve ser deferida apenas quando efetivamente necessária para assegurar a eficácia do provimento final. Por isso, a admissibilidade de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional somente se verifica se os elementos dos autos permitirem firme convencimento da verossimilhança das alegações formuladas, o que não implica, todavia, cognição exauriente dessas afirmações.⁵⁰

⁴⁹. Para Calmon de Passos, na antecipação adianta-se a executividade da tutela “já deferida ou que será concomitantemente deferida” (cfr. “Da antecipação da tutela”, p. 195).

⁵⁰. Nesse sentido a conclusão precisa do eminente Juiz Gastão de Campos Mello ao relatar o AI 735.858-9-São Paulo, 1ª TACivSP, 12ª C., j. 8.5.97, v.u. Em outra oportunidade concluiu S. Exa. que a prova inequívoca significa a necessidade de que o juiz esteja *firmente convencido* da verossimilhança da situação jurídica apresentada e também da juridicidade da solução pleiteada (cfr. AI 741.907-4-Barueri, 1ª TACivSP, 12ª C., j. 7.8.96, v.u.). Em demanda versando revisão contratual e repetição do indébito, a complexidade das alegações e a falta de prova a respeito dos fatos, cuja demonstração demandava perícia contábil, levou o eminente Juiz Campos Mello e os demais integrantes da Turma Julgadora a indeferir pedido de antecipação de tutela, com o seguinte fundamento: “E para que possa ser deferida a antecipação é necessária a presença dessa prova inequívoca, que permita formação do

A exigência de prova inequívoca da verossimilhança, aparentemente paradoxal, na verdade visava a chamar atenção para a necessidade de forte probabilidade de que os fatos sejam verdadeiros e o requerente tenha razão.⁵¹

Nessa medida, nas hipóteses, devia o juiz examinar com particular atenção a plausibilidade do direito afirmado, tendo em vista as

convencimento seguro. O que se exige é que o juiz esteja *firmemente convencido* da verossimilhança da situação jurídica apresentada e também da juridicidade da solução pleiteada (cf. Arruda Alvim, 'Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas)', in *Reforma do Código de Processo Civil*, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ed. Saraiva, 1996, p. 111). A prova deve ser contundente, robusta, convincente (Antonio Cláudio Costa Machado, *Tutela Antecipada*, Ed. Oliveira Mendes, 1998, p. 402), uma vez que a antecipação contempla a chamada tutela da evidência, que se distingue de mera tutela da urgência. É insuficiente a alegação de urgência, pois que a antecipação é cabível apenas quando a prova revele haver grau intenso de probabilidade da existência do direito alegado (cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, Malheiros Ed., 1998, p. 316). Não basta versão verossímil dos fatos, mas impõe-se a existência 'de prova apta a revelar o elevado grau de probabilidade da versão apresentada pelo autor', como afirma o eminente integrante desta Câmara (ob. e loc. cit.). É necessário não só que haja forte probabilidade da veracidade da matéria de fato noticiada, mas também probabilidade intensa de que tenha razão quem pleiteia a antecipação (cf. Bedaque, ob. cit., p. 319)" (AI 933.555-9-SP, 1ª TACSP, 12ª C., j. 8.8.00, v.u; no mesmo sentido, AI 959.889-0-SP, j. 29.8.00, v.u., e AI 7.008.215-0-SP, j. 7.6.05). Embora fazendo distinção inexistente entre tutela cautelar e tutela antecipada, sendo esta destinada à antecipação da própria prestação jurisdicional, o que não se verifica, também por ausência de prova inequívoca indeferiu-se a providência em situação análoga (AI 938.041-0-SP, 1ª TACSP, 12ª C., rel. Juiz Beretta da Silveira, j. 6.6.00, v.u.). Também com referência à suposta diferença entre as medidas de urgência, bem como à necessidade de quase certeza e segurança quanto ao resultado, entendeu-se incabível a tutela antecipada por falta de prova inequívoca (cfr. AI 94.813-4-SP, TJSP, 5ª C. de Direito Privado, rel. Des. Marco César, v.u.). Sobre a necessidade da presença não de mero *fumus boni iuris*, que seria menos do que prova inequívoca, v. AI 12.228-4-Ribeirão Preto, TJSP, 9ª C. de Direito Privado, rel. Des. Franciulli Netto, j. 1.10.96, v.u., *JTJ* 189/193.

⁵¹. Cfr. Moniz de Aragão, "Alterações no Código de Processo Civil", p. 242. Sobre diferença entre verossimilhança, probabilidade e certeza, v. Carlos Alberto Carbone, "Consideraciones", pp. 163 e ss. O autor, examinando as denominadas "medidas autosatisfativas" no direito argentino, cujas características são a sumariedade da cognição e a satisfatividade definitiva, conclui que tal modalidade de tutela pressupõe forte probabilidade, ao passo que a cautelar depende apenas de verossimilhança (p. 179).

consequências da decisão na esfera jurídica da parte contrária.⁵²

De fato, além de exigir prova inequívoca do direito, referia-se a lei à necessidade de fundamentação, o que, aliás, constitui requisito constitucional de qualquer decisão judicial (CF, art. 93, IX).

A meu ver, o requisito da prova inequívoca estaria preenchido toda vez que houvesse elemento consistente, capaz de formar a convicção do juiz a respeito da verossimilhança do direito. Se os elementos de prova fossem aptos 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.⁵³

O requisito da prova inequívoca devia ser interpretado em conformidade com o relativismo próprio do sistema de provas.⁵⁴

Essa expressão, como anotado acima, foi suprimida pelo Código de 2015. As duas modalidades de tutela de urgência – antecipada e cautelar – estão condicionadas aos mesmíssimos requisitos: probabilidade e perigo (art. 300). Correta a opção do legislador, pois eliminou mais uma fonte de controvérsia processual. Para a concessão da tutela provisória, com conteúdo satisfativo ou conservativo, deve o juiz convencer-se da

⁵². Após apontar a dificuldade para identificação do fenômeno representado pelas expressões “cognição sumária”, juízo “de verossimilhança” e “de probabilidade”, Claudio Consolo recomenda que “tale valutazione dovrà essere più accurata ed approfondita nel campo dei provvedimenti cautelari anticipatori”. Isso porque a decisão pode gerar dano não totalmente reparável à outra parte, mesmo porque a pretensão definitiva por ser julgada improcedente (v. *Il nuovo processo cautelari*, p. 15).

⁵³. Acertada a conclusão de Ovídio Baptista da Silva, “A ‘antecipação’ da tutela”, p. 137.

⁵⁴. Observa corretamente Teori Albino Zavascki que não exige a lei “prova da verdade absoluta – que não existe nem mesmo quando concluída a instrução –, mas uma prova robusta, que aproxime em segura medida o juízo de probabilidade do juízo de verdade” (“Antecipação da tutela e colisão”, p. 153).

verossimilhança do direito, sem necessidade de justificar o respectivo grau. Em relação à tutela provisória da evidência, modalidade na qual prescindese do perigo, as situações aptas a revelar essa probabilidade estão descritas na lei (art. 311).

Assim, como requisito da tutela provisória antecipada, tanto quanto da cautelar, basta a existência de elementos suficientes para demonstrar a probabilidade de existência do direito afirmado.

A alegação será verossímil se versar sobre fato aparentemente verdadeiro. Resulta do exame da matéria fática, cuja veracidade mostra-se provável ao julgador.

O legislador, em boa hora, abandonou a expressão desnecessária do Código revogado — *prova inequívoca de verossimilhança* — que tanta dúvida gerou no espírito do intérprete. Para muitos, seria preciso não apenas versão verossímil dos fatos, mas também a existência de prova apta a revelar o elevado grau de probabilidade da versão apresentada pelo autor.

Essa conclusão, que sempre rejeitei⁵⁵, foi expressamente afastada pela nova lei processual. A tutela provisória, seja ela cautelar ou antecipada, depende da probabilidade do direito, ou seja, da verossimilhança das afirmações, competindo ao juiz, em cada caso concreto, e motivadamente, deliberar sobre a presença ou não desse requisito. Não se trata, evidentemente, de poder discricionário, mas de interpretação de termo aberto, sem conteúdo jurídico definido, razão pela qual a fundamentação não está adstrita a limitações legais.

Mesmo se controvertidos os fatos, a tutela provisória, que se

⁵⁵ Cfr. n. 2.2.1. .

encontra no campo da probabilidade, é em tese admissível. Basta verificar o juiz a existência de elemento consistente, capaz de formar sua convicção a respeito da verossimilhança do direito.

2.2.2. Perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo

A duração do processo pode contribuir para a insatisfação do direito ou para o agravamento dos danos já causados com a não atuação espontânea da regra substancial. Trata-se de dano marginal decorrente do atraso na imposição e atuação coercitiva, pelo juiz, da regra de direito material.

A tutela de urgência está ligada a esse perigo de dano e visa a afastá-lo.

O risco está relacionado com a efetividade da tutela jurisdicional, mas, indiretamente, diz respeito ao próprio direito material, subjetivo ou potestativo. Está vinculado à duração do processo e à impossibilidade de a providência jurisdicional, cuja eficácia esteja em risco, ser emitida imediatamente.

O risco a ser combatido pela medida *urgente* diz respeito à utilidade que a tutela definitiva representa para o titular do direito. Isso quer dizer que o espaço de tempo compreendido entre o fato da vida, em razão do qual se tornou necessária a intervenção judicial, e a tutela jurisdicional, destinada a proteger efetivamente o direito, pode torná-la praticamente ineficaz. Nesse período podem ocorrer fatos que

comprometam sua atuação efetiva. É o fenômeno que a doutrina italiana denomina de *pericolo da infruttuosità*. Exemplifica-se com a alienação dos bens do devedor durante o processo, frustrando a atividade executiva.

O perigo de dano pode referir-se, também, simplesmente ao atraso na entrega da tutela definitiva. Aqui, embora não haja risco de frustração do resultado final, em termos objetivos, é possível que o dano ao titular do direito tenha se agravado ou se tornado definitivo.

Essa distinção é fundamental para o correto entendimento da tutela de urgência, mesmo porque, com base nela, as medidas serão classificadas em meramente conservativas e antecipatórias.

Para afastar o perigo da *infruttuosità* existem as cautelares conservativas, destinadas a manter inalterada determinada situação fática, para garantir a efetividade do provimento jurisdicional.

O perigo do *ritardo* é combatido pela antecipação provisória de efeitos práticos do provimento final, com a consequente regulamentação da situação fática até a emissão da tutela definitiva.

Nada impede que determinada tutela de urgência contenha, a um só tempo, aspectos conservativos e antecipatórios.

Também o *periculum in mora* pode referir-se não só a interesses ou direitos com conteúdo econômico, mas também àqueles sem essa conotação. A expressão é aberta e comporta ampla margem de interpretação.

A tutela de urgência pressupõe a existência de perigo para a efetividade do pronunciamento definitivo e, consequentemente, para o direito deduzido em juízo. O *periculum in mora* é característica essencial e distintiva da tutela de urgência, cautelar ou antecipada, pois representa a própria razão de existência dessa modalidade especial de proteção

jurisdicional.

O art. 300 do novo Código de Processo Civil prevê hipótese de tutela jurisdicional com nítida função de assegurar o resultado útil do processo, seja mediante providências conservativas, seja pela antecipação de efeitos fáticos da tutela final. Sua concessão depende, portanto, da existência de risco para a efetividade da tutela jurisdicional. É a urgência que justifica a medida conservativa ou a antecipação de efeito da decisão definitiva. Por isso, aliás, a tutela de urgência deve limitar-se ao estritamente necessário para evitar esse dano.

O prejuízo irreparável ao direito, em razão do tempo necessário à sua efetivação pela via ordinária, revela a necessidade da tutela de urgência. A irreparabilidade do dano deve ser aferida em cada caso concreto. Não existe fórmula genérica para identificá-la. Nem parece correto restringi-la aos direitos absolutos, não patrimoniais. Também os obrigacionais estão sujeitos a prejuízos irreparáveis.

Em atenção ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional, é possível afirmar que a tutela de urgência destina-se a afastar acontecimentos que, se verificados durante o desenvolvimento do processo, podem comprometer seu resultado, afastando a desejada coincidência entre a satisfação espontânea do direito e aquela obtida pela via jurisdicional.

O risco a ser combatido pela medida *urgente* diz respeito à utilidade que a tutela definitiva representa para o titular do direito. Isso quer dizer que o espaço de tempo compreendido entre o fato da vida, em razão do qual se tornou necessária a intervenção judicial, e a tutela jurisdicional, destinada a proteger efetivamente o direito, pode torná-la praticamente ineficaz. Nesse período podem ocorrer fatos que

comprometam sua atuação efetiva. É o fenômeno que a doutrina italiana denomina de *pericolo da infruttuosità*. Exemplifica-se com a alienação dos bens do devedor durante o processo, frustrando a atividade executiva.

O perigo de dano pode referir-se, também, simplesmente ao atraso na entrega da tutela definitiva. Aqui, embora não haja risco de frustração do resultado final, em termos objetivos, é possível que o dano ao titular do direito tenha se agravado ou se tornado definitivo.

Essa distinção é fundamental para o correto entendimento da tutela de urgência, mesmo porque, com base nela, as medidas serão classificadas em meramente conservativas e antecipatórias.

Para afastar o perigo da *infruttuosità* existem as cautelares conservativas, destinadas a manter inalterada determinada situação fática, para garantir a efetividade do provimento jurisdicional.

O perigo do *ritardo* é combatido pela antecipação provisória de efeitos práticos do provimento final, com a consequente regulamentação da situação fática até a emissão da tutela definitiva.

Nada impede que determinada tutela de urgência contenha, a um só tempo, aspectos conservativos e antecipatórios.

Também o *periculum in mora* pode referir-se não só a interesses ou direitos com conteúdo econômico, mas também àqueles sem essa conotação. A expressão é aberta e comporta ampla margem de interpretação.

A tutela de urgência pressupõe a existência de perigo para a efetividade do pronunciamento definitivo e, consequentemente, para o direito deduzido em juízo. O *periculum in mora* é característica essencial e distintiva da tutela de urgência, cautelar ou antecipada, pois representa a própria razão de existência dessa modalidade especial de proteção

jurisdicional.

O art. 300 do novo Código de Processo Civil prevê hipótese de tutela jurisdicional com nítida função de assegurar o resultado útil do processo, seja mediante providências conservativas, seja pela antecipação de efeitos fáticos da tutela final. Sua concessão depende, portanto, da existência de risco para a efetividade da tutela jurisdicional. É a urgência que justifica a medida conservativa ou a antecipação de efeito da decisão definitiva. Por isso, aliás, a tutela de urgência deve limitar-se ao estritamente necessário para evitar esse dano.

O prejuízo irreparável ao direito, em razão do tempo necessário à sua efetivação pela via ordinária, revela a necessidade da tutela de urgência. A irreparabilidade do dano deve ser aferida em cada caso concreto. Não existe fórmula genérica para identificá-la. Nem parece correto restringi-la aos direitos absolutos, não patrimoniais. Também os obrigacionais estão sujeitos a prejuízos irreparáveis.

Em atenção ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional, é possível afirmar que a tutela de urgência destina-se a afastar acontecimentos que, se verificados durante o desenvolvimento do processo, podem comprometer seu resultado, afastando a desejada coincidência entre a satisfação espontânea do direito e aquela obtida pela via jurisdicional.

É essa ideia de prejuízo irreparável ou de difícil reparação a nortear a concessão da tutela de urgência. Não basta, evidentemente, argumentar apenas com a demora, ainda que patológica, do processo. Necessário o risco de dano irreparável, causado por algum acontecimento concretamente identificado.

É preciso muito cuidado para não ampliar indevidamente o

campo de incidência da tutela sumária. A urgência está normalmente ligada ao fator perigo. Em princípio, só se justifica medida dessa natureza se houver risco para a efetividade da tutela final. A irreparabilidade do prejuízo deve ser entendida não apenas diante da absoluta impossibilidade de reintegração do direito pela forma específica, mas também em face da existência de diferença substancial entre a satisfação integral do direito e o resultado proporcionado pelo processo.

Por mais provável o direito afirmado, não há como conceder a proteção de urgência sem a efetiva demonstração do perigo concreto à utilidade do provimento definitivo. A possibilidade de tutela provisória não urgente está limitada às hipóteses previstas taxativamente pelo legislador, sob a denominação de tutela da evidência (art. 311), além de outras hipóteses específicas, encontradas no próprio Código ou na legislação extravagante (possessórias, embargos de terceiro, despejo, alimentos etc. Não me parece conveniente a flexibilização da regra, para considerá-la exemplificativa. Essa conclusão implicaria a transferência ao juiz da possibilidade de concessão da tutela provisória, independentemente de perigo de dano. Não é essa a intenção do legislador, que teve o cuidado de descrever as situações em que tal providência é admissível.⁵⁶

2.3. Liminar e justificação prévia

⁵⁶ Contra, Daniel Assunção Neves, Novo Código de Processo Civil comentado, Salvador,

Em princípio, para ser concedido liminarmente, isto é, *inaudita altera parte*,⁵⁷ deve o pedido de tutela de urgência, antecedente ou incidental, vir acompanhado dos elementos necessários à demonstração dos requisitos respectivos requisitos legais, quais sejam, a verossimilhança e o perigo de dano.

Se considerar insuficiente a prova apresentada pelo requerente, pode o juiz designar audiência de justificação, visando a verificar se a tutela de urgência deve ser deferida. Trata-se de ato processual destinado tão somente à produção de prova da verossimilhança e do perigo. Em princípio, dela não participa a parte contrária, pois se trata ainda de situação em que o contraditório é postergado. Esse procedimento, ainda que excepcional, deve ser adotado sempre que a cientificação de quem deve suportar os efeitos da medida urgente puder frustrar sua eficácia, quer em razão do tempo, quer pela possibilidade de ser praticado algum ato com tal finalidade.

Nada obsta, todavia, que a tutela de urgência não seja concedida em caráter liminar ou em seguida à audiência de justificação, mas depois, inclusive com prévia manifestação da parte contrária. Cabe ao juiz verificar, em cada caso concreto, qual o procedimento mais adequado, considerando dois aspectos: a eficácia da tutela de urgência e a invasão da esfera jurídica do requerido com fundamento em cognição sumária. São dois valores conflitantes, devendo o julgador ponderar, em cada situação, qual deve prevalecer.

2.4. Tutela provisória de urgência e caução

A tutela provisória, especialmente na modalidade antecipada, só deve ser concedida após rigorosa análise dos respectivos requisitos de admissibilidade, pois é necessário evitar danos desnecessários e muitas vezes irreparáveis a quem teve de suportar seus efeitos e, a final, acaba vencedor na demanda.

A exigência de caução constitui mecanismo destinado a evitar prejuízo à parte que obtém tutela definitiva a seu favor, após sujeitar-se aos efeitos da tutela provisória.

Essa circunstância, todavia, não deve constituir óbice à concessão da tutela antecipada, nem gerar interpretação restritiva do dispositivo em análise.

Uma das soluções para abrandar o problema encontra-se na própria lei. Entre outros requisitos, a tutela provisória de urgência depende da existência de elementos suficientes para evidenciar a *probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo* (art. 300, *caput*). Trata-se do *fumus boni iuris e do periculum in mora*.

Tal orientação, aliás, corresponde exatamente à manifestação da doutrina que, ante a possibilidade de dano irreparável a quem é atingido pelos efeitos da tutela provisória, principalmente se antecipada, aconselha não só a redução da sumariedade na cognição como, também, a incidência do princípio da proporcionalidade.⁵⁸

⁵⁷ Sobre a concepção de liminar, v. n. 3.4.

⁵⁸. Para Proto Pisani, que afasta expressamente as interpretações restritivas do art. 700 do c.p.c. italiano, o perigo de dano irreversível, decorrente dos efeitos do provimento provisório, deve influir o juiz, de modo a ser preservado equilíbrio necessário à garantia constitucional da ação e da defesa. Em primeiro lugar, é conveniente, na medida do possível e dos limites

Também a exigência de caução constitui mecanismo destinado a evitar dano à parte que, após suportar os efeitos a tut ela provisória, obtém provimento definitivo a seu favor.⁵⁹

A caução constitui verdadeira contracautela, pois tem a finalidade de abrandar a violência representada pela invasão da esfera jurídica do requerido, sem a adequada cognição da situação descrita pelo requerente. Como o objetivo da tutela provisória de urgência é evitar que a demora cause prejuízo a quem provavelmente tenha razão, seus efeitos podem representar dano injusto ao réu, pois a probabilidade pode ceder diante do juízo de certeza. Essa preocupação é maior ainda nas hipóteses de tutela de urgência antecipada, em que ocorre verdadeira concessão imediata de efeitos do direito afirmado, sem que o julgador tenha examinado com a necessária profundidade as razões deduzidas pelas partes.

A alternativa da caução também deve ser adotada naquelas situações identificadas pela doutrina como “perigo de dano reverso”,⁶⁰ ou seja, a existência de risco de prejuízo igual ou maior a quem deve suportar os efeitos da tutela antecipada. A hipótese aproxima-se da irreversibilidade, embora com ela não se confunda. Nesses casos, não parece razoável a proteção ao autor, salvo se a probabilidade do direito alegado seja suficiente para justificar o sacrifício imposto ao réu. De qualquer modo, a exigência

impostos ao juízo de verossimilhança, seja aprofundada a atividade cognitiva, para reduzir a margem de erro. Além disso, requerida a medida e verificado o perigo de dano, “il giudice deve valutare comparativamente il danno che subirebbe l’istante dalla mancata concessione del provvedimento cautelare ed il danno che subirebbe la controparte dalla sua concessione: e conseguentemente concedere il provvedimento solo quando il pregiudizio dell’istante sia qualitativamente o quantitativamente maggiore del danno subito dalla controparte” (“La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale”, p. 81).

⁵⁹. No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco, “O regime jurídico”, n. 19.

⁶⁰ Cfr. Humberto Theodoro Júnior, Curso cit., pp. 650/651.

de caução ameniza o problema.

Se, concedida a medida provisória, verificar-se, ao fim da fase cognitiva do processo, que o requerente não tem o direito alegado, é preciso considerar os efeitos danosos dessa antecipação na esfera jurídica da parte contrária. Afinal de contas, essa modalidade de tutela tem, entre outras, a finalidade de conferir efetividade ao princípio da igualdade. Nessa medida, não se pode admitir que sua utilização acabe por desequilibrar a situação das partes no processo, favorecendo indevidamente quem a postula, em detrimento do réu.

Para afastar esse risco, portanto, o instituto da caução constitui importante alternativa à disposição do julgador. Deverá ele exigí-la sempre que a antecipação provisória possa gerar prejuízo a quem deve suportar seus efeitos em caso de a plausibilidade do direito não se confirmar com a cognição exauriente e a proteção conferida ao titular da situação acautelada revelar-se injusta.

A caução acaba restabelecendo o equilíbrio entre as partes do contraditório, ameaçado com a concessão da tutela provisória de urgência, em especial nos casos de antecipação dos efeitos do provimento definitivo, o que pode ocorrer até mesmo sem audiência prévia da parte contrária (art. 300, § 2º). Essa proteção imediata ao interesse do requerente tem a finalidade de evitar o dano inerente à demora exagerada e insuportável da tutela principal. Não pode, todavia, importar em prejuízo irreparável ao requerido, visto que precedida de mero juízo de probabilidade, de verossimilhança.

Daí a previsão do art. 300, § 1º. Caberá ao juiz, mediante decisão fundamentada, avaliar a necessidade e a conveniência da garantia a ser prestada pelo requerente, podendo dispensá-la em caso de

hipossuficiência. Para tanto, deverá ponderar as circunstâncias do caso concreto, inclusive os riscos impostos a ambas as partes.

É preciso considerar, pois, algumas situações nas quais a exigência de caução acaba por inviabilizar a tutela provisória, por não possuir o autor condições mínimas para oferecê-la. Não obstante, a proteção provisória pode mostrar-se imprescindível à efetividade da tutela definitiva, que corre o risco de tornar-se completamente inútil, caso não precedida da providência.⁶¹

Outra hipótese a ser levada em conta no exame da caução é aquela em que o interesse não tem conteúdo patrimonial. Aqui, não haveria garantia de reparação do prejuízo causado.

Em ambos os casos não se mostra a caução mecanismo adequado para reequilibrar o contraditório e a igualdade entre as partes. No primeiro porque exige-la significa impedir a medida provisória. No segundo, por não assegurar àquele que suportou os respectivos efeitos o ressarcimento do dano.⁶²

Daí afirmar-se que a caução constitui solução legítima para manter o equilíbrio e a igualdade processual se a parte de quem se exige a garantia tiver condições econômicas de prestá-la. Caso não possua, a imposição desse ônus acaba por constituir óbice intransponível à efetividade do processo. Estabelecer a caução como regra geral para a

⁶¹. Proto Pisani informa a existência de pronunciamento da Corte Constitucional italiana (29.11.60, n. 67) considerando inconstitucional o art. 98 do c.p.c. ("La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale", p. 80).

⁶². Por isso Proto Pisani conclui que o instituto da caução somente pode operar concretamente nas hipóteses em que a medida cautelar verse sobre direitos com conteúdo patrimonial e a parte que a requeira tenha condições econômicas para oferecer a garantia ("La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale", p. 80).

concessão de tutela provisória significa inviabilizar essa medida para o hipossuficiente. Em consequência, se a medida revela-se realmente necessária à eficácia do pronunciamento final, este também acabará se tornando inútil.

Por isso é preciso conferir ao juiz liberdade para avaliar a situação e, caso a caso, decidir a respeito da utilidade, necessidade e adequação da contracautela.⁶³ Embora o art. 300, § 2º, refira-se faça referência apenas à hipossuficiência, outras situações podem justificar a dispensa, cabendo ao julgador a devida ponderação de valores.

Como a tutela provisória, especialmente a de urgência, tem-se mostrado instrumento eficaz exatamente para assegurar o resultado de processos com conteúdo não patrimonial, ou pelo menos não exclusivamente patrimonial, bem como para garantir a eficácia prática de proteção a interesses de pessoas hipossuficientes, deve o julgador valer-se de outros mecanismos para evitar prejuízos à parte contra quem a medida é requerida.

Nesses casos, quase sempre está presente a irreversibilidade dos efeitos da medida. Ou pela própria natureza do interesse sobre o qual incide, ou pela impossibilidade de o beneficiário da tutela, tendo em vista circunstâncias econômicas, ressarcir eventuais prejuízos causados.

Essa situação, todavia, não pode constituir empecilho à incidência do mecanismo de urgência, sob pena de impedir o próprio resultado do processo.

⁶³. “L'imposizione della cauzione a carico di soggetti non abbienti sarebbe stato infatti in insanabile contraddizione con il progressivo emergere – anche a livello di giurisprudenza costituzionale – della consapevolezza dell'essere la tutela cautelare una componente indispensabile ed ineliminabile della tutela giurisdizionale” (Proto Pisani, “La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale”, p. 80).

A solução adequada não pode passar por ideias restritivas sobre a tutela provisória, como já afirmado acima. Preferível conscientizar o julgador da importância da técnica, colocada à sua disposição para assegurar a efetividade da função jurisdicional, reiterando sempre a necessidade de o pedido dessa modalidade de tutela ser analisado com extremo cuidado, sempre à luz do escopo maior desse instituto – preservação do equilíbrio do contraditório, da igualdade das partes e da eficiência da tutela jurisdicional. A cautelar está intimamente relacionada a postulados constitucionais do processo, como a garantia de acesso à justiça e à ampla defesa.⁶⁴

Deve o juiz atentar para as peculiaridades da situação substancial que se encontra à base do pedido de tutela provisória. Somente essa visão lhe permitirá adotar a solução mais adequada, conferindo ao instituto da cautelar sua verdadeira função no sistema e contribuindo decisivamente para o tão almejado acesso à ordem jurídica justa.⁶⁵

2.5. Responsabilidade objetiva

⁶⁴. Proto Pisani, após estabelecer esse nexo, sugere que, diante de dois perigos de dano, deveria o legislador intervir “nel senso de effettuare a livello di valutazione generale ed astratta sulla base dell’*id quod plerumque accidit* la valutazione, per determinare categorie di ipotesi, degli interessi in conflitto determinando legislativamente quale sia l’interesse di rango prevalente, e rimettendo al giudice o solo la valutazione del *fumus boni iuris* unitamente solo all’individuazione di un *periculum in mora* (dell’attore o se del caso anche del solo convenuto) legislativamente tipicizzato” (“La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale”, p. 81).

⁶⁵. Bedaque, *Direito e processo*, pp. 149-150.

Ao lado da caução, a responsabilidade objetiva prevista no art. 302 do Código de Processo Civil também tem a finalidade de conferir tratamento igualitário às partes da relação processual.

Aplicável a regra, portanto, sujeita-se o beneficiado pela tutela de urgência a indenizar eventuais danos causados a quem teve injustamente invadida a esfera jurídica.⁶⁶

Obtida a tutela de urgência, cautelar ou antecipada, o processo, ao menos em princípio, deve prosseguir até o momento em que o juiz, após cognição exauriente, profira a decisão definitiva. Isso ocorre tanto nos casos em que a medida é requerida em caráter incidente ou antecedente (arts. 294, parágrafo único, 303, § 1º, I, e 308).

O legislador prevê quatro hipóteses das quais decorre a obrigação de indenizar: I. Sentença desfavorável ao beneficiado pela tutela de urgência; II. Obtida liminarmente a tutela de urgência requerida em caráter antecedente, o requerente não fornece, em 5 dias, os meios necessários à realização da citação; III. Cessação da tutela de urgência; IV. Acolhimento de decadência ou prescri  o.

Se, por alguma razão, a tutela final for desfavorável a quem obteve a medida urgente, o processo não seguir seu curso por inércia sua ou cessar a eficácia da tutela provisória, além de eventual indeniza  o por dano processual, ele deverá reparar eventuais prejuízos causados    parte

⁶⁶. Cfr. Moniz de Aragão, "Alter   es do Código de Processo Civil", p. 244. No mesmo sentido, Dinamarco, pois, se as duas medidas urgentes "são igualmente portadoras dos mesmos riscos inerentes    superficialidade da instru  o em que se baseiam, seria ilegítimo instituir responsabilidade objetiva do beneficiário de medidas cautelares e negar igual tratamento em caso de antecip  o tutelar" ("O regime jurídico", n. 18). V. cap. V, nota 249, men  o    crítica de O  dio Baptista da Silva sobre a responsabilidade objetiva imposta ao beneficiário pela antecip  o da tutela.

contrária.

A tutela de urgência, cautelar ou antecipada, pode causar danos a quem tem de suportar seus efeitos. A constrição patrimonial destinada a assegurar a utilidade prática da tutela definitiva ou a invasão de sua esfera jurídica decorrente da antecipação de efeitos a ela inerentes muito provavelmente acarretará prejuízos, representados não só pelo acréscimo de possíveis despesas processuais, mas também pelas consequências incidentes sobre o patrimônio da parte.

Daí por que o legislador impõe ao beneficiário da tutela de urgência, em determinadas hipóteses, o dever de indenizar os danos dela decorrentes. Trata-se de responsabilidade objetiva, ou seja, que independe do elemento subjetivo, culpa ou dolo. O risco é sempre dele, mesmo nas situações descritas nos incisos I e IV. Entendimento contrário não se justifica, pois os incisos II e III pressupõem comportamento normalmente desidioso da parte. Exigir o elemento subjetivo também nos demais equivale a eliminar a responsabilidade objetiva, cuja finalidade é conferir tratamento igualitário às partes da relação processual.

Admitida essa premissa, rejeitado o pedido principal em caráter definitivo ou reconhecida a decadência do direito ou a prescrição da pretensão, a parte beneficiada pela tutela de urgência, cautelar ou antecipada, deverá indenizar o adversário por eventuais danos, independentemente de culpa ou dolo (incisos I e IV).

Da mesma forma, a obtenção liminar da tutela de urgência em procedimento antecedente, se o autor não providenciar os meios necessários à citação do réu em cinco dias, implica o dever de indenizar

(inciso II). Embora não haja previsão legal, impõe-se a extinção do procedimento antecedente e a cessação da eficácia da tutela urgente, antecipada ou cautelar.

Por fim, a responsabilidade objetiva incide também nas hipóteses legais de cessação da eficácia da medida urgente (inciso III). Cabe aqui uma observação. Essa consequência, embora prevista no Capítulo III, reservado à tutela cautelar concedida em caráter antecedente (art. 309, I a III), aplica-se também à tutela antecipada, ao menos nas situações descritas nos incisos II e III daquele dispositivo. O tema será tratado nos respectivos comentários.

Aplicável a regra, portanto, sujeitando-se o beneficiado pela tutela de urgência à obrigação de indenizar eventuais danos causados a quem teve a esfera jurídica invadida injustamente por medida urgente, cautelar ou antecipada.

Em princípio, a apuração do prejuízo será feita nos próprios autos, mediante liquidação, seguindo-se, se necessária, a fase do cumprimento de sentença. A observação nem seria necessária, pois constitui aplicação da regra geral adotada pelo sistema: reconhecida a obrigação ilíquida e exigível na sentença, basta liquidar o título executivo judicial e dar início à prática dos atos satisfativos, tudo no mesmo processo e nos mesmos autos.

Ressalva o legislador, todavia, a impossibilidade de que tal seja feito, competindo ao juiz verificar a conveniência de os atos destinados à verificação do *quantum* serem praticados em autos distintos.

Algumas observações finais a respeito das situações legais. O inciso I abrange o IV, pois o reconhecimento da prescrição e da decadência implica improcedência do pedido e, portanto, a sentença será desfavorável ao autor. Aplica-se a regra também à previsão do art. 303, § 2º. A liminar

mencionada no inciso II pode ser concedida também se pleiteada incidentalmente, na própria inicial. Nesse caso, não providenciada a citação no prazo legal, cabível a indenização. A cessação da eficácia da tutela cautelar concedida em caráter antecedente está prevista no art. 309. Além disso, qualquer das hipóteses de tutela provisória pode ser cassada no curso do processo (art. 296, *caput*).

2.6. Tutela provisória de urgência: antecipada e cautelar. Revogabilidade.

Segundo o Código de 2015, como destacado, duas são as espécies de tutela provisória de urgência: cautelar e antecipada (art. 294, parágrafo único).

A primeira, caracteriza-se pela natureza meramente conservativa. Limita-se a proteger bens, pessoas ou provas, a fim de que, quando e se possível a concessão da tutela final e definitiva, momento em que a verossimilhança transforma-se em certeza, possa o titular do direito dele usufruir. São exemplos típicos o arresto, o sequestro e outras referidas pelo legislador a título exemplificativo (art. 301).

Já a tutela de urgência antecipada busca esse mesmo objetivo, mediante a técnica da antecipação provisória de efeitos da tutela final. Sua eficácia prática confunde-se, ainda que parcialmente, com a da tutela final (alimentos provisórios, separação de corpos, liberação de mercadorias apreendidas etc).

Ambas podem ser requeridas antes do pedido de tutela definitiva

ou no curso do respectivo processo. No primeiro caso, a tutela final será pleiteada na relação processual já iniciada com o pedido provisório, mediante simples aditamento da inicial (Código de Processo Civil de 2015, arts. 303, § 1º, inciso I e 308). Trata-se, aliás, de uma das principais novidades do sistema processual, no âmbito das tutelas provisórias e definitivas. Elas dispensam processos autônomos. Os respectivos pedidos são deduzidos na mesma relação processual.

Consequência natural da provisoriedade é a possibilidade de sua revogação ou modificação no curso do processo (art. 296).

Não obstante as partes devam recorrer da respectiva decisão, sob pena de preclusão, a providência pode ser adotada pelo juiz, mesmo de ofício e sem necessidade de fatos novos. Basta que ele se convença do equívoco cometido. A inexistência de recurso impede a parte impugnar a decisão sem demonstrar a existência de fatos posteriores incompatíveis com ela. Com relação ao juiz, todavia, não há preclusão.

A preclusão consumativa, por força da qual o juiz está impedido de rever decisões relativas à mesma lide (CPC, art. 505), não se aplica à tutela provisória. Esse dispositivo refere-se a pronunciamentos passíveis de imutabilidade, tanto que a exceção prevista no inciso I refere-se exatamente a possíveis alterações fáticas ou jurídicas, cuja alteração possibilita a revisão da sentença. A tutela provisória não se sujeita a essa regulamentação.

Eventual suspensão do processo não interfere na eficácia da tutela provisória (art. 296, parágrafo único).

2.7. Tutela provisória e competência

Todos os juízes são investidos da função jurisdicional e, conseqüentemente, são dotados do poder de julgar, de decidir as controvérsias verificadas no plano do direito material, enfim, de atuar concretamente a regra substancial à situação trazida a sua apreciação pela parte. No exercício concreto da atividade jurisdicional, cada um integra uma das unidades que compõem o Poder Judiciário, denominada juízo. O juiz possui, em tese, o poder de formular e atuar a vontade concreta da lei, eliminando os litígios e restabelecendo a paz social.

Tendo em vista o grande número e a diversidade de demandas, todavia, o legislador as distribui entre os vários órgãos do Poder Judiciário. A atribuição, a cada um deles, de uma parcela da massa de processos a serem julgados é feita segundo alguns critérios previamente estabelecidos.

Para bem compreender o mecanismo de distribuição dos processos entre aqueles que exercem a atividade jurisdicional, é preciso levar em conta, antes de mais nada, a organização judiciária do país, pois a divisão realiza-se em função das peculiaridades inerentes à constituição do Poder Judiciário. Assim, consideram-se alguns dados: existência de justiças especializadas e comuns, o duplo grau de jurisdição, determinadas áreas territoriais, pluralidade ou não de órgãos em uma mesma área etc.

Com base nesses elementos, constrói-se complexo sistema de distribuição de processos, realizada não em função da pessoa física do juiz, obviamente. Ele terá atribuição para conduzir e julgar os processos encaminhados, por força de determinada regra legal, à unidade

jurisdicional em que estiver atuando. As normas que regulam a competência levam em conta alguns critérios, considerados pelo legislador como os mais adequados à distribuição equânime dos processos entre todos os que exercem a função jurisdicional.

Essa relação de adequação entre determinado processo e um juízo denomina-se competência, também definida como medida, limite ou quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a determinado órgão.

Para efetuar essa distribuição, como dito acima, o legislador vale-se de determinados critérios, todos informados por elementos da relação jurídica do direito material. Melhor explicando, as regras sobre competência levam em consideração dados da situação da vida submetida à apreciação do juiz. Com fundamento em fatos juridicamente qualificados (causa de pedir), o autor formula sua pretensão de tutela jurisdicional sobre o bem em questão (pedido), cujo acolhimento irá afetar diretamente a esfera do réu. À luz dessa descrição inicial, determina-se a competência do órgão jurisdicional.

A competência é fixada, por exemplo, em função da natureza da relação jurídica material (relação trabalhista, civil, penal) ou da qualidade especial de um de seus integrantes (pessoas jurídicas de direito público, ocupantes de determinados cargos). Outras regras levam em conta a situação do objeto mediato da ação, isto é, do bem da vida pleiteado pelo autor (CPC, art. 47). Norma geral considera o domicílio do réu como fator determinante da competência de foro (CPC, art. 46).

Também não se pode esquecer das hipóteses em que os participantes de um contrato estipulam cláusula de eleição, indicando o foro em que deve ser proposta qualquer demanda fundada naquele negócio (CPC, art. 63).

Verifica-se, pois, que a competência jurisdicional é determinada à luz da relação jurídica substancial ou de seus elementos. Da mesma forma que as condições da ação, a análise desses dados é feita à luz da demanda apresentada pelo autor, ou seja “em face dos termos em que a demanda está posta pela inicial”⁶⁷.

De qualquer modo, na grande maioria das vezes, é em função do direito material afirmado que se determina a competência do juízo. Leva-se em conta a situação jurídica tal como descrita na inicial, isto é, *in statu assertionis*.

Em síntese, o legislador distribui os processos entre os juízes segundo determinados critérios. Verifica-se a subsunção da situação concreta ao modelo legal comparando os elementos da inicial com a previsão abstrata.

A competência para o exame do pedido de tutela provisória depende do momento em que requerida. Conforme já visto, ela pode ser antecedente ou incidente (art. 294, parágrafo único). Se pleiteada em caráter incidental, nenhuma dificuldade. Como o pedido deve ser formulado nos próprios autos, sem necessidade de processo autônomo, inexistente alternativa. Deve a parte dirigi-lo ao juízo em que tem curso aquele já instaurado, sendo até mesmo desnecessário o esclarecimento feito pelo legislador.

Tratando-se de tutela provisória antecedente, ou seja, pleiteada antes de deduzida a pretensão à tutela definitiva, serão observadas as regras de competência pertinentes ao pedido principal (art. 299, *caput*),⁶⁸

⁶⁷ Bedaque, *Direito e processo*, p. 107 e s.; *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 251 e s.

⁶⁸ A regra incide sobre as duas espécies de tutela provisória de urgência: antecipada e

prevista no Título III, Capítulo I do Código, bem como na Constituição Federal, Lei Orgânica da Magistratura, Constituições Estaduais, Normas Estaduais de Organização Judiciária e legislação extravagante. Exceção expressa à regra geral é a competência para a produção antecipada de provas, espécie de tutela destinada a assegurar o direito à prova, razão por que não pressupõe necessariamente a dedução de outro pedido, pois pode ter por escopo evitá-lo (cfr. art. 381, inciso II e III).⁶⁹ Deve ser proposta no foro onde a prova deva ser produzida ou no domicílio do réu e não previne a competência para eventual demanda futura (§§ 2º e 3º)

Assim, a determinação do juízo competente para decidir o pedido de tutela provisória antecedente, deve ser feita à luz das regras pertinentes à tutela final. Necessário, pois, percorrer o caminho estabelecido pelo legislador para exame da pretensão principal ou definitiva. Leva-se em conta, inicialmente, a organização judiciária do Brasil. O órgão de cúpula do Poder Judiciário é o Supremo Tribunal Federal, que algumas vezes tem competência originária estabelecida na Constituição Federal. Verificada uma dessas hipóteses, deve o pedido de tutela provisória antecedente ser dirigido diretamente a essa Corte.

Se tal não ocorrer, é preciso verificar, também na Constituição Federal, qual a Justiça competente, dentre as cinco existentes: Federal e Estaduais (comum), Trabalhista, Eleitoral e Militar (especial). Saliente-se ser a competência da Justiça Comum Estadual é determinada por

cautelar. Ambas pressupõem a dedução futura do pedido de tutela definitiva. Não se confundem, pois, com as hipóteses excepcionais de tutela sumária definitiva. A previsão do art. 1.280, *fine*, do Código Civil (pedido de caução por dano iminente em prédio vizinho) visa a assegurar o efeito prático da tutela futura, consistente na demolição ou reparação do prédio. Não se trata, pois, de pretensão autônoma à caução. Contra, Araken de Assis, *Processo civil cit.*, p. 402).

⁶⁹ V. Flávio Luiz Yarshell, *Antecipação da prova*, pp. 207 e ss.

exclusão, ou seja, é residual: o que não for atribuído expressamente na Constituição para as demais Justiças.

Em caráter excepcional, o legislador estabeleça hipóteses em que a propositura da demanda seja feita em 2º grau. São os casos de competência originária dos tribunais.

Com relação à Justiça Especial e à Justiça Comum Federal, a competência dos tribunais está disciplinada na Constituição Federal e em leis extravagantes (CF, arts. 108, 111, § 3º, 113, 121 e 124, parágrafo único). No âmbito das Justiças Estaduais, a regulamentação é feita nas respectivas Constituições e em leis de organização judiciária (CF, art. 125, § 1º).

Cumprida essa etapa, deve-se atentar para eventual competência originária dos Tribunais Superiores da Justiça Comum (Superior Tribunal de Justiça) e das Justiças Especiais (Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar), normalmente previstos também na Constituição Federal.

Também há hipóteses de competência originária de 2º grau em todas as Justiças (Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Estaduais Militares).

Trata-se de situações, como já alertado acima, excepcionais. A regra consiste na competência de 1º grau para a propositura das demandas. Nesse caso, identificada a Justiça competente, deve ser encontrado o foro (área sobre a qual o respectivo órgão jurisdicional tem atribuição). Para tanto, aplicam-se as normas do Código de Processo Civil sobre competência territorial.

Muitas vezes, em um mesmo foro há vários juízos, podendo a

distribuição da competência levar em conta áreas de especialização (família, Fazenda Pública, registros, cível em geral) ou a subdivisão do território.

Observado esse breve esquema, chega-se ao juízo competente para a demanda com pedido de tutela definitiva e, portanto, para examinar a pretensão à tutela provisória antecedente.

Eventual equívoco quanto ao direcionamento não deve obstar o exame do pedido, tendo em vista a urgência a ele inerente. O juiz decidirá a respeito, mesmo se absolutamente incompetente, e depois enviará os autos ao órgão jurisdicional correto, a quem compete manter ou revogar a decisão (CPC, art. 64, § 4º).

Em princípio, se houver necessidade de tutela provisória em demanda de competência originária do tribunal, o pedido deverá ser formulado ao respectivo órgão jurisdicional (CPC, art. 299, parágrafo único), competindo ao respectivo relator o exame (CPC, art. 932, inciso II). A pretensão à tutela provisória deduzida em caráter antecedente será encaminhada ao Presidente e, distribuída, caberá ao relator determinar as providências previstas no regimento interno (CPC, art. 932, inciso VIII), especialmente aquelas estabelecidas no art. 303 do Código.

Se o processo já estiver em curso, o pedido de tutela tem natureza incidental e deve ser dirigido diretamente ao relator (CPC, art. 932, inciso II).

O dispositivo incide também na hipótese em que a tutela antecipada for requerida na fase recursal. Nesse caso, todavia, necessárias algumas considerações.

Proferida a sentença, embora sua eficácia não seja imediata, visto que a apelação, em regra, é dotada de efeito suspensivo (art. 1012), pode

surgir a necessidade de providência imediata, visando a evitar dano ou risco ao resultado útil do processo, mesmo porque há situações em que o recurso não tem o condão de impedir os efeitos da decisão (arts. 995, *caput* e 1012, § 1º). Embora a apelação e o recurso ordinário não comportem juízo de admissibilidade na origem, alguns atos devem ser praticados antes da remessa dos autos ao órgão *ad quem* (arts. 1010, §§ 1º a 3º, 1028, §§ 2º e 3º). Nesse ínterim, eventual pedido de tutela provisória deve ser dirigido diretamente ao Presidente do Tribunal ou da respectiva Seção competente para julgar o recurso, mesmo antes da remessa dos autos. Realizada a distribuição, o relator sorteado decidirá a respeito e, salvo disposição diversa do regimento interno, ficará prevento para o julgamento do recurso.

Nessa mesma linha, o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, que não deixa de ser modalidade de tutela provisória, será examinado pelo relator, observado o mesmo procedimento descrito acima para a competência originária (art. 995, parágrafo único; v.tb. arts. 932, II, 989, II, e art. 1.029, § 5º).

Eventual dúvida quanto à competência e a possível prevenção do órgão julgador ou do relator não pode constituir óbice ao imediato exame do pedido de tutela de urgência no Tribunal. Cabe ao respectivo Regimento Interno regular a matéria. O que não se admite é a ausência de solução imediata, o que pode tornar inútil a tutela recursal. Alguém deve ser incumbido de decidir sobre a admissibilidade ou não da tutela urgente e só então serão adotadas as providências visando à determinação do juízo competente para julgar o recurso. Definido o relator, ele manterá ou revogará a decisão anterior (arts. 64, § 4º, e 932, II).

Se o processo estiver suspenso, em razão de Incidente de

Resolução de Demandas Repetitivas (art. 982, I), pedido de tutela provisória de urgência (antecipada ou cautelar) deve ser dirigido ao respectivo juízo (art. 982, § 2º).

Interposta apelação e antes da remessa dos autos ao tribunal, pode surgir a necessidade da antecipação dos efeitos da tutela final ou de alguma medida com conteúdo meramente assecuratório. Deverá a parte pleiteá-la pela via autônoma e encaminhar a respectiva petição ao tribunal, ante a impossibilidade de formular o pedido nos mesmos autos. O importante é assegurar à parte a utilidade prática da tutela jurisdicional.

O aspecto formal em nada influi na sua natureza. Se requerida nos autos do processo cognitivo, caracteriza-se como provisória incidental. Caso seja necessária a adoção de procedimento autônomo, porque antecedente ou deduzida em grau de apelação, esse meio deve ser admitido.

Também são frequentes as situações nas quais a tutela provisória é pleiteada com o objetivo de dotar os recursos extraordinário e especial de efeito suspensivo e, conseqüentemente, evitar a eficácia imediata do acórdão prevista no art. 995 do CPC/2015.

Adotado substancialmente o entendimento expresso nas Súmulas 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal, o art. 1.029, § 5º do Código de Processo Civil prevê três hipóteses: admitido e não distribuído o recurso, o pedido será encaminhado ao respectivo tribunal superior, ficando o relator sorteado prevento para julgá-lo; se já distribuído o recurso, o pedido é dirigido ao relator; antes de realizado o juízo de admissibilidade desses recursos ou se houver sobrestamento, nos termos do art. 1037, a competência é do presidente ou vice do tribunal de origem.

Circunstâncias excepcionais autorizam, segundo entendimento

adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, o exame do pedido de tutela provisória por aquela Corte, embora ainda não realizado o juízo de admissibilidade pelo tribunal *a quo*. Trata-se de orientação adotada na vigência do Código anterior e mantida no regime do Código de 2015.⁷⁰

2.8. *Legitimidade para postular a tutela provisória*

A tutela provisória, antecipada ou cautelar, é providência normalmente pleiteada pelo autor, . Não tem o réu legitimidade para requerê-la, salvo nas hipóteses das chamadas ações dúplices, em que lhe é permitido formular pretensão na própria contestação⁷¹, bem como na hipótese de reconvenção.

O fato de o legislador haver admitido a dedução do pedido de tutela provisória na petição inicial não constitui óbice a que se aceite a providência em favor do réu nas demandas em que se admitem pedidos contrapostos. Para ele, o pleito inicial é exatamente aquele formulado na contestação. De mais a mais, interpretação literal do dispositivo em questão levaria a conclusão incompatível com os objetivos da tutela provisória. A aplicação dos métodos teleológico e sistemático revela ser este o resultado pretendido com a adoção do novo instituto.

⁷⁰ *Cfr.* JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, Pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, CONJUR, 30.5.2017

⁷¹. Exemplos de ações dúplices, por determinação legal, são a possessória, a consignatória, todas as demandas para as quais é previsto o procedimento sumário.

Também é possível ao réu-reconvinte pedir tutela antecipada, pois nessa demanda assume ele a qualidade de autor.⁷²

Não se pode excluir, todavia, em caráter absoluto, a possibilidade de o réu formular pedido de tutela provisória, principalmente na espécie antecipada, na própria contestação, ainda que não se trate de ação dúplice. Embora mais difícil a probabilidade de subsunção aos requisitos legais, impossível afastar de plano que tal venha a ocorrer. Imagine-se, por exemplo, demanda condenatória contestada, tendo o autor, em razão da suposta dívida, remetido informações para órgãos de proteção ao crédito. Poderá o réu, em tese, postular a antecipação de efeitos da futura sentença de improcedência, a fim de que seu nome seja provisoriamente excluído do rol de devedores inadimplentes ou não seja divulgado esse dado. O acolhimento do pedido está, evidentemente, subordinado à demonstração da verossimilhança de suas alegações, bem como do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (CPC, art. 300).⁷³

Por fim, a tutela provisória deve ser requerida pela parte exclusivamente para evitar risco de dano a direito seu, não de terceiros.⁷⁴

⁷². Com razão, portanto, Kazuo Watanabe quando afirma que a expressão “pedido inicial” deve ser interpretada ampliativamente, para abranger essas situações, em que o demandado é, na verdade, autor (cfr. “Tutela antecipatória”, p. 33). Já se decidiu que: “Nas ações dúplices, ou se tiver reconvindo, o réu pode pleitear a tutela antecipada” (AI 148.460-4-SP, TJSP, 10ª C. de Direito Privado, rel. Des. Quaglia Barbosa, j. 18.4.00, v.u.).

⁷³. Também admitem, em princípio, a legitimidade do réu, além de terceiros intervenientes, Luiz Guilherme Marinoni (*A antecipação da tutela*, pp. 172-174) e Cassio Scarpinella Bueno (*Tutela antecipada*, pp. 42-45). A legitimidade do réu foi expressamente reconhecida nos autos do proc. 195/2004, da 1ª Vara Cível de Diadema. Determinou-se a suspensão dos efeitos do protesto e, com a improcedência do pedido, o cancelamento definitivo.

⁷⁴. Assim já se decidiu em pedido de antecipação de tutela formulado pelo Poder Público sob o fundamento de que necessitava do provimento reivindicatório imediatamente, para promover a entrega do bem a terceiros, estes prejudicados pela demora do processo (cfr. AI 5.448-4-5-Mirante do Paranapanema, TJSP, 2ª C. de Direito Privado, rel. Des. Vasconcellos

2.9. Tutela provisória “ex officio”

O legislador processual de 1973, rompendo com o dogma da inércia da jurisdição, permitia ao juiz conceder, excepcionalmente, tutela cautelar de ofício.⁷⁵ Tal possibilidade encontrava fundamento no art. 797 do Código.⁷⁶

Pereira da Silva, j. 21.5.96, v.u.).

⁷⁵. 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. No 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 de 1973. 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, o legislador de então, no que se refere às obrigações de fazer e de não fazer, pareceu ter adotado o legislador solução compatível com as chamadas tutelas executivas *lato sensu*, pois permitia que o juiz, de ofício e no próprio processo cognitivo, determinasse 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.). Também na demanda versando sobre declaração de paternidade, admite-se julgamento *extra petita*, pois o juiz pode conceder alimentos, mesmo se não pleiteados (lei n. 8.560, de 29.12.92, art. 7º). Sobre a suposta relação entre o princípio da demanda e a disponibilidade do direito material, v. Bedaque, *Poderes instrutórios*, pp. 133 e ss.

⁷⁶. Para Galeno Lacerda esse dispositivo consagrava a cautela de ofício, pois fazia referência à concessão da medida *sem audiência das partes*, ou seja, autor e réu. Não obstante, o eminente mestre limitava a possibilidade ao que ele denominava 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”. Referia-se, porém, a situações excepcionais de cautelar jurisdicional de ofício (cfr. *Comentários*, pp. 110 e ss.). Posição mais restritiva era sustentada por Sydney Sanches, *Poder cautelar*, pp. 134-136. Também afirmavam o caráter excepcional da medida João Batista Lopes (“Medidas cautelares inominadas”, p. 16) e Sérgio Seiji Shimura (*Arresto cautelar*, pp. 53-57). Humberto Theodoro Júnior apontava para a possibilidade de o juiz agir de ofício apenas em relação às medidas cautelares incidentais (cfr. *Processo cautelar*, pp. 96 e ss.). Dinamarco sustentava posição bastante ampliativa, 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 de 1973, concluía: “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).

Seria admissível, da mesma forma, a concessão da tutela provisória de ofício, à luz do Código de 2015?

Como regra geral, a resposta é negativa.

Em primeiro lugar, a indagação deve ser examinada tão somente em relação à tutela provisória de urgência, requerida em caráter incidental. Não há como imaginar a possibilidade de sua concessão de ofício antes de a parte dar início ao processo, ou seja, em caráter antecedente. Prevalece aqui o princípio da inércia, pois só é admissível medida de natureza provisória se destinada a assegurar o resultado final do processo. Se não pleiteada a tutela definitiva, impossível a concessão da provisória. Tanto que, na hipótese de tutela requerida em caráter antecedente, deve o autor indicar expressamente o “pedido de tutela final” (art. 303, *caput*) ou o “direito que se objetiva assegurar” (art. 305, *caput*).⁷⁷

fazer expressa referência . Se não pleiteada

O legislador, aparentemente, condiciona a medida ao pedido da parte (arts. 295, 299).⁷⁸

⁷⁷ Nesse sentido, Araken de Assis, *Processo civil cit.*, p. 568.

⁷⁸ Moniz de Aragão, ao tratar do tema à luz do Código de 1973, concluiu ser necessário pedido da parte, inclusive em relação às obrigações de fazer (art. 461, § 3º), não obstante inexistente exigência expressa (cfr. “Alterações no Código de Processo Civil”, p. 238). Em sua opinião, embora tratado em dispositivo específico, o regime da antecipação da tutela deveria 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 aplicariam às demais hipóteses de tutela antecipada em função do disposto no art. 799 do Código. Esse entendimento 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 sustentava a identidade de regime Teori Albino Zavascki, *Antecipação da tutela*, pp. 151 e ss. Não obstante as diferenças de redação entre os arts. 273 e 461, como se trata de regras sobre tutelas da mesma natureza, deviam ser interpretadas de modo a conferir harmonia ao sistema das medidas de urgência. Esse era o entendimento predominante (João Batista Lopes, *Tutela antecipada*, pp. 142-146). No mesmo sentido, substancialmente, Eduardo Arruda Alvim, *Tutela antecipada*, p. 304. Este último autor concluiu, com razão, que as diferenças de redação verificadas nos arts. 273 e 461, § 3º,

Além disso, mesmo se considerada a antecipação como cautelar, havia o óbice do art. 797, que apenas admitia a cautela de ofício se houvesse expressa autorização legal.⁷⁹

Por fim, a regra da inércia representa conquista da ciência moderna, pois visa a assegurar o afastamento do juiz dos interesses em conflito, em relação aos quais os poderes de iniciativa do juiz são limitados. Só deve ser aceita a concepção “publicista” do processo, se entendida essa expressão como o poder conferido ao julgador de alcançar resultado próximo da realidade jurídico-material, assegurando às partes a possibilidade de participar efetivamente do contraditório e influir na formação de seu convencimento.⁸⁰ Entenda-se verdade real como aquela resultante dos esforços dos sujeitos do processo, inclusive o juiz, para que a realidade seja, na medida do possível, fielmente retratada nos autos. Mais apropriado falar-se em verdade processual, cuja proximidade com a

“são muito mais teóricas do que propriamente mensuráveis no plano prático” (p. 315). Esse raciocínio interpretativo não é mais necessário, pois o Código de 2015 não reproduziu a regra do art. 461, § 3º. Nessa medida, independentemente da natureza da obrigação objeto do processo, o regime da tutela provisória é único.

⁷⁹. Entendendo ser incabível a antecipação de ofício no Código anterior, mesmo porque não a considerava como tutela cautelar, cfr. Dinamarco, *A reforma do Código de Processo Civil*, pp. 149-150. Embora o eminente professor identificasse semelhanças entre as duas modalidades de tutela de urgência, entendia 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, são provisórias, pois visam tão somente a assegurar essa efetividade. Talvez o problema seja mais terminológico. No mesmo sentido era 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. 541-455. João Batista Lopes aderiu a esse entendimento, com amparo no princípio dispositivo (*Tutela antecipada*, pp. 65-68).

⁸⁰. Calmon de Passsos, *Da antecipação da tutela*, p. 202.

realidade jurídico-material deve ser buscada.⁸¹

Não se podem excluir, todavia, situações excepcionais, em que o juiz verifique a necessidade da tutela provisória, diante do risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada, se existentes 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.⁸²

⁸¹. Cfr. Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, pp. 19/20 e 137 e ss.

⁸². Barbosa Moreira apontava para o fato de que a timidez dos advogados tem levado os juízes, “sobretudo nos Juizados Especiais Cíveis e nas causas de família, a desprezar a 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. 89). Entendia, 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 era a posição assumida por Dinamarco. Embora reconhecesse 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 outra oportunidade, o eminente titular da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, reafirmou 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, manteve a opinião segundo a qual, 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 de 1973 (ob. cit., n. 15). Os efeitos produzidos pela tutela antecipada no plano do direito material levaram-me a conclusão idêntica como regra geral, embora discordasse da premissa e admitisse situações excepcionais em que diversa seria a solução. Acompanhava essa conclusão Luiz Gustavo Tardin, *Fungibilidade das tutelas de urgência*, pp. 127-130. Na opinião de Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, a concessão *ex officio* da tutela antecipada era admissível nas hipóteses do art. 273, inc. II e § 6º, jamais no caso de perigo (*Tutela antecipada sancionatória*, pp. 89-92).

Esse entendimento, sustentado na vigência da legislação revogada, fica mantido.⁸³

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

A aceitação do poder de antecipação *ex officio* 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 medida 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.⁸⁴

O Colendo Superior Tribunal de Justiça adotou esse entendimento na vigência do Código anterior, especialmente se a antecipação visasse à

⁸³ Na II Jornada de Direito Processual Civil, promovida pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, em setembro de 2018, enunciado nesse sentido foi recusado. Araken de Assis também considera necessária a iniciativa da parte (Processo civil cit., p.p. 411/413)

⁸⁴ Mesmo tratando-se de cautelar conservativa, a jurisprudência não admitia a concessão de ofício: “O sequestro, 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). Para exame da posição favorável à concessão da tutela antecipada de ofício, desde que seja possível inferir o pedido, deduzido implicitamente por parte hipossuficiente, cfr. Luciano Campos de Albuquerque, “A possibilidade de concessão”, pp. 35 e ss. Pondero apenas que, se a interpretação permitir essa conclusão, a concessão não será de ofício. Menos restritivo, aparentemente, era o entendimento de Victor André Liuzzi Gomes, para quem a concessão *ex officio* da tutela antecipada é compatível com a natureza cautelar da medida e não vai de encontro ao princípio da inércia previsto no art. 2º do Código de Processo Civil (cfr. *Intervenção de terceiros*, pp. 144-152).

⁸⁵ Transcrevo decisão proferida no Resp 1.309.137 – MG, relatado pelo Ministro Herman Benjamin e julgado em 8.5.12, cuja conclusão ampara-se em premissas defendidas neste trabalho: *“As tutelas de urgência são identificadas como reação ao sistema clássico pelo qual primeiro se julga e depois se implementa o comando, diante das mazelas do tempo inimigo decorrente da demora do processo e da implementação de todos os atos processuais inerentes ao due process of law. Trata-se de situação que demanda exegese que estabeleça equilíbrio de garantias. O contraditório e o devido processo legal são garantias constitucionais tanto quanto o direito à vida, à propriedade, ao sigilo das comunicações e, mais recentemente, o direito ao processo em prazo razoável. Afinal, há que se ter em mente a preocupação com a promessa fixada pela doutrina italiana de que o processo deve conceder à parte tudo aquilo e exatamente aquilo que tem o direito de receber. Há situações-limite em que se recomenda a inversão do ônus do processo por meio da concessão da tutela de urgência. No caso concreto, o Tribunal se vale da ideia de que se pretende a concessão de salário-maternidade a trabalhadora rural (boia-fria), em virtude do nascimento de criança em 2004. É reconhecido por esta Corte que há um núcleo de direitos invioláveis essenciais à dignidade da pessoa humana, que constitui fundamento do Estado Democrático de Direito. Assim, direitos fundamentais correlatos às liberdades civis e aos direitos prestacionais essenciais garantidores da própria vida não podem ser desprezados pelo Poder Judiciário. O STJ já afirmou (ainda que como premissa para o cotejo do princípio da reserva do possível com o mínimo existencial; porém, com premissas que bem se aplicam ao caso) que “a partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais” (REsp 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16.9.2009, grifei). Nessas situações-limite, doutrina abalizada admite a concessão de ofício de antecipação de tutela: “Não se podem excluir, todavia, situações excepcionais em que o juiz verifique a necessidade de antecipação, diante do risco iminente 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. 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 (José Roberto dos Santos Bedaque, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 384-385). Não se aponte o óbice do princípio da inércia da jurisdição, porquanto já flexibilizado nos casos de habeas corpus, de decretação de falência, de início de inventário, de condenação por litigância de má-fé, de fixação de medidas necessárias à efetivação das tutelas específicas. Sendo assim, admite-se, em hipóteses excepcionais, a antecipação de tutela de ofício.”*

2.10. *Fungibilidade ontem e hoje*

Na vigência do Código anterior, inovação trazida pela lei 10.444, de 7.5.2002 veio reforçar a ideia da identidade entre ambas as modalidades de tutela de urgência e provisória, seja ela conservativa, seja antecipatória. Tratava-se do § 7º acrescentado ao artigo 273.

Essa alteração revelava a necessidade de aproximação das modalidades de tutela sumária, urgente e provisória, a fim de que recebam o mesmo tratamento jurídico.⁸⁶

Adotou-se, em relação às tutelas de urgência, cautelares ou antecipadas, a regra da fungibilidade, segundo o qual, pode o juiz conceder a medida mais adequada à situação dos autos, sendo irrelevante eventual equívoco do requerente ao formular o pedido.⁸⁷

Tal dispositivo era nitidamente inspirado no princípio da instrumentalidade das formas. Muitas vezes o próprio legislador prevê expressamente a possibilidade de adoção, pelo juiz, de técnica processual distinta daquela pretendida pela parte, por considerá-la mais adequada à

⁸⁶. A sugestão foi apresentada pelo Ministro Athos Gusmão Carneiro e veio 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 era possível, evidentemente, porque se trata de medidas ontologicamente iguais. Aliás, essa semelhança era expressamente apontada por Athos Gusmão Carneiro, em obra doutrinária (cfr. *Da antecipação*, pp. 38-39). Embora em vigor o Livro III do Código de Processo Civil de 1973, entendia-se necessário abrandar o rigor formal quanto à exigência de processo autônomo para a cautelar (cfr. Cassio Scarpinella Bueno, *Tutela antecipada*, pp. 133-135).

⁸⁷. Segundo José Rogério Cruz e Tucci, a nova regra “vem mitigar a exegese estritamente formalista que se verifica na prática, em detrimento da urgência de determinadas situações. Jamais se aconselha que a forma sacrifique o direito do jurisdicionado” (*Lineamentos...*, p. 43).

situação.⁸⁸

Embora o dispositivo ora examinado fizesse referência somente à possibilidade de substituição da tutela antecipada por cautelar, não pode haver dúvida de que a fungibilidade operava nas duas direções, sendo possível conceder tutela antecipada em lugar de cautelar. Também é preciso deixar claro que a fungibilidade não estava limitada apenas a problemas terminológicos. A adequação a ser feita pelo juiz era da própria medida, deferindo aquela mais apta a afastar o risco de inutilidade da tutela final. Nada obstava, portanto, que, diante de pedido de antecipação de efeitos, o juiz deferisse tutela meramente conservativa e vice-versa. Esse *duplo sentido vetorial entre as medidas urgentes*⁸⁹ sequer necessitaria estar previsto em lei, pois decorre da própria lógica do sistema das tutelas provisórias e instrumentais.

Nessa mesma linha ampliativa da fungibilidade, não parece razoável exigir-se a existência de controvérsia sobre a modalidade de tutela sumária pleiteada pela parte. Em outras palavras, desnecessária à incidência do dispositivo em questão a denominada *dúvida objetiva*. A

⁸⁸. Cfr. Bedaque, *Efetividade do processo*, pp. 115-124; Luiz Gustavo Tardin, *Fungibilidade das tutelas de urgência*, pp. 147-154.

⁸⁹. A expressão é de Dinamarco, que também admite a antecipação em lugar da cautelar pedida pela parte, embora, pelos exemplos apresentados, essa possibilidade estaria restrita ao aspecto formal, isto é, à denominação equivocada da modalidade adequada de tutela (cfr. *A reforma da reforma*, pp. 92-94). No mesmo sentido, Luiz Gustavo Tardin, *Fungibilidade das tutelas de urgência*, p. 172 e João Paulo Hecker da Silva, *Processo societário: tutelas de urgência e da evidência*, pp. 76/86. Também Joel Dias Figueira Júnior limita-se a admitir a fungibilidade meramente formal, decorrente de erro na formulação do pedido (cfr. *Comentários*, pp. 120 e ss.), e Cassio Scarpinella Bueno (*Tutela antecipada*, pp. 121 e ss.). Este último autor, todavia, ilustra suas conclusões com exemplos de fungibilidade meramente terminológica. Como visto, a previsão legal admite a substituição de uma medida por outra de natureza diversa. Trata-se de fungibilidade substancial. V. tb. Eduardo Arruda Alvim, *Tutela antecipada*, pp. 178-184.

intenção do legislador, ao prever expressamente a fungibilidade desacompanhada de qualquer exigência, foi facilitar a obtenção dessa modalidade de tutela jurisdicional.⁹⁰

Outra realidade revelada pelo § 7º, reconhecida pelo legislador de 2015, é a desnecessidade de processo cautelar autônomo. Se agora era possível, pela fungibilidade, deferir-se cautelar conservativa em lugar da antecipação requerida no próprio processo cognitivo, não seria admissível a adoção dessa mesma técnica sempre que a parte formule pedido de tutela cautelar incidental? Não estaria eliminada a exigência de ação, processo e procedimentos autônomos para as cautelares conservativas e nominadas? Parece que sim, tornando admissível, de forma genérica, atividades cognitivas e cautelares no processo de conhecimento.⁹¹

Foi exatamente essa a técnica adotada pelo Código de 2015. Tanto a tutela antecipada, como a cautelar podem ser requeridas incidentalmente, embora seja admissível a formulação do pedido provisório antes do definitivo, caso em que ambos também acabam integrando o mesmo processo (arts. 294, *caput*, 300 e 303).

Aliás, a adoção da fungibilidade constitui demonstração inequívoca da identidade substancial entre ambas as modalidades de tutela de urgência e provisória, posição aqui defendida e objeto de muitas críticas da doutrina processual.

⁹⁰. Acertada, portanto, a conclusão de Luiz Gustavo Tardin, que examina várias hipóteses da incidência da regra (*Fungibilidade*, pp. 175 e ss.). Contra, Eduardo Arruda Alvim, para quem é necessária a *dúvida objetiva* para a incidência da fungibilidade (*Tutela antecipada*, pp. 176 e 417).

⁹¹. Esse *sincretismo instrumental absoluto* é apontado por Joel Dias Figueira Júnior, *Comentários...*, pp. 117 e ss. V. tb. “Tutela antecipatória e acautelatória”, pp. 1 e ss., onde o autor analisa os requisitos para incidência do princípio.

A novidade trazida pelo § 7º do Código de 1973 – que desde a 1ª edição deste trabalho era considerada como inerente ao sistema processual –, indicava a necessidade de aproximação das espécies de tutela sumária, urgente e provisória, a fim de que todas recebam o mesmo tratamento jurídico. A correta compreensão do tema é importante, também, para evitar confusão entre antecipação provisória dos efeitos da tutela final e antecipação da própria tutela final pela técnica da sumarização do conhecimento. Embora ambas sejam precedidas de cognição não exauriente, esta última pode gerar solução definitiva, caso o réu se conforme e não tente desconstituí-la em outra sede. A tutela provisória não é apta à solução do litígio, pois é concebida para conferir efetividade à tutela final, da qual constitui instrumento.⁹² Essa conclusão foi integralmente adotada pela legislação em vigor.

Fungibilidade 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 (CPC/2015, arts. 141, 490 e 492), 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, sob pena de violação da regra da adstrição.⁹³

⁹². Embora negue a condição de cautelar à tutela antecipada, Humberto Theodoro Júnior considera-a espécie do gênero tutelas de urgência. Por isso, procura afastar os óbices formais à concessão da medida com fundamento na fungibilidade entre elas (cfr. *Tutela jurisdicional de urgência*, pp. 20-21).

⁹³. 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; Luiz Gustavo Tardin, *Fungibilidade das tutelas de urgência*, pp. 118-125). Sobre a necessidade de

Essa correlação entre a tutela provisória antecipada e a tutela final e definitiva 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, cujo conteúdo é meramente conservativo. 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 tutela antecipada encontra no possível provimento final sua eficácia máxima.⁹⁴

Mesmo que se negasse terminantemente ao juiz o poder 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 1ª 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 reforma do Código*, p. 142; José Carlos Barbosa Moreira, “A antecipação da tutela jurisdicional”, p. 209; nesse sentido: AI 778.199-9-SP, 1ª TACSP, 12ª C., j. 26.5.98, v.u.; AI 958.487-2-SP, j. 10.10.00, v.u.). V. tb. Victor A. A. Bonfim Marins, “Antecipação da tutela”, p. 561.

⁹⁴. A observação é de Tommaseo, 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 scaturenti dalla futura sentenza di merito” (“Provvedimenti di urgenza”, p. 860).

conceder de ofício a antecipação, ou de adequar a medida requerida aos fatos descritos pela parte – providência hoje expressamente admitida (CPC/2015, art. 305, parágrafo único), impossível ignorar que a previsão legal constituiu 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 provisória, cautelar ou 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.⁹⁵

A concessão de tutela provisória, especialmente na espécie antecipada, 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.⁹⁶

⁹⁵ “Ou seja, o *nomen juris* perde relevância e o importante é saber o juiz se o caso comporta ou não a *medida urgente* postulada, seja ela corretamente rotulada de *cautelar* ou de *antecipação*.” (Cândido Dinamarco, Gustavo Badaró e Bruno Lopes, Teoria geral do processo, p. 522.

⁹⁶. Apóio a advertência feita por Álvaro J. D. Perez Ragoné 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 ideias sobre o poder instrutório do julgador, manifestei-me nesse sentido (cfr. *Poderes instrutórios, passim*). Nesta sede, em que se discutem os limites a serem observados na concessão da tutela antecipada, não se pode prescindir dessa premissa.

Com fundamento nessas premissas, não mais se admite fenômeno muito frequente na vigência da legislação anterior, consistente na cômoda extinção de processo versando sobre sustação de protesto – ou mesmo a descon sideração de pedido com esse conteúdo formulado nos próprios autos, forma tecnicamente mais adequada, pois se trata de típica antecipação de efeitos da tutela declaratória de nulidade do título – nos casos em que a medida já se efetivou. Se não há mais possibilidade de impedi-la, que sejam sustados seus efeitos, visto ser essa a consequência realmente pretendida pelo requerente, seja lá qual for o nome a ela atribuído.⁹⁷

⁹⁷. Por isso, decidi que: “Não obstante a probabilidade de o protesto do título já ter se efetivado, verifica-se o interesse na obtenção da tutela de urgência, consistente em providência de conteúdo diverso da sustação de protesto, mas com idêntica finalidade. Tem-se admitido, em determinadas hipóteses, a suspensão dos efeitos do protesto já realizado (cfr. AI n. 7.053.350-9-São Roque, TJSP, 22ª C. de Direito Privado, j. 28.3.06; Ap. n. 948.937-4-Santos, TJSP, 22ª C. de Direito Privado, j. 7.6.05; AI n. 1.025.467-2-São José do Rio Preto, 1ª TACSP, 12ª C., j. 21.8.01, v.u.; Ap. n. 872.507-9-São Paulo, 1ª TACSP, 12ª C., j. 15.3.01, v.u.; Ap. n. 873.410-5-Campinas, 1ª TACSP, 12ª C., j. 15.3.01, v.u.; AI n. 902.595-0-São Paulo, 1ª TACSP, 7ª C., rel. Juiz Álvares Lobo, j. 21.3.00; AI n. 925.657-3-São Paulo, 1ª TACSP, 12ª C., j. 14.3.00, v.u.; AI n. 680.485-9-Campinas, 1ª TACSP, 1ª C., rel. Juiz Plínio Tadeu do Amaral Malheiros, j. 15.9.97, v.u.; AI n. 739.527-5-São Vicente, 1ª TACSP, 12ª C., rel. Juiz Matheus Fontes, j. 5.6.97, v.u.; AI n. 691.770-0-São Paulo, 1ª TACSP, 3ª C., rel. Juiz Antônio Rigolin, j. 6.8.96, v.u.). Tendo em vista a fungibilidade inerente às medidas de urgência (CPC, arts. 273, § 7º, e 798), nada impede a adequação da tutela à situação. Possível, portanto, ao menos em tese, a adoção de providência da mesma natureza, destinada a evitar os efeitos do ato. As alegações deduzidas pelo agravante estão amparadas em prova documental apta a torná-las verossímeis (fls. 12-29 e 31-41). Possível concluir, mediante cognição sumária, ser ao menos plausível a afirmação de que o cheque protestado foi emitido como pagamento de serviços que não foram prestados. É claro que o conjunto probatório não é suficiente para a procedência do pedido em futura demanda cognitiva. Tratando-se de medida de urgência, todavia, exige-se apenas juízo de plausibilidade, não de certeza. O risco de dano é indiscutível, pois evidentes os transtornos que o protesto acarreta às pessoas. Mantidos os efeitos do ato, o agravante terá sérias dificuldades em obter crédito ou realizar outros negócios até eventual concessão da tutela jurisdicional em demanda cognitiva, cuja utilidade ficará substancialmente reduzida. A antecipação desse efeito, consistente em suspender provisoriamente a eficácia dos protestos, é suficiente para conferir à eventual sentença constitutiva a efetividade que dela se pretende. Não se trata, evidentemente, de cancelamento dos protestos, mas de suspensão provisória de seus efeitos. Convém observar que nesta

2.11. Tutela provisória e contraditório

A preocupação com o valor segurança fez com que a doutrina processual clássica optasse pelo método de trabalho identificado pela expressão “procedimento ordinário”, assim entendido aquele caracterizado pela cognição plena e exauriente da relação substancial, afastando do sistema, ao menos como técnica generalizada, os procedimentos sumários, nos quais a atividade cognitiva comporta limites.

A técnica do procedimento ordinário não leva em conta as peculiaridades inerentes ao direito material e as relações da vida das pessoas, que devem se submeter a processo com as mesmas características rituais, como se não fosse necessário adaptar o instrumento à realidade de seu objeto.⁹⁸

A eliminação da tutela sumária e a adoção, como regra geral, do procedimento ordinário, seria fenômeno oriundo do direito romano tardio,

modalidade de medida de urgência, substancialmente idêntica à sustação de protesto, a preocupação está muito mais voltada ao *periculum in mora* do que ao *fumus boni iuris*. Quase sempre a medida é deferida com base apenas em alegações verossímeis, ainda que desacompanhadas de prova. Por fim, a suspensão dos efeitos dos protestos deve ser precedida de caução, competindo ao agravante apresentar a garantia real oferecida na petição inicial (fls. 17)” (TJSP, 22ª C. de Direito Privado, AI 7.054.817-3-Suzano, j. 28.3.06; v. tb. AI 7.035.926-5).

⁹⁸. Cfr. Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado*, pp. 15-16. V. tb. Bedaque, *Direito e processo*, pp. 51 e 68.

em que se verificou a absorção dos interditos pela *actio*, para a qual se aplicava o menos célere (*ordo judiciorum privatorum*), inspiração do nosso processo de conhecimento.⁹⁹

A inadequação do procedimento ordinário em relação às necessidades das relações de direito substancial acabou por levar os sistemas inspirados no direito romano-canônico a adotar tutelas urgentes, precedidas de cognição sumária, visando a afastar os inconvenientes, em especial o tempo necessário para o desenvolvimento da atividade cognitiva plena. A tutela sumária moderna está intimamente ligada às novas necessidades do plano material, incompatíveis com a morosidade do processo.¹⁰⁰

A demora na entrega da tutela jurisdicional é fator prejudicial a uma das partes, exclusivamente. Apenas o titular do direito sofre danos em razão do tempo necessário à cognição plena, em especial naqueles casos de direitos evidentes, cuja solução jurisdicional poderia ser dada de plano.

Em regra, o resultado do processo, do ponto de vista do autor, será tão mais efetivo e útil, quanto mais rápido for alcançado. A morosidade só lhe causa prejuízos, fazendo com que a tutela jurisdicional não represente para o titular do interesse lesado ou ameaçado, apesar de amparado pelas regras substanciais, que precisou invocar a intervenção estatal, solução equivalente àquela que ele obteria com a atuação espontânea do direito.¹⁰¹

⁹⁹. V. tb. Ovídio Baptista da Silva, *Curso*, p. 84.

¹⁰⁰. Cfr. Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado*, p. 16.

¹⁰¹. Com razão, nesse aspecto, Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado*, p. 17.

Dúvida não há de que o processo, fenômeno não apenas técnico, mas também ético, deve ser permeável à realidade social. Como instrumento do direito material que é, deve ser sensível às profundas modificações por que vêm passando as relações sociais e jurídicas, cada vez mais necessitadas de soluções urgentes, aptas a resolver de plano os litígios.

Não se pode admitir, porém, que a visão do processo pelo ângulo do autor leve ao sacrifício completo dos interesses opostos do réu. Ainda que não se aceitem alguns exageros ligados ao direito à ampla defesa conferido ao réu,¹⁰² o total abandono desses postulados pode levar à eliminação de valores caros à ciência processual moderna, como o contraditório e o devido processo legal.

O fator tempo é, sem dúvida, muito importante para a efetividade do processo. A tutela jurisdicional tempestiva constitui valor amparado no plano constitucional. A garantia de acesso à justiça não se limita a assegurar a todos o mero poder de invocar a tutela jurisdicional do Estado. Representa, na verdade, a existência de instrumento adequado à realização do direito material em favor de seu titular, em tempo razoável, a fim de que ele possa realmente usufruir dos efeitos práticos daí decorrentes. E a demora excessiva normalmente compromete de forma definitiva esse escopo jurídico e social do processo.¹⁰³

Por outro lado, não se deve esquecer que no polo oposto da relação processual existe alguém, titular de interesses também passíveis de

¹⁰². E nisso assiste inteira razão a Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado*, pp. 17-18.

¹⁰³ Sobre o fundamento constitucional da tutela de urgência, cfr. Araken de Assis, *Processo civil cit.*, pp. 365/368.

proteção jurídica e talvez merecedores da tutela jurisdicional. A tutela sumária em favor do autor, sem cognição adequada e contraditório pleno, pode gerar soluções injustas e lesivas à esfera jurídica do réu.

Daí a necessidade de se tentar compatibilizar dois valores existentes no processo: a rapidez necessária para a efetividade da tutela em favor do autor e a cognição imprescindível a um mínimo de certeza quanto à justiça da solução.

A tutela jurisdicional deve retratar, na medida do possível, a realidade jurídico-substancial. O processo, meio pelo qual se busca esse resultado, deve assegurar situação de equilíbrio entre os interessados. Não se pode eleger a demora como o único problema a ser solucionado, sob pena de sacrificarem-se garantias também fundamentais à efetividade desse meio estatal de solução de controvérsias. Por isso, equivoca-se quem só pensa nas medidas de urgência como alternativa para a demora, sem considerar que sua concessão implica cognição sumária e ausência de contraditório amplo. Tais valores não podem ser completamente desconsiderados, pois sua observância é tão ou mais importante para a justiça das decisões do que a rapidez.¹⁰⁴

Daí a necessidade de ponderar todos os valores envolvidos na concepção do instrumento estatal de solução das controvérsias, visando a encontrar a técnica mais adequada, identificada pela doutrina pela

¹⁰⁴. Carlos Manuel Ferreira da Silva observa corretamente que: “É certo que a demora das decisões definitivas é um mal maior que faz pensar na tutela antecipada como forma de o combater. As decisões antecipatórias não devem, porém, proliferar apenas por causa dessa morosidade e, de exceção que são, transformar-se em regra. Designadamente, não poderá criar-se uma situação em que as decisões definitivas demorem ainda mais por os tribunais se encontrarem assoberbados com a necessidade de proferir decisões provisórias. (...) O facto de a decisão antecipatória resultar de uma *sumario cognitio* já cria suficientes riscos pelo que se deverá encarar com muita prudência que, a seu propósito, se afastem princípios gerais cuja bondade foi decantada por séculos” (“Providências antecipatórias”, p. 23).

expressão “processo *equo e giusto*”

O instituto da tutela provisória foi inserido no sistema para favorecer exclusivamente, ou pelo menos preponderantemente, o autor da demanda. Em princípio, só ele tem interesse para postular a antecipação dos efeitos do provimento final ou a conservação de determinado bem, salvo, evidentemente, aquelas situações em que o réu, pela técnica processual, acaba assumindo também a condição de autor.¹⁰⁵

Como já visto, a medida pode ser concedida em qualquer fase do procedimento, mesmo antes da citação.

Por isso o cuidado do legislador na regulamentação do instituto, que indica minuciosamente os requisitos necessários à sua adoção, merecendo especial destaque, considerada a modalidade antecipada, o óbice da irreversibilidade de efeitos. Tudo isso se deve aos princípios constitucionais da bilateralidade da audiência, do contraditório e da ampla defesa, enfim, do devido processo legal.

Visando a evitar que da antecipação resulte dano também irreparável ao réu, impediu-se tal providência se a satisfação provisória do direito do autor gerar consequências irreversíveis.¹⁰⁶

A imposição de tais requisitos funciona também como advertência ao julgador, que deve compatibilizar o instituto da tutela

¹⁰⁵. Refiro-me às hipóteses de demandas dúplices e à reconvenção.

¹⁰⁶. Segundo correta observação de Arruda Alvim: “É patente que o legislador, por contingência até da sistemática, assume realmente um risco, que, no entanto, é muito pequeno. Da extensão do risco, no entanto, está resguardado o réu, pois que não será concedida a antecipação da tutela se a realização do direito do autor levar a uma situação de irreversibilidade (art. 273, § 2º)” (cfr. “Tutela antecipatória”, p. 26).

provisória com os postulados constitucionais acima indicados.¹⁰⁷

A preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional, aqui tantas vezes invocada e que constitui um dos pontos fundamentais do sistema processual, não significa estejam as garantias voltadas apenas para assegurar resultado favorável ao autor. Como tudo, a efetividade não pode ser erigida em valor absoluto. Não se deve pensar no processo como meio de satisfação dos interesses de uma das partes, devendo esse resultado ser alcançado a qualquer preço. As posições jurídicas dos sujeitos ativo e passivo são, em princípio, dignas de proteção. É preciso, portanto, saber conciliar esses interesses opostos e contraditórios, a fim de que o resultado beneficie realmente o titular de uma situação jurídico-material merecedora da tutela jurisdicional.

Esse o grande e fundamental papel atribuído à técnica: fazer do processo instrumento real de garantia das pessoas que, ao ver do legislador substancial, se encontrem em determinada posição de vantagem no tocante à satisfação de determinado interesse. Mas, a proteção do interesse pelo direito material deve ser revelada pela via do método de trabalho capaz de assegurar a todos os que dele participam condições para a defesa de suas posições.

¹⁰⁷. Arruda Alvim acena para o risco que a tutela antecipatória pode representar para o contraditório, “exatamente porque, neste instituto, admite-se seja proferida a decisão, com acolhimento da pretensão do autor, em processo em que, pelo próprio sistema do instituto, a instrução ainda não está terminada. Por isso é que o legislador foi cuidadoso, e, bem assim, deverá ser cauteloso o aplicador da lei. O juiz haverá de agir atendendo ao velho e nunca desgastado valor da *prudência*, que é uma das mais relevantes virtudes que pode ter um juiz, a informar a sua atividade jurisdicional” (“Tutela antecipatória”, p. 23). V. tb. Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia das decisões*, pp. 257-259, que alerta para o perigo decorrente da visão unilateral do fenômeno processual, que pode resultar no denominado processo civil do autor. A respeito das medidas de urgência e do direito de defesa, cfr. ainda, Abraham Luis Vargas, “Teoría general”, pp. 131-141.

O processo é, pois, o meio estatal destinado à tutela de pessoas.¹⁰⁸

Por isso, e à luz do princípio do contraditório efetivo e equilibrado, não se pode construir o sistema processual com garantias apenas para uma das partes. O processo civil não é do autor, nem do réu. É mecanismo estatal dotado de meios para assegurar via equânime e justa, com oportunidades iguais, a fim de que seja alcançado o resultado mais próximo possível da vontade do direito material.¹⁰⁹

Apesar das limitações legais, mostra-se adequada a posição que propugna pela possibilidade de a tutela provisória antecipada conferir ao autor a satisfação total dos efeitos da sentença condenatória, versando obrigação de pagar quantia em dinheiro, inclusive com a possibilidade de arrematação definitiva do bem penhorado.¹¹⁰

Parece não ser essa, todavia, a vontade do legislador, que previu a

¹⁰⁸. Na feliz observação de Dinamarco, também o réu pode obter a tutela jurisdicional, na medida em que a pretensão do autor seja rejeitada. Não há, nessa hipótese, nenhum direito substancial objeto de tutela. Evitou-se, apenas a invasão da esfera jurídica de alguém. Tutelou-se a pessoa, não um direito, que o provimento judicial se limitou a declarar inexistente (cfr. “Tutela jurisdicional”, pp. 34 e ss.).

¹⁰⁹. Bem pondera Barbosa Moreira que um dos riscos a que está sujeito o pensamento voltado para a efetividade do processo consiste exatamente “na tentação de arvorar a efetividade em fator absoluto: nada importaria senão tornar mais efetivo o processo, e nenhum preço seria excessivo para garantir o acesso a tal meta. É esquecer que no direito, como na vida, a suma sabedoria reside em conciliar, tanto quanto possível, solicitações contraditórias, inspiradas em interesses opostos e igualmente valiosos, de forma que a satisfação de um deles não implique o sacrifício total de outro” (“Efetividade do processo e técnica processual”, p. 99).

¹¹⁰. Cfr. Marinoni, *A antecipação da tutela*, pp. 368 e 372, conclusões 57 e 87. Para o ilustre processualista paranaense, cujo acertado entendimento foi defendido durante a vigência do Código de 1973, a antecipação da tutela, devido ao seu caráter satisfativo, não tem natureza cautelar. Tratando-se de antecipação do pagamento de soma em dinheiro, o objetivo seria impedir prejuízo irreparável a um direito conexo, não ao próprio direito de crédito. Nessa medida, não deve ser suspensa após a penhora, pois poderia trazer prejuízos ao direito que a antecipação visa a proteger (cfr. *A antecipação*, pp. 131-132). Não obstante discordar dessa posição, quanto à classificação da tutela antecipada, apoiei e continuo entendendo correta a conclusão.

antecipação dos efeitos como medida provisória.

Isso significa deva ser ela *provisória* e *instrumental*. Tais características não se coadunam com o resultado irreversível.¹¹¹

No caso de tutela condenatórias, em tese é possível a volta ao estado anterior, mesmo que a questão se resolva em sede de indenização ou repetição do indébito.

Apenas não se aceita a premissa de que o possível resultado favorável deva ser assegurado a qualquer custo, ainda que a dano da esfera jurídica do sujeito passivo do processo, também digno de oportunidades idênticas de tutela jurisdicional.¹¹²

A técnica da antecipação da tutela ou de seus efeitos constitui instrumento fundamental para a efetividade do processo, não se nega. Trata-se de mecanismo destinado a retirar dos ombros do autor a responsabilidade de suportar sozinho a demora do processo.¹¹³

Mas não pode transformar-se em odioso privilégio dessa parte processual, a ponto de possibilitar, com sua aplicação, a ocorrência de

¹¹¹. Dinamarco pondera que não se pode permitir o sacrifício de um direito, ainda que improvável. No máximo, admite-se o risco de lesão, ante a probabilidade da existência de outro direito. Mas “não deve o juiz correr riscos significativos e, muito menos, expor o réu aos males da irreversibilidade, expressamente vetados pela lei vigente (art. 273, § 2º)” (*A reforma do Código de Processo Civil*, p. 144).

¹¹². Com razão Marinoni quando afirma que a antecipação constitui técnica de distribuição do ônus do tempo do processo e sua adoção elimina uma das vantagens adicionais do réu, qual seja, a lentidão da Justiça, que o autor não pode suportar sem grave prejuízo (*A antecipação da tutela*, pp. 23-24). É preciso ponderar, todavia, que a técnica processual deve levar em conta o sistema constitucional de garantias do processo. A antecipação da tutela ou de seus efeitos, como mecanismo de proteção ao autor, não pode dispensar os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, sob pena de tornar-se inconstitucional. De nada adianta eliminar vantagens adicionais do réu e conferir outras exclusivamente para o autor. Necessário buscar uma solução intermediária, que atenda ao postulado da isonomia e preserve o equilíbrio entre as partes do processo.

¹¹³. Cfr. Marinoni, *A antecipação da tutela*, pp. 28-29.

dano irreparável à esfera jurídica do réu, sem que esse sequer tenha oportunidade de influir na formação do convencimento do juiz.¹¹⁴

Por isso, reconhecer nessa espécie de tutela natureza provisória coaduna-se com o sistema de garantias processuais, voltado não apenas para o autor, mas para ambas as partes.

Em razão dessas considerações, a execução da tutela antecipada, seja qual for a natureza da obrigação, não pode levar a resultados irreversíveis, ao menos em regra, sob pena de risco de lesão definitiva aos interesses relevantes de um dos sujeitos da relação processual.

A construção de sistema *equo e giusto* não pode admitir tal solução, que representaria tratamento desigual das partes no processo. A cognição sumária, feita muitas vezes *inaudita altera parte*, não permite que a verossimilhança se transforme em direito, sem possibilidade de volta ao *status quo* caso a situação se mostre diversa por ocasião da cognição profunda.¹¹⁵

¹¹⁴. Uma vez que a tutela pode ser concedida, na hipótese do inciso I do art. 273, sem audiência da parte contrária, ainda que excepcionalmente (nesse sentido Marinoni, *A antecipação da tutela*, pp. 187-188; Kazuo Watanabe, “Tutela antecipatória”, pp. 34-35).

¹¹⁵. Arruda Alvim adverte, com muita propriedade, para a necessidade de a antecipação da tutela não ofender o devido processo constitucional: “É necessário que instituto como este, da tutela antecipatória, respeite o princípio da bilateralidade da audiência. Vale dizer, ainda que se possa satisfazer o autor, antes daquele que seria o momento normal, isto somente deverá ocorrer desde que respeitados determinados limites em relação à posição do réu. Se inexistisse o texto do art. 273, § 2º, e, pois, a realização prática ou a execução do conteúdo da tutela concedida antecipadamente ao autor criasse uma situação irreversível, certamente sentido algum teria mesmo, sequer, em prosseguir no processo, para aí vir a ser proferida outra sentença, em que, hipoteticamente, poder-se-ia vir a alterar a decisão em que se concedera antecipadamente a tutela. Se a situação criada pela concessão da tutela fosse irreversível, essa tutela concedida seria definitiva, no sentido de não poder mais vir a ser desfeita, ainda que, em tal hipótese, se pudesse pensar em dever o autor vir a pagar perdas e danos ao réu. A reversibilidade é necessária até mesmo pela regra do art. 5º, LIV, da CF, pois, se irreversível fosse, alguém restaria condenado ‘sem o devido processo legal’, e, ainda, teria sido esse alguém privado de seus bens sem o contraditório e ampla defesa, ‘com os meios e recursos a

Daí se afirmar que a antecipação provisória deva limitar-se a alguns efeitos da tutela condenatória, tal como o executivo. Mas a execução não pode ser sempre exauriente, no sentido de não comportar volta ao estado anterior, pena de desvirtuamento da natureza da medida em que ela se funda.¹¹⁶

Preferível o entendimento de que o legislador processual adotou medida peculiar, de natureza provisória, para permitir a antecipação dos efeitos da sentença no próprio processo cognitivo, independentemente de execução autônoma, mesmo tratando-se de demanda condenatória.

As medidas satisfativas já consumadas na fase cognitiva, por força da antecipação dos efeitos, seriam simplesmente confirmadas pelo provimento final e definitivo.

Já na vigência do Código de 1973, essa preocupação com a efetividade do contraditório, principalmente se considerada a situação do réu, é anterior à introdução no sistema processual da tutela antecipada.

A via processual utilizada para obtenção de soluções urgentes, de cunho satisfativo era, como se sabe, a da cautelar inominada. Preocupada

ela inerentes' (CF, art. 5º, LV)" ("Tutela antecipatória", p. 30). No AI 6.456/99-RJ, TJRJ, 5ª Câmara Cível, rel. Des. Carlos Raymundo Cardoso, j. 14.9.99, v.u., decidiu-se que a tutela antecipada "não configura violação do contraditório senão que seu diferimento para momento subsequente, justificado pela urgência na proteção do interesse jurídico ameaçado ou lesionado". Tal enunciado pode ser aceito somente se a intervenção posterior do réu tiver o condão de possibilitar a volta ao estado anterior. A irreversibilidade da antecipação implica violação ao contraditório, em princípio injustificável.

¹¹⁶. Preocupado, também, com a posição do réu diante da antecipação dos efeitos do provimento, Arruda Alvim propõe se admita a oposição de embargos do devedor, muito embora não se trate propriamente de execução (cfr. "Tutela antecipatória", p. 27). Compreende-se o cuidado do ilustre professor, que procura preservar a efetividade do contraditório. Ocorre, porém, que, se se aceita a possibilidade de o réu *embargar a execução da tutela antecipada*, ela tornar-se-ia ineficaz, pois sua atuação prática ficaria suspensa até julgamento dos embargos. Parece que a maior proteção do réu reside na provisoriedade e na reversibilidade desse efeito, o que significa a possibilidade de retorno ao *status quo*.

com o abuso dessas medidas, que acabavam substituindo os resultados práticos da tutela final, às vezes de forma definitiva e com danos irreparáveis ao réu, a doutrina passou a alertar para o perigo da violação ao contraditório.

De fato, a utilização indiscriminada dessas cautelares, então denominadas satisfativas, conferindo ao autor a satisfação imediata de sua pretensão, mediante cognição sumária, muitas vezes sem sequer possibilitar a participação do réu, atentava contra a garantia constitucional do contraditório e, conseqüentemente, ofendia o devido processo legal.

Nem se poderia justificar a concessão da liminar com o alegado contraditório diferido,¹¹⁷ pois, tratando-se de medida irreversível, a intervenção posterior do réu no processo tinha efeito prático inexistente. A tutela acabava satisfazendo definitivamente o interesse do autor, sem a participação da parte contrária, visto que sua eficácia fática não poderia ser revertida.¹¹⁸

¹¹⁷. Marinoni, embora admita apenas em casos excepcionais a antecipação da tutela antes da contestação, afasta a alegação de violação ao princípio do contraditório exatamente com fundamento na possibilidade de ser essa garantia processual postecipada, “para permitir a efetividade da tutela dos direitos” (*A antecipação da tutela*, p. 188). Essa conclusão se afigura correta, todavia, somente nas situações em que a antecipação não implicar a produção de efeitos irreversíveis. Caso contrário, a postergação do contraditório torna-o absolutamente ineficaz. Daí, talvez, a preocupação do legislador em apontar como um dos requisitos da antecipação a reversibilidade de seus efeitos. O que se admite é o “abrandamento do princípio do contraditório, diferindo-se a ouvida da contraparte para momento posterior à decisão jurisdicional, quase sempre com garantia de sua eventual e posterior modificação ou revogação” (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 167). Não se pode aceitar, portanto, o desprezo pelo contraditório, que representa segurança para as partes do processo. Como a antecipação de efeitos irreversíveis acaba gerando completo abandono do princípio, de caráter constitucional, tal resultado é, em regra, inadmissível, salvo quando estiverem em jogo outros valores de igual ou superior importância. Aí, recorre-se ao princípio da proporcionalidade, já mencionado várias vezes.

¹¹⁸. Entre os vários autores que trataram do assunto encontra-se o saudoso professor Celso Agrícola Barbi, que revelou suas preocupações em palestra proferida em 15.12.94 no

Insiste-se, portanto, com relação à tutela provisória antecipada, na importância do requisito *reversibilidade*, pois é nele que se encontra a adequada proteção ao devido processo legal.¹¹⁹

A antecipação dos efeitos pode ocorrer também se configurado abuso do direito de defesa ou intuito protelatório do réu. Nesse caso, e em outros previstos pelo legislador ao regular a tutela da evidência (art. 311), permitiu-se a incidência da solução independentemente da urgência ou do perigo de dano. Admitiu, pois, a tutela provisória com conteúdo antecipatório, independentemente da urgência, com a finalidade de garantir maior utilidade à tutela final.

Somente a preocupação com a efetividade do devido processo legal justifica tal previsão, que está relacionada ao contraditório e à ampla defesa. Deve-se à verificação de que o contraditório instaurado no processo não se reveste de seriedade. O réu, valendo-se de garantias constitucionais, tenta impedir o normal desenvolvimento da relação processual e a entrega definitiva da prestação jurisdicional ou resiste indevidamente à satisfação de interesse, cujo natureza de direito subjetivo

Congresso Nacional de Direito Processual Civil, realizado no Rio de Janeiro. Por isso, sugeriu o ilustre processualista mineiro a interpretação restritiva dos arts. 787 e 804 do Código de Processo Civil, para compatibilizá-los com as garantias constitucionais do processo. Defendeu a impossibilidade de a cautelar satisfativa ser concedida sem a audiência do réu, salvo em situações excepcionais, versando questões de família ou necessidades vitais de sobrevivência. Tais interesses também encontram proteção em sede constitucional e sua satisfação não poderia encontrar óbice no princípio do contraditório, que visa ao aprimoramento da tutela jurisdicional, não podendo, pois, inviabilizá-la. Essas reflexões apresentam grande atualidade e delas não se pode prescindir na interpretação do art. 273 do Código de Processo Civil, com sua nova redação.

¹¹⁹. “A reversibilidade é necessária até mesmo pela regra do art. 5º, LIV, da CF, pois, se irreversível fosse, alguém restaria condenado ‘sem o devido processo legal’, e, ainda, teria sido esse alguém privado de seus bens sem o contraditório e ampla defesa, ‘com os meios e recursos a ela inerentes’ (CF, art. 5º, LV)” (Arruda Alvim, “Tutela antecipatória”, p. 30).

é altamente provável.

Por isso, houve por bem o legislador submeter o réu à antecipação dos efeitos da sentença, embora não haja risco de dano ao direito do autor. Visa-se a sancionar comportamento abusivo do réu ou a proteger direito cuja existência é manifesta.¹²⁰

2.12. Fundamentação da decisão e tutela provisória

A decisão versando sobre tutela provisória, seja para concedê-la, revogá-la ou modificá-la, deve ser, evidentemente, fundamentada (art. exigência constitucional de motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, inciso IX).

O Código de Processo Civil de 2015 nada mais fez do que reiterar a garantia constitucional, tal como ocorreu em relação à sentença (art. 489, § 1º). Aqui, o legislador enumerou minuciosamente as hipóteses de não observância da exigência. Embora passível de críticas, o dispositivo tem mais função didática do que cogente. São previstas situações em que, independentemente do dispositivo, a sentença teria necessariamente de enfrentá-las, sob pena configurar-se o vício da ausência de fundamentação. O dispositivo visa simplesmente a especificar hipóteses que não podem ficar sem manifestação expressa do julgador. Espera-se não seja utilizada com objetivos incompatíveis com a boa-fé processual.

¹²⁰. Como esclareceu Arruda Alvim ao comentar o art. 273, II, do Código de 1973, o comportamento do réu revela “a inocorrência de um contraditório sério” (“Tutela antecipatória”, p. 29).

2.13. *Discricionariedade judicial*

Tais considerações revelam ser de suma importância a função do juiz no exame dos requisitos necessários à concessão da tutela antecipada. Os dispositivos legais em questão estão repletos de termos abertos, vagos ou indeterminados.¹²¹ São expressões de “contornos semânticos flexíveis”, no dizer de autorizado doutrinador, conferindo ao juiz maior poder na concretização da regra.¹²²

Sempre que esse fenômeno ocorre, cresce sobremaneira o papel do intérprete, a quem cabe adequar a letra da lei à realidade.¹²³

Quanto maior a indeterminação do conceito legal, mais relevante

¹²¹. Por exemplo: prova inequívoca, verossimilhança, fundado receio de dano, dano irreparável ou de difícil reparação, abuso do direito de defesa, manifesto propósito protelatório, irreversibilidade.

¹²². Cfr. Barbosa Moreira, “As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva”, p. 8.

¹²³. Tecendo considerações a respeito dessa técnica, Arruda Alvim nega tenha o juiz, diante de conceitos indeterminados, o poder de aplicá-los discricionariamente. Para o professor, a “larga margem de poder” conferida ao juiz significa maior liberdade de interpretação, que não se confunde com o fenômeno da discricionariedade. Este diz respeito apenas ao mérito do ato administrativo, que o Poder Judiciário não pode examinar: “A discricionariedade, propriamente dita, se considerada nos quadros de uma inter-relação entre o ato discricionário, tal como aplicado pela Administração e quando venha a ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário, revela que há um núcleo, que é o mérito do ato administrativo, que não deve ser objeto, sequer, de manifestação pelo Poder Judiciário, pois que este deverá, apenas, verificar se o administrador praticou o ato adstrito ao âmbito de possibilidades emergentes da regra discricionária, em que se pautou, em função da competência que lhe foi adjudicada” (“Tutela antecipatória”, pp. 46-47). Como bem observa João Batista Lopes, que também nega a discricionariedade judicial, especialmente no âmbito da tutela antecipada, “não se deve confundir discricionariedade com interpretação flexível da norma, nem com os chamados conceitos vagos ou indeterminados” (*Tutela antecipada*, p. 80).

e delicada se apresenta a função jurisdicional. A decisão, nesses casos, pressupõe grande *liberdade de investigação crítica* do julgador, que a doutrina processual costuma identificar, de forma não muito precisa, com poder discricionário atribuído ao juiz.¹²⁴

Na realidade, não se trata de poder discricionário, visto que o juiz, ao conceder ou negar a tutela provisória, antecipada ou cautelar, não o faz por conveniência e oportunidade, juízos de valor próprios da discricionariedade. Se a situação descrita pelo requerente se subsumir em qualquer das hipóteses legais, não restará alternativa ao julgador, senão deferir a pretensão. Tanto que dessa decisão cabe recurso (CPC, art. 1.015, inciso I), providência destinada exatamente a possibilitar o reexame da questão pelo órgão superior, que modificará a conclusão de primeiro grau, se entendê-la incorreta.

Não tem o juiz, portanto, mera faculdade de conceder tutela provisória. Caso se verifiquem os pressupostos legais, é seu dever fazê-lo. Existe, é verdade, maior liberdade no exame desses requisitos, dada a imprecisão dos conceitos legais. Mas essa circunstância não torna

¹²⁴. A expressão é de Teresa Alvim, que distingue com precisão os dois fenômenos, com o argumento básico de que a decisão judicial é passível de modificação mediante recurso, o que não se coaduna com a noção da discricionariedade administrativa. No âmbito jurisdicional, afirma, não existe lugar para dois caminhos, à escolha do intérprete, tal como ocorre em sede administrativa: “A diferença fundamental que há entre o preenchimento (em concreto) de um conceito vago – fenômeno a que, como se disse, muitos designam, com alguma impropriedade, de *discricionariedade* judicial – e a discricionariedade propriamente dita é que, quando uma norma encampa o conceito vago, em sua redação, ela é concebida *com o escopo de gerar uma só interpretação*, ou seja, gerar uma situação tal, de molde a que dela se extraia uma só interpretação, um só resultado” (“Existe a ‘discricionariedade’ judicial?”, p. 234; sobre o tema, v. tb. o profundo estudo da autora, “Da liberdade do juiz”, pp. 483 e ss.). Admite em certa medida a discricionariedade judicial, por conferir significado um pouco diverso à expressão, Adrián Rentería Díaz, “Discrezionalità del giudice”, pp. 128-132. Cfr. ainda meu *Poderes instrutórios*, Título III, n. 3.7 e ss.; Athos Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, pp. 18-19. Humberto Theodoro Júnior, *Tutela jurisdicional de urgência*, pp. 14-15.

discrecionário o ato judicial.¹²⁵

Dá a necessidade de o julgador estar suficientemente preparado para assumir essa relevante função. Compete a ele interpretar corretamente os termos vagos utilizados pelo legislador, conferindo-lhes significado compatível com as necessidades do processo civil moderno. Afinal de contas, em apenas um ato, muitas vezes antes mesmo que o contraditório se efetive, poderá ele definir provisoriamente o resultado do processo.¹²⁶

2.14. De qualquer modo, esse poder genérico concedido ao juiz, em relação à tutela provisória, não significa discricionariedade. Por mais amplos e abertos que sejam os tipos legais, existem requisitos a ser atendidos na concessão de medida provisória e instrumental, cuja ocorrência no caso concreto deve ser aferida pelo julgador, que fundamentará sua decisão. Tais circunstâncias são incompatíveis com a suposta discricionariedade judicial.¹²⁷

¹²⁵. Ao abordar problema análogo, relativo à suspensão dos efeitos de decisão agravada prevista no art. 558 do Código de Processo Civil, Eduardo Talamini chega a conclusão idêntica. Embora os requisitos necessários ao deferimento da suspensão, da mesma forma, se caracterizem como “conceitos juridicamente indeterminados”, cabendo ao juiz a determinação de seu sentido, inexistente aí o exercício do poder discricionário: “Essa atividade de concreta determinação do conceito juridicamente indeterminado envolve certa ‘liberdade’ do julgador, a qual será exercida levando-se em conta as ‘máximas de experiência’, os valores reinantes na comunidade e assim por diante. Mas, nela não há nenhuma discricionariedade” (“A nova disciplina do agravo”, p. 28).

¹²⁶. Por isso, pertinente a advertência de Paulo Emílio Ribeiro Vilhena: “Neste sentido é que as qualidades pessoais do juiz avultam e se lhe exige maior acuidade, maior prudência, perceptível senso comum, espírito bem balanceado e, *last but not least*, conhecimento jurídico, sobretudo no que se refere aos princípios que enfeixam a tutela dos diversos direitos materiais e aos princípios gerais e especiais em que se assentam e se dinamizam as regras do processo. Não bastam encômios à perfeição da regra técnica e aos resultados práticos a que ela visa, cuja atuação não pode ser abstraída das aptidões e da sensibilidade daquele que a vai aplicar – ou, melhor dizendo, daquele que, aplicando-a, a aperfeiçoa” (“O juiz e a tutela antecipada”).

¹²⁷. Cfr. Giovanni Verde, “Il processo cautelare”, p. 39. De fato, “o dever de motivação se

2.14. *Tutela provisória e adstrição*

Ao examinar o pedido de tutela provisória, o juiz não está sujeito, ao menos de forma absoluta, à regra da adstrição, congruência ou correlação entre a sentença e a demanda (CPC, arts. 141, 490 e 492), pois é possível a concessão de medida mais adequada a evitar o dano (CPC, art. 305, parágrafo único). Esta última regra, embora refira-se apenas à substituição da tutela cautelar requerida em caráter antecedente pela antecipada, aplica-se em sentido inverso e também nos casos de pedido incidental. Não há razão para rejeitar a interpretação extensiva do dispositivo, cuja finalidade é, presentes os requisitos legais, permitir a concessão da tutela provisória apta a afastar o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Ademais, se o julgador está autorizado a determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória (art. 297), eventual equívoco terminológico deve ser considerado irrelevante. Pode ele, perfeitamente, conceder medida apta a alcançar o escopo dessa modalidade de tutela jurisdicional, em atenção à descrição fática feita pelo requerente e não ao nome atribuído à providência. Tutela antecipada e tutela cautelar são espécies do mesmo

revela incompatível com o pronunciamento de juízo de conveniência e oportunidade” (cfr. Neyton Fantoni Júnior, “A tutela jurisdicional antecipada”, p. 101). No mesmo sentido Antônio Cláudio da Costa Machado, *A tutela antecipada na reforma*, pp. 486 e ss. Salvador Franco de Lima Laurino, embora admita a discricionariedade judicial, identifica-a com a maior liberdade de interpretação ante conceitos jurídicos indeterminados. Estabelece corretamente a distinção entre esse fenômeno e a discricionariedade administrativa, que o juiz, evidentemente, não possui (*Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*, pp. 214-219). Referência equivocada a “esfera de discricionariedade judicial” no exame dos requisitos para a concessão da tutela antecipada, v. *RT* 736/256.

gênero e idêntico é o escopo de ambas.

Nessa linha, não haveria violação à regra da adstrição, pois será atendido o pedido de tutela formulado, ou seja, provisória.

Está o julgador, portanto, autorizado a adotar providência diversa da pedida, se necessário para preservar a utilidade do processo. O objeto imediato do pedido é sempre o mesmo: tutela provisória destinada a assegurar a efetividade do processo, tendo em vista o risco de frustração do resultado pretendido.¹²⁸

Justifica-se essa liberdade assegurada ao julgador, pois a tutela provisória não se destina a regular a situação da vida, mas apenas a assegurar a utilidade prática do processo. Evidencia-se seu caráter público, justificando a derrogação de alguns dos dispositivos gerais pela regra especial.¹²⁹

Em síntese, a tutela provisória (pedido mediato) é efetivada mediante determinada providência concreta, destinada a conservar situação ou antecipar efeitos (pedido mediato), podendo o juiz escolher a mais adequada.

Essa liberdade é inerente à fungibilidade da tutela provisória e incide, evidentemente, sobre a providência concreta. Isso significa que, formulado o pedido de tutela de provisória cautelar, a ser efetivada por meio de determinadas medidas específicas para preservar o resultado do processo, mas inadequadas, poderá juiz conceder providência diversa, mesmo de conteúdo antecipatório. Ou seja, o pedido mediato é passível de

¹²⁸ Nesse sentido, o Enunciado 45 da I Jornada de Direito Processual Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em agosto de 2017: “Aplica-se às tutelas provisórias o princípio da fungibilidade, devendo o juiz esclarecer as partes sobre o regime processual a ser observado.”

alteração.

Esse entendimento estende-se a situações nas quais, pleiteada a antecipação de determinados efeitos da tutela final, verifica-se a substituição desse conteúdo, ou seja, autoriza-se a eficácia diversa.

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.

A posição aqui sustentada não prevalecia no regime do Código anterior, ao menos em relação à tutela antecipada.¹³⁰ Adiantar total ou parcialmente os efeitos da pretensão inicial implica caráter satisfativo. Por isso, estaria a decisão antecipada adstrita aos limites do pedido, por incidência do princípio da correlação.¹³¹

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.¹³²

Diversa é a solução aqui proposta, em decorrência das premissas adotadas, no que se refere à tutela antecipada, especialmente se considerada a técnica adotado pelo legislador de 2015. Conferiu-se à tutela antecipada e à cautelar idêntica natureza. Ambas são espécies de tutela

¹²⁹ cfr. Marcelo Lima Guerra, *Estudos*, pp. 33-43.

¹³⁰ 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 do art. 798 do Código de Processo Civil, sustentando que na tutela antecipatória há rígida adstrição ao pedido (cfr. “Tutela antecipatória”, p. 24).

¹³¹ “Deve a decisão guardar estreita correlação com os efeitos decorrentes do pedido formulado na exordial” (Edgard Antônio Lippmann Júnior, “Antecipação da tutela”, p. 39).

¹³² Cfr. Edgar Antônio Lippmann Júnior, ob. e p. cit.

provisória de urgência e visam a afastar o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (arts. 294, parágrafo único e 300, *caput*).

Nessa linha de pensamento, não há por que afastar a iniciativa oficial. Tem o juiz o poder de adequar os possíveis efeitos a ser antecipados às necessidades da situação de direito material.

Tal solução mostra-se adequada, não obstante reconhecida a diferença entre tutela cautelar e tutela antecipada, se considerado o conteúdo conservativo de uma e satisfativo da outra. Como ambas exercem a mesma função no sistema, qual seja, assegurar a utilidade prática do provimento final, o juiz não está adstrito a eventual equívoco terminológico cometido pela parte requerente.¹³³

2.15. Tutela provisória e sentença de improcedência

Rejeitada a pretensão do autor, não parece possível sejam

¹³³. 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 concluiu: “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. 89). 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 fungibilidade, ou seja, podia e pode o juiz conceder medida diversa da pretendida pela parte, não importando se conservativa ou satisfativa. Também Alcides Alberto Munhoz da Cunha admitia a fungibilidade entre as medidas antecipatórias e satisfativas (cfr. *O regime jurídico*, p. 262).

mantidos os efeitos provisórios decorrentes da antecipação satisfativa (tutela antecipada) ou da proteção conservativa (tutela cautelar). Tais providências são adotadas à luz de cognição sumária, da qual pode resultar tão somente a probabilidade do direito afirmado. Se conclusão contrária for extraída por força de investigação mais profunda dos fatos, com a consequente rejeição do pedido, significa ter havido equívoco em relação à perspectiva inicial, pois o direito, apesar de verossímil.

Não é compatível com esse resultado manterem-se os efeitos gerados pela antecipação ou a segurança resultante da cautelar, que pressupõem direito provável, mas que agora, diante da cognição exauriente, não foi confirmado.

Mesmo se omissa a sentença sobre a revogação da tutela provisória, deve-se entender existente ordem nesse sentido.¹³⁴ Em relação à tutela provisória cautelar, requerida em caráter antecedente, existe regra expressa (art. 309, inciso III).¹³⁵ Essa solução deve ser aplicada às duas espécies de tutela provisória (antecipada e cautelar), concedidas incidentalmente ou em caráter antecedente, mesmo porque sua eficácia subsiste na pendência do processo (art. 296), ou seja, na fase cognitiva. Proferida a sentença de improcedência, a tutela provisória deixa de existir, pois substituída pela definitiva. Sempre foi esse o entendimento da

¹³⁴ Idêntica a conclusão de Edoardo Ricci em relação a institutos análogos do direito italiano (“A tutela antecipatória no direito italiano”, p. 129). V. tb. Athos Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, p. 107; AC 936.067-6-SP, 1ª TACSP, 12ª C., rel. Juiz Campos Mello, j. 5.12.00, v.u. As ideias defendidas neste item coincidem, substancialmente, com as sustentadas por Barbosa Moreira (cfr. “Antecipação da tutela”, pp. 83-86).

¹³⁵ No regime do Código anterior, esse era o entendimento da jurisprudência (cfr. Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luiz Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca, *Novo Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, São Paulo, Saraiva, 47ª edição, nota 7 ao art. 309, p. 378 ATUALIZAR **).

jurisprudência,¹³⁶ inclusive em relação à antiga cautelar concedida em processo autônomo, condicionada que estava ao deferimento da tutela definitiva no processo de conhecimento.¹³⁷

Em síntese, a sentença substitui a decisão interlocutória por força da qual foi concedida a tutela provisória. Por essa razão, aliás, eventual apelação não suspende os efeitos dessa cassação (art. 1.012, inciso V).¹³⁸

À luz de interpretações sistemática e teleológica, essa parece ser a única conclusão admissível.

Para quem tem entendimento contrário na hipótese de omissão da sentença, interposta apelação, como esse recurso tem efeito suspensivo, a improcedência permaneceria ineficaz até o respectivo julgamento em 2º grau. Isso significa dizer que a tutela antecipada antes concedida não seria cassada imediatamente, pois essa consequência, ante a ineficácia da sentença, não se operaria de plano.

Para evitar esse problema, propõe-se que o juiz, formado seu convencimento a respeito da rejeição do pedido, revogue expressamente a tutela antecipada. Com isso, evitará que o efeito suspensivo da apelação impeça a cessação imediata dos efeitos da medida provisória (art. 1.012, inciso V).

No Código anterior, como se sabe, a tutela cautelar era regulada em processo autônomo. Predominava, então, o entendimento segundo o

¹³⁶ Cfr. Theotonio Negrão e outros, ob. cit., **notas 2 e 2a ao art. 294 ATUALIZAR****, com menção a precedentes relativos ao Código anterior, mas plenamente aplicáveis ao atual.

¹³⁷ Cfr. TJSP, AI n. 286.477-5-1, 1ª C. de Dir. Pub., rel. Des. Demóstenes Braga, v.u.

¹³⁸ Correto, portanto, o entendimento de Flávio Cheim Jorge, ao abordar o tema no regime anterior ("Os recursos em geral", pp. 81-82). Contra, Cassio Scarpinella Bueno, para quem a apelação do autor tinha efeito suspensivo, razão por que mantinha-se a eficácia da decisão antecipatória (*Tutela antecipada*, pp. 79-82).

qual o efeito suspensivo do recurso interposto contra a sentença proferida no processo principal não atingia a eficácia da tutela cautelar. Assim, se improcedentes as demandas, cessavam imediatamente os efeitos de eventual liminar anteriormente concedida, pois, em relação à denegação da tutela cautelar, a apelação não tem efeito suspensivo (CPC/73, art. 520, IV).¹³⁹

Como sempre sustentei a equiparação entre tutela antecipada e tutela cautelar,¹⁴⁰ considerava possível idêntica solução para ambas, ou seja, o efeito suspensivo da apelação contra sentença de rejeição da tutela principal, em cujo processo tenha havido antecipação dos efeitos dessa mesma tutela, não alcançava essa providência, que perderia a eficácia de

¹³⁹. A esse respeito, tive oportunidade de relatar agravo de instrumento e proferi o seguinte voto: “Ao julgar pretensões diversas – a principal e a cautelar – o MM. Juiz proferiu sentença única, mas constituída por dois capítulos distintos. Em consequência, a apelação deve ser recebida com efeitos próprios a cada um desses capítulos. Se em um deles decidiu-se a respeito de demanda cautelar, incide o disposto no art. 520, IV, do Código de Processo Civil: o recurso tem apenas efeito devolutivo. Na oportunidade invoquei lição de Barbosa Moreira, para quem deve incidir o regime pertinente a cada apelação nos diferentes capítulos da sentença (cfr. *Comentários*, p. 468; no mesmo sentido, Galeno Lacerda, *Comentários*, pp. 337-338). Cfr. tb. AI 936.733-5, 1ª TACSP, 12ª C., rel. Juiz Beretta da Silveira, j. 13.6.00, v.u.; Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil*, p. 424, nota n. 5 ao art. 520; Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado*, p. 754, nota n. 10 ao art. 520” (AI 7.041.324-8, 22ª C. de Direito Privado do TJSP, j. 20.12.05).

¹⁴⁰. Trata-se de afirmação controvertida e rejeitada pela maioria da doutrina brasileira. Continuo entendendo, todavia, tratar-se de posição mais consentânea com a realidade, apresentando inúmeras vantagens sobre a sustentada pela corrente majoritária, que prega a necessidade de distinguir ontologicamente as duas medidas. A questão ora examinada configura exemplo típico. A solução apresentada no texto parte da premissa de que a tutela antecipada tem natureza cautelar. Por isso, o capítulo da sentença que revogá-la é impugnável mediante apelação sem efeito suspensivo, em conformidade com o disposto no art. 520, IV. E mesmo que assim não se entenda, a conclusão continua inalterada. Como muito bem pondera José Rogério Cruz e Tucci: “Colocando de lado a viva discussão sobre a natureza do provimento que antecipa a eficácia da futura sentença, entendemos ser possível extrair do próprio sistema a conclusão a que chegamos, no sentido de que a cassação da decisão antecipatória, como decorrência da sentença de carência ou de improcedência, determina o efeito meramente devolutivo do eventual recurso de apelação” (*Lineamentos...*, p. 110). Idêntica a posição defendida por Joel Dias Figueira Júnior (*Comentários...*, p. 113).

imediato.

Deveria o juiz, portanto, julgar improcedente o pedido principal e cassar os efeitos antecipados. Decidia, pois, sobre a pretensão antecipatória, revogando-a. Tal capítulo da sentença versava apenas a tutela antecipada, cuja natureza, a meu ver, tinha natureza idêntica à cautelar, aplicando-se, portanto, o disposto no art. 520, IV, do Código de Processo Civil de 1973. Apontava, ainda, a possibilidade invocar-se o inciso VII do mesmo dispositivo, previsto para situação análoga. Por fim, considerava irrelevante eventual omissão do julgador quanto à cessação dos efeitos anteriormente antecipados. Essa consequência seria automática.¹⁴¹

Desnecessária a utilização de artifícios formais, pois o sistema, se bem compreendido, tornava possível a obtenção do resultado prático desejado.

Nessa linha, entendia possível o apelante dirigir-se ao tribunal mediante simples petição, em conformidade com o disposto no art. 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973, para pleitear novamente a concessão da tutela antecipada.¹⁴²

¹⁴¹. Com razão, pois, Eduardo Arruda Alvim, *Tutela antecipada*, p. 254.

¹⁴². Kazuo Watanabe concorda em princípio com essa conclusão. Apenas ressalva que circunstâncias inerentes ao caso concreto podem recomendar sejam mantidos os efeitos antecipados até julgamento do recurso (cfr. “Tutela antecipatória”, p. 38). Tal solução tem indiscutível significado prático, pois leva em consideração que a improcedência da demanda pode ser alterada em sede recursal. Apenas a posição do juiz não parece muito cômoda, pois manteria os efeitos relativos a direito que, mediante cognição exauriente, afirmou inexistir. Como o mesmo juiz que considerou inexistente um direito poderia entendê-lo verossímil? Talvez se pudesse pensar em algo semelhante ao efeito suspensivo ativo, que a doutrina vem propugnando para o agravo de instrumento (cfr. a respeito, Eduardo Talamini, “A nova disciplina do agravo”, pp. 26 e ss.). Caberia ao relator do recurso, atendendo a pedido formulado pelo autor-apelante, manter os efeitos da tutela antecipada. Existe, porém, o óbice do processamento da apelação, que ocorre em primeiro grau. O tempo necessário para a prática dos atos inerentes a essa fase mais a demora na distribuição do recurso são fatores que

Aliás, antes disso ele podia pleitear ao juiz, na própria petição da apelação, que recebesse o recurso com efeito suspensivo, o que implicaria manter a eficácia da tutela antecipada. Indeferida a pretensão, ele poderia agravar.¹⁴³

Hoje, consideradas as regras expressas, esse esforço interpretativo é dispensável. Tutela cautelar e tutela antecipada, como espécies de tutela provisória, recebem idêntico tratamento, inclusive com relação à eficácia posterior à sentença. O efeito suspensivo da apelação não alcança a confirmação, concessão ou revogação dessa providência (art. 1.012, inciso V), mas pode ser pleiteado diretamente no tribunal (art. 932, inciso II).

Merece consideração, ainda, a possibilidade de o juiz, visando à efetivação da tutela provisória, considerar adequada a imposição de multa pelo eventual descumprimento da medida (art. 297, *caput*), cuja execução pode ser iniciada imediatamente, não obstante o prosseguimento da fase cognitiva. Embora inexistente a tutela final, a sanção está vinculada à tutela provisória. É exigível desde logo, pois decorre simplesmente do não atendimento ao comando nela contido.

Se o beneficiário obtiver a tutela satisfativa referente à essa pena e o resultado do processo lhe for desfavorável, surgirá, em tese, o dever de indenizar a parte contrária, fundado na responsabilidade objetiva de quem se beneficia indevidamente com o a tutela provisória (CPC, art. 302, inciso

impedem o imediato exame da pretensão. Além disso, haveria aumento de providências a serem determinadas pelos tribunais, já assoberbados pelo excesso de recursos previstos no sistema processual brasileiro.

¹⁴³. Eduardo Arruda Alvim examina as alternativas possíveis, podendo o autor valer-se de qualquer uma delas (*Tutela antecipada*, pp. 261-274). V. notas 231 e 232.

D).¹⁴⁴

Caso ainda não efetivada, a improcedência do pedido acaba por tornar ineficaz a medida de urgência. Se ainda não efetivada a medida, a rejeição do pedido inicial acaba por tornar ineficaz a tutela provisória de urgência. Não pode o autor beneficiar-se da multa, se a resistência do réu, ao final, revelou-se justificável.¹⁴⁵

¹⁴⁴. Nesse sentido, Eduardo Arruda Alvim, *Tutela antecipada*, pp. 243-244.

¹⁴⁵ Em acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi na vigência do Código revogado, o Superior Tribunal de Justiça adotou esse entendimento: “O importante, quanto ao ponto, é destacar que a decisão concessiva da tutela cautelar é proferida com base em cognição sumária do direito acautelado, em juízo de mera probabilidade, de modo que, por imperativo lógico, a sentença definitiva prolatada na ação principal, fundada em cognição exauriente acerca da questão de fundo, sobrepõe-se àquela. Com efeito, não há razão para subsistência de uma medida (de natureza acessória e de eficácia temporária) deferida exclusivamente para assegurar um direito que se mostrava aparente, mas que, ao final, revelou-se inexistente, como no particular. O desacolhimento da pretensão formulada na ação principal esvazia o provimento acautelatório de um dos pressupostos sobre os quais se fundou: a verossimilhança do direito invocado. Daí a razão da existência das regras contidas nos arts. 807 - as medidas cautelares conservam a sua eficácia na pendência do processo principal - e 808 do CPC - cessa a eficácia da medida “se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito”. Essa relação de dependência da cautelar frente ao processo principal, ademais, é veiculada expressamente pelo art. 796 do CPC: o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente. Em suma, o julgamento de improcedência do pedido deduzido na ação principal - que se reveste dos atributos de definitividade e satisfatividade em relação ao objeto litigioso - faz cessar a eficácia da sentença cautelar e, por conseguinte, inviabiliza a execução de eventual multa nela fixada. Nesse sentido, cabe trazer à colação os seguintes precedentes desta Corte Superior: REsp 401.531/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJe 08/03/2010, e REsp 846.767/PB, minha relatoria, Terceira Turma, DJ 14/05/2007. Como já se discorreu, tratando-se de ação cautelar, o juiz decide a controvérsia a partir de juízo formado com base na aparência do direito pleiteado no processo matriz, concedendo tutela de natureza não satisfativa. Dessa ordem de ideias resulta que a sentença proferida no processo cautelar, na medida em que não resolve a questão de fundo - haja vista que sua função é tutelar de forma temporária interesses sujeitos a risco de dano iminente -, não adquire autoridade de coisa julgada material, fenômeno que torna Documento: 1240076 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 17/06/2013 Página 10 de 12 Superior Tribunal de Justiça imutável e indiscutível, em qualquer processo, a norma jurídica individualizada. A respeito do tema, valioso o ensinamento dos autores antes citados: A declaração judicial somente é apta a receber a qualidade de coisa julgada material quando tem força suficiente para se tornar definitiva. Portanto, a declaração fundada em cognição sumária - típica à sentença cautelar - [...] não é capaz de gerar coisa julgada material, até porque não objetiva produzir “definitividade”. (Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz

2.16. Efetivação da tutela provisória

O legislador não estabeleceu exatamente a forma de realização prática da tutela provisória. Limitou-se a apontar alguns parâmetros, como “medidas adequadas” e dispositivos referentes ao cumprimento provisório da sentença (art. 297 e parágrafo único).

Com relação à medida provisória de urgência cautelar, referiu-se, exemplificativamente, a algumas medidas previstas no Código anterior, como arresto e sequestro, ressaltando a possibilidade da adoção de qualquer outra idônea a assegurar a satisfação do direito (art. 301).¹⁴⁶

O rol não é exaustivo, pois o juiz está autorizado a determinar qualquer providência apta a assegurar o resultado útil do processo. O legislador confere-lhe, expressamente, o poder geral de cautela, tal como fizera o Código de 1973 (art. 798), consistente na possibilidade de se conceder cautelar inominada para situações não tipificadas pelo legislador.

Arenhart. Curso de Processo Civil, v. 4 - Processo Cautelar, 3ª edição, p. 186) O entendimento de que a sentença cautelar não produz coisa julgada material, vale ressaltar, já foi manifestado em diversas ocasiões por este Superior Tribunal, consoante se deduz dos seguintes julgados: REsp 1.162.864/GO, minha relatoria, Terceira Turma, DJe 25/02/2011; REsp 204.364/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJ 29/11/2004; e REsp 724.710/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 03/12/2007. Revela-se oportuna, por versar acerca de hipótese análoga a que se discute na espécie, a transcrição de excerto da ementa do precitado recurso relatado pelo Min. Francisco Peçanha Martins: Extinto o processo principal, com julgamento de mérito (trânsito em julgado), não subsiste a sentença cautelar e muito menos a execução de multa (astreinte) dela decorrente, pois, apesar de autônomo, o processo cautelar tem como único escopo assegurar a eficácia útil do provimento jurisdicional do feito principal. Assim, à vista de tudo que foi exposto, impõe-se a conclusão de que inexistente razão jurídica apta a autorizar a modificação do acórdão recorrido. Forte nessas razões, NEGO PROVIMENTO ao recurso especial. (REsp 1.370.707 / MT JULGADO: 04/06/2013).

¹⁴⁶ Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior, Curso cit., p. 731 e Araken de Assis, Processo

A grande inovação do novo Código de Processo Civil reside na previsão genérica como regra, sem se preocupar em regulamentar espécies de tutela cautelar e os respectivos procedimentos. Limita-se apenas a apontar, a título de exemplo, algumas modalidades de medidas conservativas, conferindo ao juiz o poder de conceder qualquer outra com aptidão para afastar o perigo de dano. Para todas, os requisitos são os mesmos e o procedimento é único. A menção feita pelo legislador a determinadas cautelares nominadas não significa devam elas submeter-se ao regime do Código revogado, inclusive com relação a certos requisitos específicos. A referência visa apenas a exemplificar com cautelares conservativas existentes no sistema anterior. Mas elas, como qualquer outra tutela de urgência, antecipada ou cautelar, sujeitam-se aos mesmos requisitos e cada qual a um único procedimento.¹⁴⁷

Sempre que necessária a tutela urgente conservativa (cautelar), pode a parte dirigir-se ao juiz, que possui poder para determinar a medida adequada à eliminação do perigo de dano ao direito. Existe, pois, nexo intenso entre a tutela cautelar e o escopo de efetividade do processo, pois é mediante essa via que se assegura ao titular de um direito a possibilidade de obter, em sede jurisdicional, resultado próximo daquele que a satisfação voluntária lhe traria.

A cautelar, como as demais espécies de tutela provisória, é componente essencial da atividade jurisdicional do Estado, pois constitui importante instrumento de sua efetividade. Destinada a evitar o perigo de ineficácia do processo, bem como aquele decorrente do mero retardamento

civil cit., p. 359..

¹⁴⁷ Como corretamente observa Humberto Theodoro, o tratamento legal é único, sem preocupação em distinguir medidas típicas e atípicas (Curso cit., p. 646).

na entrega da prestação final, integra a garantia constitucional do amplo acesso à justiça e da ampla defesa.

Não obstante a referência no art. 297 ao cumprimento provisório de sentença, fase destinada a efetivação de pronunciamento condenatório, a tutela provisória não se refere apenas a efeitos da tutela condenatória. Também as tutelas declaratória e constitutiva podem ter a eficácia prática assegurada ou antecipada, total ou parcialmente, o que revela impropriedade da remissão. O cumprimento provisório da sentença será adotado como modelo apenas para a efetivação prática de providências inerentes a essa modalidade de tutela definitiva.

Mas, mesmo tratando-se de tutela condenatória, não se pode admitir que a efetivação prática dos efeitos seja efetivada nos moldes do cumprimento de sentença, sob pena de retirar-lhe completamente a utilidade prática.¹⁴⁸ Se necessário, serão adotadas medidas diversas das previstas naquelas normas.

¹⁴⁸. Sobre a execução das medidas de urgência no direito italiano, com críticas à fórmula adotada, cfr. Giorgio Treglia, “L’attuazione dei provvedimenti”, pp. 401 e ss. V. tb. Tommaseo, “I provvedimenti d’urgenza”, pp. 327 e ss. Bruno Caponi sustenta a tese de que a execução dos provimentos de urgência deve ser feita pelo regime comum, pois inexistente razão para distinguir a execução instrumental da satisfativa. Entende também que, embora o juiz tenha ampla liberdade de escolher a medida de urgência mais adequada à proteção provisória dos efeitos da sentença de mérito, tal não ocorre nos casos de tutela a direitos puramente patrimoniais. Conclui que: “l’esecuzione forzata dei provvedimenti d’urgenza recanti la condanna al pagamento di somme non si sottrae al regime *unitario* dell’espropriazione, ed in particolare non si sottrae alla regola dell’attuazione processuale del concorso dei creditori, che trova la sua sede istituzionale nella fase di distribuzione della somma ricavata. L’intrinseca esecutorietà, propria dei provvedimenti in esame, deve concretamente manifestarsi nelle forme ordinarie dando vita ad un normale processo di espropriazione, all’interno del quale il credito tutelato in via d’urgenza potrà legittimamente prevalere, nel concorso con altri eventuali crediti, soltanto se assistito da causa di prelazione (non già perchè munito di una causa di *priorità* di mera origine processuale)”. Admite, inclusive, a utilização das vias normais de oposição à execução (cfr. “Sull’esecuzione-attuazione dei provvedimenti d’urgenza”, pp. 106-119). No direito brasileiro a posição sustentada no texto tem o apoio de

Daí a limitação à incidência do cumprimento de sentença prevista no art. 297, parágrafo único (“no que couber”) e a amplitude do *caput* (“O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”).

Caberá ao juiz, portanto, dependendo do conteúdo da tutela antecipada, determinar qual a melhor forma a ser adotada para dotá-la de efetividade.¹⁴⁹ Há quem afirme tratar-se de poder discricionário,¹⁵⁰ entendimento do qual discordo, pois a respectiva adequação deve ser devidamente justificada.

Nada obsta, portanto, a adoção de outras técnicas, principalmente se verificada a insuficiência da execução por expropriação. A fixação de multa pecuniária pelo descumprimento do pronunciamento provisório constitui providência possível, adequada e útil para conferir maior efetividade à tutela provisória. Essa e outras medidas de apoio, desde que admitidas pelo sistema, podem ser adotadas.¹⁵¹

Marinoni (cfr. *A antecipação da tutela*, pp. 248-252).

¹⁴⁹. Ao antecipar, em grau de recurso, efeitos de tutela condenatória versando indenização por danos pessoais causados em acidente de trânsito, determinei que a ré depositasse em conta bancária da autora o valor arbitrado provisoriamente, a título de pensão mensal (cfr. a decisão integral de concessão da tutela na nota 205, deste Capítulo).

¹⁵⁰. Cfr. Tommaseo, “I provvedimenti d’urgenza”, p. 330.

¹⁵¹. Acertada a posição de Marinoni, incansável defensor de medidas destinadas a dotar a técnica processual de maior eficiência (cfr. “A execução da tutela antecipatória”, p. 163). A extensão dada pelo ilustre professor a essa premissa, todavia, parece-me incompatível com o sistema constitucional. Não obstante a excelência dos argumentos, considero inadmissível a

Os meios destinados à efetivação da tutela provisória de urgência estão diretamente relacionados à finalidade do instituto, qual seja, prevenir a ocorrência de dano. Devem ser utilizados mecanismos que produzam o resultado prático necessário para evitar a lesão. Emitirá o juiz mandados e ordens destinados a alcançar essa finalidade prática, consistente em antecipar os efeitos do provável provimento definitivo.

Em síntese, a eficácia prática da tutela pode depender de medidas coercitivas, destinadas a alcançar o respectivo resultado. Tais providências variam em função da espécie de tutela provisória. Se o pedido disser respeito a tutela cautelar, normalmente as providências conservativas são mais simples (bloqueio, indisponibilidade, depoimento, perícia etc.). Tratando-se da antecipação de efeitos da tutela final (tutela antecipada), todavia, há necessidade da adoção de medidas aptas a proporcionar a respectiva satisfação, que podem exigir a realização de atos mais complexos, especialmente nas hipóteses de obrigações de fazer.

prisão do devedor de obrigação não pecuniária. A vedação à prisão por dívida (CF, art. 5º, LXVII) refere-se a qualquer obrigação, pois os termos são sinônimos (Cândido de Figueiredo, *Novo dicionário da língua portuguesa*; Michaelis, *Dicionário brasileiro da língua portuguesa*; Silveira Bueno, *Minidicionário da língua portuguesa*; Aurélio Buarque de Holanda, *Novo dicionário da língua portuguesa*;). Dívida significa “prestação de coisa ou de fato a que se está obrigado para com outrem” (Caldas Aulete, *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*). Sobre a efetivação dos efeitos antecipados, com exame das várias modalidades de tutela jurisdicional, cfr. Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia das decisões*, pp. 270-294; Cássio Scarpinella Bueno, *A nova etapa da reforma*, vol. I, pp. 304-310. A respeito do tema, interessante questão pode surgir em razão da multa prevista no art. 461, § 4º, do CPC/73, para casos de descumprimento da decisão concessiva de tutela antecipada, versando obrigação de fazer e de não fazer. A imediata execução do valor da multa, tal como proposta pelo autor (p. 279) encontraria óbice no art. 12, § 2º, da lei 7.347, de 24.7.85 (Lei da Ação Civil Pública), aplicável por analogia, que só admite após sentença favorável transitada em julgado. Mantenho o entendimento defendido no regime anterior, quanto à pela imediata exigibilidade da multa, pois se trata de meio de apoio, destinado a conferir efetividade à tutela de urgência. Conclusão contrária implica retirar completamente sua eficácia prática. Sobre as consequências decorrentes de eventual sentença de improcedência, v. n. 35. Cfr. tb. Pedro da Silva Dinamarco, *Ação civil pública*, p. 307.

Aplica-se, nesses casos, o disposto no art. 536 do Código de 2015.

O art. 469-*duodecies* do c.p.c. italiano, que trata da antecipação de pagamento de soma, baseada em fundado receio de dano, faz expressa menção à atuação de medidas cautelares que tenham por objeto soma em dinheiro, indicando a forma dos arts. 491 e ss., ou seja, o processo de execução.

Verificada essa situação, a execução processar-se-á tal como se de execução fundada em título judicial ou extrajudicial se tratasse. Aliás, o título que a justifica é judicial, embora provisório.¹⁵²

Também no direito brasileiro, o cumprimento provisório da sentença deve constituir o parâmetro para a efetivação da tutela antecipatória versando pagamento de importância.¹⁵³

Não se trata, todavia, da única via admissível, pois podem incidir, também as norma relativas ao cumprimento definitivo, no que couber (art. 519). Assim, por exemplo, aplica-se o disposto nos arts. 773, 805, 814 e outros, pertinentes ao Livro II da Parte Especial (Processo de Execução), por força do disposto no art. 513.

¹⁵². Essa posição de Calamandrei, adotada de forma ampla, como parece ser a proposta, pode levar a soluções injustas, pois autoriza execução definitiva de um título provisório por excelência. Entende ele que, se o processo principal chegar a um resultado diverso daquele estampado no título executivo cautelar, a execução se revelará ilegítima, “con tutte le conseguenze che si verificano quando, intrapresa o compiuta l’esecuzione forzata ordinaria, vien meno eccezionalmente (per es. per l’esperimento di un rimedio straordinario) il titolo esecutivo su cui essa era basata: se viceversa, il processo principale porterà a una decisione coincidente col provvedimento cautelare, la esecuzione cosiddetta cautelare rimarrà ferma in funzione di esecuzione ordinaria, cioè come esecuzione definitivamente satisfattiva” (*Introduzione*, p. 218).

¹⁵³. Já sustentava essa posição na vigência do Código anterior, apesar da omissão do legislador. Cfr. tb. Marinoni, “A execução da tutela antecipatória”, p. 162.

Não obstante, certamente a incidência das normas pertinentes ao cumprimento provisório da sentença ocorrerá com mais frequência, tendo em vista existir certa semelhança entre a sentença impugnada por recurso não dotado de efeito suspensivo, e, portanto, suscetível de execução provisória, e a tutela provisória propriamente dita. A sentença, embora configure tutela definitiva, pois tem como efeito a solução da crise de direito material, só produz esse resultado com o trânsito em julgado. Se contra ela foi interposta apelação, sua eficácia imediata é provisória, pois pode ser cassada se provido o recurso. Por esse aspecto, portanto, aproxima-se da tutela provisória. A diferença reside no fato de esta última não ser concebida para eliminar a crise de direito material, embora esse resultado possa ocorrer eventualmente (art. 304).

É preciso atentar, todavia, para o fato de que a tutela provisória é precedida de cognição sumária e pode ser concedida em caráter liminar, ou seja, antes mesmo da citação (*inaudita altera parte*). Em razão disso, aliás, não pode produzir efeitos irreversíveis, ao menos como regra geral, mesmo porque ninguém pode ser privado de seu patrimônio sem o devido processo legal (CF, art. 5º, LV). Embora o art. 300, § 3º, refira-se à tutela de urgência, parece-me que a vedação estende-se à tutela da evidência. Daí por que a efetivação prática da tutela provisória deve observar esses dispositivos.¹⁵⁴

A possibilidade de o juiz determinar as medidas provisórias que entender adequadas para afastar risco de lesão ao direito não significa seja

¹⁵⁴ Corretas, portanto, as ponderações de Flávio Yarshell (A tutela provisória (cautelar e antecipada) no novo CPC: grandes mudanças? IV, *Jornal Carta Forense*, outubro de 2015, p. A4).

ele dotado de poder discricionário. Como qualquer outro ato decisório, deve ser fundamentado, competindo-lhe demonstrar a presença dos requisitos legais e a adequação da providência (CPC/2015, art. 298).

Também o poder geral de cautela não se confunde com a excepcional possibilidade de concessão dessa modalidade de tutela sem provocação da parte interessada, prevista no Código de 1973 (art. 797) *e não regulada no atual*. Mas está diretamente relacionado com a denominada fungibilidade da tutela cautelar, ou seja, o juiz, no exercício dessa função, principalmente à luz do poder genérico de que foi investido pelo legislador, pode adequar a tutela pleiteada aos fatos narrados.

3.

UTELA ANTECIPADA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O aumento da população em escala geométrica e a falta de adequação do organismo judiciário à realidade das novas relações sociais acabam gerando excessiva demora na entrega da tutela em favor de quem deve recebê-la.

Para abrandar esse angustiante problema, que compromete a própria concepção de direito processual como ciência, passou-se à utilização indiscriminada da tutela cautelar como via alternativa de solução de controvérsias.

A reforma do sistema processual brasileiro, na vigência do Código de 1973, especialmente no que se refere à antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, teve o objetivo primordial de recolocar as coisas em seus devidos lugares.

O poder geral de cautela, conferido ao juiz pelo art. 798 daquele mesmo do estatuto, que deveria representar mecanismo excepcional de segurança, somente voltado para garantir o resultado útil do processo naqueles casos em que não houvesse previsão cautelar específica, passou a ser utilizado como técnica de sumarização da tutela jurisdicional definitiva.

Assim, pela via cautelar acabava-se adotando solução satisfativa e irreversível para o conflito, sem as garantias do devido processo legal, especialmente o contraditório e a ampla defesa.

Dá a necessidade de regulamentar de forma mais precisa o poder geral de concessão da tutela provisória, destinada a assegurar o resultado útil do processo, especialmente no que se refere às antecipações de efeitos da tutela jurisdicional definitiva.¹⁵⁵

Essa preocupação fez-se necessária, especialmente às luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois toda tutela urgente é fundada em cognição sumária¹⁵⁶ e acaba implicando, em maior ou menor

¹⁵⁵. Fenômeno análogo ocorreu na Itália, com a Lei 353/90: “Da questo punto di vista, la riforma cerca infatti di colmare lo scarto creatosi negli anni tra una disciplina della tutela urgente come strumento *residuale* di cautela e un’applicazione che ha tramutato l’istituto nel *cardine* del sistema di tutela cautelare, quando non addirittura in uno vero e proprio strumento alternativo rispetto alla tutela ordinaria” (cfr. Cristina Rapisarda Sassoon, “Il nuovo processo cautelare”, p. 478). V. tb. Lea Querzola, *La tutela anticipatoria*, pp. 134-139.

¹⁵⁶. Sobre a diferença entre sumariade formal e material, aquela restrita a aspectos procedimentais e esta à atividade cognitiva, cfr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Perfil dogmático*, pp. 25-27.

extensão, limitação a essas garantias constitucionais do processo.

Tal fenômeno torna-se ainda mais grave nas denominadas tutelas sumárias antecipadas, provisórias ou não. Nesses casos, além da cognição superficial e das limitações incidentes sobre o contraditório, verifica-se a atuação da medida na esfera do direito material, mediante a antecipação de efeitos a ele inerentes.

Por isso, é imprescindível que a regulamentação da tutela provisória antecipada leve em consideração não apenas a necessidade de conferir efetividade ao processo, mas também a impossibilidade de reduzir a parte contrária a mero integrante da relação processual, sem qualquer oportunidade de influir em seu resultado.¹⁵⁷

3.1. Utilidade da distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada

A partir da alteração do art. 273 do Código anterior, a doutrina processual dividiu-se em duas correntes inconciliáveis, ambas amparadas em fundamentos justificáveis. Tanto aqueles que negavam o caráter cautelar à tutela provisoriamente satisfativa (antecipada), como os que afirmavam essa natureza amparavam-se em premissas perfeitamente sustentáveis para defender as respectivas posições.

Resta saber se tal discussão tinha sabor meramente acadêmico, ou

¹⁵⁷. Essa foi uma das preocupações do legislador italiano ao reformular o sistema cautelar (cfr. Cristina Rapisarda Sassoon, “Il nuovo processo cautelare”, p. 478).

se da distinção poderia resultar alguma consequência de ordem prática, capaz de contribuir para a efetividade do processo.

Tenho para mim que toda a polêmica travada a partir da nova redação do art. 273, por força da qual instituiu-se a antecipação provisória dos efeitos da tutela jurisdicional, constitui resquício da fase puramente técnica ou conceitual por que passou a ciência processual. Retornamos a momento metodológico que se acreditava superado. Suscitavam-se questões que nada significavam para o resultado do processo. A tutela antecipada estava prevista em lei e tal circunstância seria suficiente para atender às necessidades do processo civil moderno. A partir dessa premissa, cabia ao processualista preocupar-se com aspectos teóricos destinados a compatibilizar a técnica com o escopo do processo.

Em primeiro lugar, nenhuma ciência pode ser construída sem identificar e classificar seus fenômenos, de modo a possibilitar a correta compreensão dos institutos a ela inerentes. E, tratando-se da ciência processual, caracterizada pela natureza instrumental, toda construção deve levar em consideração o aspecto teleológico.

A moderna ciência processual jamais abdicou completamente da técnica, nem seria lícito fazê-lo. Apenas reduziu-a à sua real importância, como mecanismo umbilicalmente ligado ao resultado do processo.

A utilidade em encontrar a natureza do instituto da tutela antecipada reside na possibilidade, ou não, de incidência de princípios inerentes à tutela cautelar, toda vez que não houver regra específica regulamentando situação controvertida suscetível de tutela antecipada.

Caso se aceite a similitude entre tais institutos, seria perfeitamente

legítimo considerar comuns as regras a eles inerentes.¹⁵⁸

Pelo que se viu até agora, as semelhanças são muito maiores do que as diferenças. Requisitos e escopos de uma e outra praticamente se confundem.¹⁵⁹

Nessa medida, a tutela antecipada, mesmo se rejeitada sua natureza cautelar, constitui modalidade de pronunciamento judicial cujas regras de regência são praticamente as mesmas concebidas para a tutela cautelar.¹⁶⁰

Como a antecipação de tutela, tal como regulada no Código de 1973, pressupunha processo em curso, evidentemente que todas as regras pertinentes à autonomia procedimental do processo cautelar eram inaplicáveis. Mas esse fenômeno não ocorria apenas em relação a esse ponto, mas sempre que o legislador admitisse fosse a tutela cautelar prestada no próprio bojo do processo, sem necessidade da propositura de demanda autônoma.¹⁶¹

¹⁵⁸. A preocupação é também de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que afastava o elemento topológico e o nome como dados suficientes para a identificação da tutela. Entende imprescindível a classificação das tutelas de urgência, principalmente em razão da nova redação do art. 273 do Código de Processo Civil (cfr. *Perfil dogmático da tutela de urgência*, pp. 8-9).

¹⁵⁹. O próprio Barbosa Moreira admitia a existência de grande afinidade entre elas, pois a urgência, característica do processo cautelar, é um dos fundamentos da antecipação, o mesmo ocorrendo com a revogabilidade prevista no § 4º do art. 273 (cfr. “A antecipação”, p. 198).

¹⁶⁰. Mesmo por esse ângulo, Barbosa Moreira duvidava da utilidade prática da distinção, pois, ou existe incompatibilidade evidente entre a solução prevista para a cautelar e a medida antecipatória, como todas aquelas que pressupõem processo autônomo, ou o próprio legislador cuidou de regulamentar a matéria (“A antecipação”, pp. 201-202).

¹⁶¹. Eram inúmeros os dispositivos do Código que previam a possibilidade de medida cautelar sem a autonomia procedimental, isto é, independentemente da instauração de processo cautelar e às vezes até mesmo de ofício (cfr. CPC, arts. 266, 558, 653, 1.000, parágrafo único, 1.001, 1.018, parágrafo único).

Aceita essa premissa, princípios relativos à tutela cautelar, como o poder geral de cautela do juiz, a fungibilidade, a responsabilidade objetiva, eram perfeitamente aplicáveis no âmbito da tutela antecipada.¹⁶²

Mas não é só. A visão adequada desses fenômenos permitia ao processualista pensar em soluções compatíveis com as peculiaridades do direito material.

Nada impedia, por exemplo, que, além da tutela sumária cautelar, cuja concessão depende da presença dos requisitos legais, preveja o legislador modalidade de tutela sumária não cautelar para todos os litígios. Nas demandas cognitivas haveria uma audiência preliminar, onde o julgador já fixaria o resultado, em conformidade com os elementos a seu dispor até aquele momento. A parte insatisfeita com a decisão teria o ônus de recorrer e dar continuidade ao processo. Caso não o fizesse, o julgamento se transformaria na solução definitiva para o litígio.¹⁶³

Mas não se pode jamais perder de vista, na eventual

¹⁶². Carreira Alvim, embora negasse o caráter cautelar da tutela antecipatória, afirmava que a adoção dessa modalidade de tutela de urgência representa indiscutível consagração do poder geral de cautela do juiz (“A antecipação da tutela”, p. 56). Ora, se a possibilidade de antecipar a tutela integra o poder geral de cautela, aplicam-se a essa espécie de tutela de urgência os princípios inerentes à tutela cautelar. E é exatamente essa a questão posta quando se discutia a natureza da tutela antecipada. Por isso, ao relatar agravo de instrumento em que o autor pedia, a título de antecipação de tutela, o cancelamento do protesto, porque presentes os requisitos legais, entendi cabível a suspensão provisória do protesto, até o julgamento da demanda principal. Trata-se de evidente antecipação de efeitos colaterais da tutela final, concedida nos limites admissíveis da tutela provisória (cfr. AI 928.047-9). No mesmo sentido, AI 865.281-9-SP, 1ª TACSP, 6ª C., rel. Juiz Sá Duarte, j. 15.6.99, v.u.; AI 786.589-8-SP, 1ª TACSP, 11ª C., rel. Juiz Maia da Cunha, j. 6.4.98, v.u.

¹⁶³. Essa proposta tem a adesão de Hugo Nigro Mazzilli, para quem a liminar teria a vantagem de representar solução oficial da questão, dada por autoridade imparcial. Mesmo que o processo tenha continuidade, a situação de direito material já estaria sob a tutela jurisdicional. Para ele, a maioria dos litígios se encerraria nessa fase inicial do processo, “pois é muito expressivo o número de pessoas que, mediadas por uma autoridade imparcial, acedem a uma solução razoável” (“Entrevista”, p. 3).

regulamentação dessa técnica, a premissa fundamental: trata-se de tutela sumária definitiva, não cautelar. Somente com perfeita consciência da opção feita será possível adotar regras compatíveis com a natureza do instituto.

Essa discussão teórica deixou de existir. O legislador processual de 2015 reconheceu a identidade ontológica entre cautelar e antecipação provisória. Embora tenha reservado o termo cautelar à tutela meramente assecuratória, tratou-a, juntamente com a antecipação de efeitos, como espécie do gênero comum, qual seja, a tutela provisória. Ambas são precedidas de cognição sumária, muito embora possa haver, em caráter excepcional, previsão de tutela definitiva sem exigência de prévia cognição exauriente. O importante é a regulamentação legal atender às especificidades dos gêneros provisório e definitivo.

3.2. A opção pela tutela sumária definitiva

Por considerar mais adequada a solução da tutela sumária não provisória, há quem defenda seja alterada profundamente a natureza do instituto, conferindo-lhe aptidão para tornar-se definitivo.¹⁶⁴

¹⁶⁴. A proposta de alteração foi apresentada pela professora Ada Pellegrini Grinover, ainda na vigência do Código de 1973. O tema será melhor desenvolvido neste mesmo capítulo, em item próprio (15A). Desde logo, reproduzo a justificativa apresentada pela ilustre processualista, a fim de que o leitor tenha conhecimento das razões por que entende ela ser melhor a opção pela tutela sumária não cautelar:

“Com relação à estabilização da tutela antecipada (nova redação do § 5º e §§ 6º, 7º e 8º do art. 273 do CPC), não pode surpreender a observação de que os provimentos antecipatórios são, substancialmente, provimentos monitorios. Como bem afirma Edoardo Ricci, no já mencionado estudo sobre a antecipação de tutela no direito brasileiro, os pressupostos podem ser diversos, mas análoga deve ser a eficácia. E, no direito pátrio, Ovídio Baptista da Silva, antes mesmo da adoção da ação monitoria, considerou expressamente as liminares

Já se disse que a opção entre a tutela sumária provisória e definitiva fica a critério do legislador, a quem cabe verificar qual das soluções melhor atende às necessidades do direito material.

A sugestão a que se refere admite a possibilidade de a antecipação transformar-se em solução definitiva da controvérsia, desde que não haja impugnação da parte contrária. Trata-se de mecanismo semelhante ao adotado para a tutela monitória, bem como se aproxima de medidas

antecipatórias do direito brasileiro como modalidade de processo monitório genérico, referindo-se à lição de Proto Pisani.

“Por isso, é fácil concluir que, uma vez concedida a tutela antecipada, o réu, devidamente informado, possa adotar conduta processual assemelhada àquele que, recebendo o mandado monitório, deixa de oferecer embargos. Nesse caso, não há por que o processo prosseguir até a sentença de mérito, podendo a tutela antecipada estabilizar-se.

“Assim como o mandado monitório não embargado dá margem à constituição do título executivo judicial (art. 1.102c CPC), a falta de impugnação do interessado (ou a inadmissibilidade da impugnação) converte automaticamente o provimento antecipado em sentença de mérito sujeita a apelação sem efeito suspensivo, enquanto o réu é favorecido com os mesmos incentivos previstos pelo § 1º do art. 1.102c CPC, em caso de não interposição do recurso. A escolha pela conversão do provimento antecipado em sentença de mérito – e não em título executivo – não só elimina as dúvidas de interpretação quanto à existência, ou não, de coisa julgada na ação monitória, como ainda representa maior garantia para o réu.

“O concurso da vontade das partes – do autor, pelo pedido, e do réu, pelo silêncio – constitui salvaguarda necessária e suficiente para a conversão. Além disso, preferiu-se não cuidar da estabilização da tutela quando a antecipação fosse parcial, de modo a evitar o desmembramento das sentenças, também evitando possíveis conflitos entre o capítulo da sentença resultante da conversão, necessariamente limitado ao objeto da antecipação, e outros capítulos do provimento que viria afinal.

“Lembre-se, finalmente, que o direito italiano contempla a possibilidade de estabilização dos provimentos de urgência em diversas disposições: art. 186-ter e *quater* c.p.c. e art. 423, 2º *comma*, c.p.c. (este último, em matéria de processo do trabalho). E, segundo afirma Ricci, a sobrevivência da eficácia executiva dos provimentos de urgência à extinção do processo vem sendo afirmada pela doutrina, em via de interpretação sistemática, mesmo fora dos casos expressamente previstos. Também em França, o *référé* possibilita a atribuição de força executiva plena ao provimento antecipado, tornando desnecessária a sentença de mérito. Na doutrina italiana, aliás, é esta a pedra de toque para distinguir a tutela cautelar (que jamais dispensa o provimento principal) da verdadeiramente antecipatória, que pode ser autônoma.

“É preciso observar, no entanto, que as soluções francesa e italiana são mais tímidas do que a ora preconizada, porque lá o provimento de urgência que sobrevive à extinção do processo sem julgamento de mérito, pelo concurso da vontade das partes, embora tenha força executiva plena, não se reveste da autoridade da coisa julgada. Preferimos a linha da conversão em sentença pelos motivos já expostos, e até mesmo em homenagem ao já tradicional instituto do julgamento antecipado da lide, cabível em caso de revelia (art. 330, II, CPC).”

existentes no direito italiano para casos específicos. A diferença está no fato de que, aqui, a previsão teria caráter genérico, ou seja, presentes os requisitos legais, qualquer litígio poderá ser resolvido mediante tutela jurisdicional precedida de cognição sumária.

Tenho dúvidas sobre ser essa a melhor alternativa, principalmente se adotada em caráter genérico.

Pelo sistema anterior, a antecipação de tutela tinha invariavelmente natureza provisória, visto não ser passível de estabilização. Sua eficácia dependia sempre do resultado final do processo, este, sim, passível de imutabilidade. Identificavam-se, portanto, pela provisoriedade e pela instrumentalidade.

Ainda que outra tenha sido a intenção do legislador, a tutela antecipada continha requisitos ontologicamente vinculados à ideia de cautelaridade, não obstante com conteúdo fático satisfativo. Tratava-se de tutela destinada a evitar perigo de dano, insuficiente para solucionar o litígio e, portanto, instrumental e provisória.¹⁶⁵

Esse mecanismo, a meu ver, atendia perfeitamente àquele que necessitasse da tutela urgente, sem comprometer a atividade cognitiva do juiz, que sempre poderia exercê-la durante o curso do processo.

A propósito dessa sugestão, cfr. n. 15A, neste Capítulo.

¹⁶⁵. Ao ver de Antônio Cláudio da Costa Machado, essa opção legislativa visou a restringir o poder do juiz, que depende da presença de mais um requisito para conceder a tutela antecipatória: “Em suma, para construir uma tutela antecipatória de cabimento generalizado, a lei teve que retirar do plano da norma a decisão sobre a que direitos conceder antecipação e entregá-la ao juiz, mas sob a condição de verificar o *periculum in mora* (por absoluta falta de outro critério limitador), o que acaba por dar à tutela antecipada inafastável natureza cautelar” (“Observações sobre a natureza”, p. 226). O *periculum in mora* representa, em seu entender, o elemento distintivo do fenômeno cautelar (cfr. *A tutela antecipada na reforma*, pp. 116 e ss.). Acrescento que a tutela cautelar tem como elementos ontológicos não apenas o perigo de dano, comum a outras tutelas sumárias não cautelares, mas a instrumentalidade e a provisoriedade.

E mais. Caso a antecipação fosse concedida no início do processo e o réu não apresentasse contestação, existia a possibilidade de aplicação do disposto no art. 330, inciso II, do Código de Processo Civil, que se aproximava bastante da solução proposta.

É verdade que, no sistema então em vigor, não estava o juiz vinculado aos efeitos da revelia previstos no art. 324. Isso significa que nem sempre haveria o julgamento antecipado, pois podia o processo prosseguir para instrução.

Ocorre que tal somente se verificava se os fatos fossem inverossímeis, ou sejam se as afirmações feitas pelo autor não grau suficiente de razoabilidade. Se, pela experiência comum, concluísse o juiz não fossem plausíveis os fatos narrados na inicial, não deveria ele admitir os efeitos da revelia.

Mas, nesse caso, com muito mais razão também não haveria antecipação de tutela, pois esta depende fundamentalmente da verossimilhança.

Ora, concedida a tutela antecipadamente, significa que o direito afirmado se mostra plausível. Nessa linha, não havendo resposta, podia o juiz extinguir o processo com julgamento de mérito, sem necessidade de cognição exauriente (CPC, art. 330, II). Se determinasse o prosseguimento, seria por alguma razão de ordem pública.

O modelo atendia às necessidades do direito material. Permitia a solução antecipada e provisória da controvérsia, mas não excluía a cognição exauriente futura. Por isso, sustentei devesse a tutela sumária definitiva continuar como alternativa excepcional e específica para determinadas situações, tal como ocorre, aliás, no direito italiano.

A referência feita ao sistema em vigor na Itália exigiu menção à

proposta de reforma do Código apresentada naquela oportunidade. Entre as várias sugestões feitas pela comissão constituída com esse objetivo estava exatamente a de alterar a regra dos denominados provimentos de urgência. A tutela fundada no art. 700 do CPC/73 era tratada como cautelar independentemente do conteúdo, visto que provisória e instrumental, o que significa inaptidão para tornar-se a solução final do litígio e necessidade de outra tutela, esta, sim, de natureza definitiva.

A ideia era deixar a função instrumental somente para as cautelares típicas reguladas pelo Código. A tutela de urgência genérica, destinada a assegurar ou a antecipar a tutela dos direitos, passaria a ter caráter sumário não cautelar. O juízo de mérito precedido de cognição plena seria meramente eventual. A falta de provocação da parte interessada ou a extinção do processo instaurado para esse fim não acarretaria a cessação dos efeitos da tutela urgente. A solução dada em caráter sumário permaneceria eficaz até eventual sentença, proferida em processo de cognição exauriente, que afirmasse a inexistência do direito assim tutelado.¹⁶⁶

Não foi essa a solução adotada pelo art. 273 do Código de 1973, em que o provimento antecipado tinha caráter invariavelmente provisório e era passível de revogação, estando sua eficácia intimamente vinculada à tutela final.¹⁶⁷

¹⁶⁶. A comissão era presidida pelo saudoso e eminente processualista Giuseppe Tarzia e suas conclusões estão publicadas na *Rivista di Diritto Processuale* 4, 1996, em especial pp. 1.016-1.017, item XXVIII. Sobre a tutela sumária não cautelar, porque definitiva, adotada na Itália, v. Cap. III, n. 1.

¹⁶⁷. Não parece acertada, por isso, a conclusão de Peyrano a respeito da tutela antecipada no direito brasileiro. O ilustre autor a inclui como modalidade de tutela de urgência, diversa da cautelar clássica e daquela por ele denominada de medida autossatisfativa, que aqui vem sendo tratada como tutela sumária não cautelar. Em outra passagem, todavia, acaba por admitir a

3.3. A generalização da tutela antecipada

O abuso da tutela antecipada ocorreu não só no Brasil. Em países onde existe regra semelhante aos arts. 294 e 300 do CPC/2015, também se verificou o uso possivelmente indevido do mecanismo destinado a regular a tutela provisória, que passou a ser adotado para concessão de tutelas urgentes, mas definitivas.¹⁶⁸

Talvez seja esse o principal motivo por que inicialmente a doutrina nacional manifestou resistência à categoria da cautelar antecipatória, tal como imaginada por Calamandrei, restringindo esta modalidade de tutela às medidas de natureza meramente conservativa.¹⁶⁹

O problema todo, porém, não reside no aspecto meramente

tutela antecipada como modalidade de cautelar em sentido amplo, distinta das medidas autossatisfativas. Após insistir no fato de que a tutela antecipada do direito brasileiro será sempre revogada ou confirmada pela sentença de mérito, conclui que os limites da denominada cautela material não coincidem com aqueles da medida autossatisfativa: “Es que o se concibe a aquélla como una medida precautoria caracterizada por sus efectos o se la tiene por una verdadera sentencia anticipatoria. En ambos supuestos, se estaría en un campo que no concuerda con el de la medida autosatisfactiva” (*Reformulación de la teoría de las medidas cautelares*, pp. 498-500). A tutela antecipada se identificaria, pois, com a denominada cautela material (v. tb. ob. cit., p. 509).

¹⁶⁸. Foi o que ocorreu na Itália, segundo informa Cristina Rapisarda Sassoon, em relação ao art. 700, que passou a ser utilizado fora do sistema cautelar, especialmente para tutela de direitos sem conteúdo patrimonial, cuja proteção oferecida pela via ordinária e ressarcitória se mostrava insuficiente. O poder genérico de cautela se transformou em verdadeira tutela sumária alternativa (cfr. “Il nuovo processo cautelare”, p. 480).

¹⁶⁹. “Questa tecnica si è trasformata infatti progressivamente in una tutela sommaria e anticipatoria, caratterizzata da una provvisorietà sempre più sfumata quanto meno dal punto di vista della reversibilità degli effetti prodotti dal relativo provvedimento di tutela” (Cristina Rapisarda Sassoon, “Il nuovo processo cautelare”, p. 482).

terminológico da tutela jurisdicional em questão, qual seja, se cautelar pode ou não ter conteúdo antecipatório? A questão está na eventual inexistência de provisoriedade dos efeitos antecipados, não na antecipação propriamente dita e muito menos na denominação da respectiva tutela – cautelar ou não. Essa deve ser a preocupação do do processualista, pois tem relação com as garantias inerentes ao devido processo legal. Antecipação definitiva e irreversível nada mais é do que tutela sumária final, cuja concessão depende de expressa previsão legal, sendo inaplicável, em princípio, o poder geral concernente à tutela provisória. Conservativa ou antecipada, ela pode ser revogada a qualquer tempo. Sua eficácia está sempre condicionada ao provimento final (CPC, arts. 296, 300, § 3º, 303, § 1º e 308).

O legislador processual do Código de 1973, com a alteração do art. 273, introduzida pela lei 8.952, de 13.12.94, estendeu a solução, até então excepcional, da antecipação de efeitos da tutela final a todas as situações sujeitas ao processo cognitivo. Ou seja, admitiu, preenchidos determinados requisitos, fossem antecipados efeitos da tutela jurisdicional em qualquer procedimento.

Nada mais fez, portanto, do que possibilitar, de forma genérica, a concessão de decisões antecipatórias de efeitos concernentes à tutela final pleiteada pelo autor, até mesmo em caráter liminar, toda vez que tal medida seja necessária para assegurar a utilidade do resultado do processo ou se mostre aconselhável ante o manifesto propósito protelatório do réu.

Aquilo que somente era possível em determinados procedimentos especiais, como mandado de segurança, embargos de terceiros,

possessórias e outros, passou a ser admitida em qualquer hipótese, desde que verificados os requisitos previstos no art. 273.¹⁷⁰

A inovação foi elogiada pela doutrina: “é certamente a mais importante novidade introduzida em nosso direito pelo movimento das recentes reformas em nossa lei processual civil”.¹⁷¹

Sempre sustentei ser a tutela cautelar concedida mediante decisões fundadas em cognição sumária, visando a assegurar a efetividade da tutela jurisdicional definitiva, ante o perigo de dano grave ou irreparável a um direito provavelmente existente, causado pela demora do processo. Caracteriz-se, pois, pela provisoriedade e pela instrumentalidade. Ou seja, não é apta a ditar solução definitiva para o litígio e está voltada para assegurar os efeitos do pronunciamento final, quer pela técnica da *conservação*, quer da *antecipação*.¹⁷²

Nessa linha de raciocínio, a antecipação dos efeitos da sentença, prevista no art. 273 do Código de Processo Civil revogado, nada mais é do que medida de urgência construída segundo *técnica cautelar*, destinada a conferir eficácia ao provimento final.

Haveria, aceita a premissa, certo esvaziamento da cautelar inominada (CPC/1973, arts. 798 e 799), campo propício para o desenvolvimento daquelas tutelas satisfativas, ainda que provisórias, em relação às quais venho afirmando a natureza cautelar.

¹⁷⁰. Sobre a generalização dessa medida de urgência e a instituição de verdadeiro poder geral de antecipação, cfr. Luiz Gustavo Tardin, *Fungibilidade das tutelas de urgência*, pp. 105-112.

¹⁷¹. São palavras de Ovídio Baptista da Silva, “A ‘antecipação’ da tutela”, p. 129. Segundo Araken de Assis, dentre as inovações do processo civil brasileiro, “a antecipação da tutela representa a única, realmente, a merecer a designação de revolucionária” (“A antecipação de tutela”, p. 14).

¹⁷². Cfr. Proto Pisani, “La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale”, p. 94.

Teria sido exatamente essa a intenção do legislador, para evitar o abuso das chamadas cautelares satisfativas, que, na verdade, passaram a ser utilizadas como substitutivo da via ordinária, reservada para a tutela final ou definitiva, muitas vezes sem que houvesse razão para essa substituição.

Mais grave, porém, era a não rara irreversibilidade dessas medidas, sem propiciar a quem tinha de suportá-las as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa. Ficava a parte privada do devido processo legal.¹⁷³

Admitida a providência antecipatória, tal como instituída no art. 273 do Código anterior, a estrutura do sistema sofreu alteração substancial. O procedimento, até então informado pela cognição exauriente e com decisão sobre o mérito apenas a final, passou a admitir, de forma genérica, soluções antecipadas e provisórias, fundadas em cognição sumária.

Qualquer tutela cognitiva poderia ter seus efeitos antecipados, desde que presentes os requisitos legais. A medida tornou-se admissível até em processo rescisório, conforme previsão legal expressa (CPC/73, art. 489).¹⁷⁴

Para concretização dessa tutela antecipada, admitiu-se a execução no próprio processo de conhecimento, o que acabou por descaracterizá-lo completamente, aproximando-o daqueles procedimentos

¹⁷³. Cfr. Edgard Antônio Lippmann Júnior, “Antecipação de tutela”, p. 39.

¹⁷⁴. Cfr. Cap. V, n. 36.

especiais e até das denominadas tutelas executivas *lato sensu*.¹⁷⁵

O legislador de 2005 manteve essa técnica, com algumas alterações que, a meu ver, contribuíram para aperfeiçoá-la. Embora mantida a dicotomia cautelar (conservativa/antecipada (satisfativa), ambas foram tratadas como espécies do gênero denominado tutela provisória. Eliminaram-se o processo cautelar autônomo e os procedimentos cautelares específicos. O pedido pode ser deduzido em caráter incidental ou antecedente, mas o processo será sempre único.

Diante desse quadro, verifica-se a adoção da técnica preconizada neste trabalho, qual seja, a regulamentação de uma modalidade de tutela instrumental, destinada a assegurar a eficácia prática do resultado final, mediante medidas assecuratórias ou satisfativas. São provisórias, ressalvada a hipótese de, tratando-se de tutela antecipada, as partes conformarem-se com o resultado. Nesse caso, dispensa-se a tutela final, com a consequente extinção do processo (arts. 294 e ss).

3.4. Medida liminar e antecipação de efeitos da tutela final

Cabe aqui rápida observação sobre o termo *liminar*. A possibilidade de concessão da tutela antecipada não configura generalização das liminares no sistema processual brasileiro. Ou seja, liminar e antecipação de efeitos da tutela final são fenômenos distintos.

Liminar indica decisão proferida no início do processo, antes mesmo da citação do réu. O indeferimento da inicial, o reconhecimento de

¹⁷⁵. Cfr. Ovídio Baptista da Silva, “A ‘antecipação’ da tutela”, p. 130.

incompetência absoluta de ofício e a antecipação de efeitos *inaudita altera parte* são exemplos de liminares.

A expressão revela, portanto, o momento em que o pronunciamento judicial é proferido, não seu conteúdo.

A antecipação da tutela caracteriza-se por representar decisão pela qual a eficácia da sentença, total ou parcial, é produzida antes mesmo do julgamento final, o que pode ocorrer desde a propositura da ação, liminarmente portanto, e até após o julgamento em primeiro grau.

Tutela antecipada não se confunde, pois, com liminar, não obstante possa ser deferida de plano, antes da citação, ou seja, no limiar do procedimento. São classificações de um mesmo fenômeno – a decisão judicial – por ângulos diversos. Se pensarmos apenas no aspecto topológico da decisão, qualquer decisão, poderemos considerá-la liminar ou não, o que depende exclusivamente do lugar em que ela se situa no procedimento. Se, todavia, voltarmos os olhos para os efeitos práticos da tutela jurisdicional pleiteada e considerarmos a possibilidade legal de antecipá-los, liminarmente ou não, estaremos diante da tutela antecipada.¹⁷⁶

Em síntese, liminar é decisão proferida no início do processo.

¹⁷⁶. Com muita propriedade, Adroaldo Furtado Fabrício demonstra que a ideia de liminar está em plano diverso da concepção de antecipação de tutela, muito embora a grande maioria dos pronunciamentos antecipatórios de efeitos do resultado final estejam localizados logo no início do procedimento. Mas isso não ocorre sempre, adverte, bastando o exame da previsão do art. 273 para verificar a diferença: “A antecipação de tutela da qual se cuida aí pode tomar a forma de uma liminar (vale dizer, conter-se em decisão proferida no liminar do procedimento), mas de modo alguma é obrigatória essa localização, ou inerente à natureza da antecipação. Tenha-se em conta que um dos fundamentos possíveis da decisão antecipatória regulada por esse texto normativo é o abuso do direito de defesa, que evidentemente pressupõe já havê-lo exercitado o réu e, portanto, achar-se o processo em fase mais adiantada do que aquela onde podem ter lugar as verdadeiras liminares” (“Breves notas”, p. 19).

Não importa o conteúdo da medida. Pode versar sobre saneamento, questões processuais cognoscíveis de ofício, conservação de bens, pessoas ou provas e antecipação de efeitos da tutela final.¹⁷⁷

A eficácia no âmbito da relação material, possibilitando que efeitos pretendidos possam ser usufruídos antecipadamente, pode ou não ser concedida liminarmente. Como se verá em seguida, admite-se até mesmo que os efeitos sejam antecipados quando da sentença final, o que, obviamente, não caracterizaria liminar.

Em síntese, no âmbito das tutelas sumárias ou de urgência, a expressão *liminar* significa antecipação ou conservação verificada de plano, no início do processo. Indica apenas o momento procedimental em que determinada medida é adotada.

No processo cautelar regulado pelo Código de 1973, tendo em vista a preocupação com a urgência, normalmente eram concedidas medidas liminares, antecipando-se a cautela. Isso não significa, todavia, que toda liminar tenha natureza cautelar. A classificação de um e outra leva em conta critérios diferentes. Liminar é expressão destinada a identificar provimento judicial deferido no início do procedimento. O critério classificatório é topológico. A tutela cautelar podia ser antecipada liminarmente ou para qualquer momento anterior à sentença; ou mesmo concedida apenas ao final do processo cautelar.¹⁷⁸

Situação análoga ocorre hoje no processo de conhecimento, nas hipóteses em que o legislador autoriza a tutela antecipada ou cautelar. Presentes os requisitos legais, o juiz concede ao autor, total ou

¹⁷⁷. Humberto Theodoro Jr., *Tutela jurisdicional de urgência*, pp. 5-6.

¹⁷⁸. Cfr. Marcelo Lima Guerra, *Estudos*, pp. 81-82.

parcialmente, a proteção pretendida no plano material ou assegura, mediante medidas conservativas, a utilidade do resultado final. Pode fazê-lo em caráter liminar, ou seja, sem ouvir a parte contrária (CPC, ars. 300, § 2º).

No direito brasileiro, portanto, quando se fala em tutela antecipada, pretende-se identificar o conteúdo de uma espécie de tutela precedida de cognição sumária, de natureza provisória, concedida antes da tutela final. Sua característica é a satisfatividade fática. Poderá sê-lo em caráter liminar ou não.¹⁷⁹

3.5. A antecipação da tutela jurisdicional no sistema processual brasileiro

Após a alteração do art. 273 do Código de Processo Civil de 1973, ampliaram-se as oportunidades para concessão da tutela antecipada, que podia ser requerida em qualquer hipótese submetida a procedimento comum ou especial, não mais se limitando aos casos específicos anteriormente previstos.¹⁸⁰

¹⁷⁹. Adroaldo Furtado Fabrício sustenta que a tutela antecipada não é substancialmente diversa da definitiva, dela se distinguindo tão-somente “pelas notas da provisoriedade e do adiantamento temporal em relação ao momento ordinário da prestação jurisdicional. Mais uma vez, pode-se dizer que a questão é apenas de momento processual” (cfr. “Breves notas”, p. 20). Inexiste, todavia, identidade substancial entre a tutela antecipada e o provimento final, visto que a primeira não é dotada da eficácia jurídica deste último. Uma se limita a antecipar provisoriamente efeitos de um provável resultado final; o outro atua a vontade concreta da regra, representando a solução definitiva do litígio.

¹⁸⁰. Não se justificam interpretações restritivas quanto ao campo de incidência da tutela antecipada. Desde que compatível com a natureza do direito e necessária para assegurar a efetividade da tutela final, deve ser admitida em qualquer situação. A interpretação do

A situação perdura no Código atual, que sistematizou a tutela provisória, unificando os requisitos e o procedimento. Previu, também, a fungibilidade entre as respectivas espécies (antecipada e cautelar). Com isso, eliminou discussões inúteis e facilitou a compreensão do instituto.

Daí decorre, em consequência, aumento dos poderes do juiz, a quem compete velar pela duração razoável do processo (CPC, art. 139, II), garantia assegurada às partes nos planos constitucional (CF, art. 5º, inciso LXXVIII) e infraconstitucional (CPC, art. 4º). Ante os termos genéricos utilizados na lei, compete-lhe, com grande margem de flexibilidade, fixar o sentido das expressões vagas, de conteúdo indefinido, encontradas na previsão legal e adequá-las às situações da vida carentes de proteção urgente.

Por outro lado, com a regulamentação precisa das situações em que a antecipação satisfativa se apresenta possível e com a indicação dos requisitos necessários à medida, procurou-se evitar abusos muito comuns verificados em sede das chamadas cautelares satisfativas. Em última análise, pretendeu o legislador colocar ordem na casa.¹⁸¹

instituto deve levar em conta sua finalidade de assegurar o resultado útil do processo e o direito material a ser preservado, sendo irrelevantes aspectos meramente procedimentais. A conclusão aplica-se também a determinadas formas de tutela diferenciada, como a monitória. Inexiste razão plausível para não submetê-la à regra da antecipação, desde que a providência se revele necessária e adequada. Mais uma vez concluiu acertadamente Luiz Guilherme Marinoni (cfr. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado*, pp. 123 e ss.; *A antecipação da tutela*, pp. 180-181).

¹⁸¹. Segundo Sálvio de Figueiredo Teixeira, o grande mentor da reforma do Código de 1973, ao lado de Athos Gusmão Carneiro, esta é uma das mais importantes inovações do sistema processual: “Daí o relevo que passa a ter a sua correta aplicação, para que não se repitam os equívocos e abusos ocorridos na prática com a cautelar inominada, com a qual, aliás, não se confunde a tutela do art. 273. A propósito, era exatamente por falta de mecanismo desse porte e desse alcance que prosperou no foro o chamado abuso das cautelares. Espera-se, destarte, que o uso adequado e correto do novo instituto venha corrigir a anomalia” (*Código de Processo Civil anotado*, p. 197).

Trata-se de mais uma tentativa destinada à agilização da prestação jurisdicional. É a busca incessante pela celeridade dos processos, ideal de todos os que se preocupam com a efetividade da tutela. Além das inúmeras dificuldades enfrentadas pelos operadores do direito, as medidas destinadas a ampliar o acesso ao Poder Judiciário vieram dificultar ainda mais a entrega tempestiva do provimento satisfativo.

O mecanismo estatal de solução de controvérsias não se encontra suficientemente estruturado para suportar o grande aumento do número de demandas. Daí a demora cada vez maior dos processos, mal que o legislador procura evitar com a adoção, entre outras providências, de medidas de urgência, como a antecipação da tutela.¹⁸²

3.6. A doutrina brasileira e a natureza jurídica da tutela antecipada

A tutela antecipada destina-se a acelerar a produção de efeitos

¹⁸². É paradoxal que a ampliação do acesso à Justiça acabe por dificultar o acesso à justiça. Cappelletti já alertara para esse problema (cfr. Bedaque, *Direito e processo*, p. 48, nota n. 6), que também foi identificado por Arruda Alvim: “A demora dos processos é um mal universal. Essa tendência continuada dos legisladores, de tentarem agilizar a Justiça, tem sido a resposta correspondente ao grande aumento do acesso à Justiça, mercê do que o aparato estatal tradicional, seja tendo em vista o seu tamanho, a sua eficiência, não tem logrado atender com a rapidez desejável” (“Tutela antecipatória”, p. 19). O mesmo problema se verifica no sistema da *common law*: “Il dilemma fondamentale della giustizia civile negli Stati Uniti è di conciliare questi ideali di uguaglianza, accessibilità della giustizia, autonomia individuale e trasparenza del processo civile, con una realtà nella quale la loro realizzazione implica costi economici, politici e morali. È lo stesso problema che si pone a proposito di analoghi ideali relativi all’assistenza sociale e sanitaria e all’educazione scolastica, e che sorge in termini analoghi in ogni società democratica” (Hazard e Taruffo, *La giustizia civile*, p. 259).

práticos da provável decisão final , para abrandar o dano causado pela demora do processo.

Existem, todavia, modalidades diversas de antecipação, estruturadas de maneira diferente e voltadas para situações específicas. No Capítulo anterior, examinou-se, por exemplo, a tutela sumária definitiva, mediante a qual, em situações excepcionais, admite-se seja o resultado final obtido mediante cognição não exauriente.

Na vigência do Código de 1973, divergia a doutrina, todavia, sobre a natureza da providência consistente em antecipar provisoriamente efeitos da tutela jurisdicional, regulada pelo art. 273 .

Adotei o entendimento minoritário, segundo o qual tratava-se de tutela cautelar, ainda que sua eficácia atingisse o próprio direito material, proporcionando a realização provisória de efeitos materiais da prestação jurisdicional satisfativa?¹⁸³

Tendo em vista posição metodológica assumida pela maioria da doutrina pátria, essa característica seria incompatível com o caráter cautelar da tutela, que somente pode ser assim considerada se se limitar a assegurar a utilidade do resultado do processo, sem implicar, todavia, a

¹⁸³. Daí a expressão *cautelar satisfativa*. A divergência doutrinária era , na verdade, anterior à alteração introduzida no art. 273 do Código de Processo Civil. Já se afirmava que antecipações de efeitos não poderiam ser concedidas pela via cautelar, antes regulada como processo autônomo. Mais acertada e adequada à realidade sempre me pareceu a posição contrária, que reconhecia a possibilidade de o juiz antecipar efeitos da sentença com base no poder geral de cautela, muito embora devesse fazê-lo com extrema prudência, “de modo a impedir a ocorrência de situações irreversíveis; nem por isso deixará de ser admissível, em tese, em hipóteses em que somente a adoção de tal providência seja apta a preservar a utilidade e a eficácia da sentença substitutiva” (Flávio Yarshell, *Tutela jurisdicional*, p. 90, nota 35, abordando o tema em relação à sentença substitutiva de declaração de vontade). Verifica-se que o problema não é a classificação da tutela como cautelar ou satisfativa, mas o resultado irreversível da providência jurisdicional, como bem observado na lição ora transcrita.

satisfação do próprio direito material postulado, mesmo que provisoriamente.¹⁸⁴

Além desse, outros fundamentos são invocados pela doutrina majoritária.

Para concessão da tutela cautelar, a cognição no plano material é realizada apenas para verificar a plausibilidade e o risco da demora. Na antecipação o juízo de probabilidade é feito com o fim de se entregar desde logo o bem da vida ao autor. A sentença ainda inexistente já produz efeitos como se existisse. A tutela cautelar, deferida em processo autônomo ou de forma incidente no processo de conhecimento, se esgota na prestação da

¹⁸⁴. O jovem e brilhante processualista paranaense Luiz Guilherme Marinoni, tantas vezes lembrado neste trabalho, exatamente pela excelência de suas construções, pareceu ceder um pouco em sua rígida posição de negar a possibilidade de a tutela cautelar assumir cunho satisfativo. Ao distingui-la da tutela interinal, admitiu a possibilidade de sua concessão implicar antecipação de parte dos efeitos da sentença do processo principal (cfr. *Tutela cautelar*, p. 102). Teríamos, então, a cautelar parcialmente satisfativa? Impossível seria apenas a antecipação total dos efeitos do provimento final por via da cautelar? Nesses casos, a tutela seria sumária não cautelar? Aliás, os comentários do eminente mestre ao exemplo de cautelar formulado por Calamandrei revelam claramente sua adesão à categoria da tutela cautelar satisfativa. Trata-se da hipótese em que certa artista famosa pleiteou fosse a foto de seu rosto retirada de cabaré de Paris. Obteve tutela cautelar, consistente em vedar com um pano seu retrato. A providência importa, sem dúvida, antecipação provisória do efeito prático da sentença final. Não configura antecipação do próprio provimento, evidentemente, pois não se lhe reconheceu o direito à supressão da foto. Mas concedeu-se-lhe a tutela cautelar para assegurar a utilidade do provável resultado futuro. A respeito, conclui corretamente Marinoni: “Ora, no exemplo de Calamandrei realmente existiu antecipação de tutela. Mas com função assecurativa. Daí estar presente a cautelaridade” (*Tutela cautelar*, p. 103). Se assim é, estamos plenamente de acordo: a antecipação destinada a assegurar a efetividade do provimento satisfativo, ainda que implique também satisfação, mas provisória, tem caráter cautelar. Mesmo porque, como ele mesmo reconhece, a antecipação é sempre de efeitos materiais do provimento final, nunca de sua eficácia jurídica (ob. e p. cit.). Antecipam-se os efeitos de um provável direito a ser reconhecido, não o próprio reconhecimento. E, como bem concluiu Marinoni: “Nesta dimensão, pois, fica evidenciada a possibilidade da tutela cautelar apresentar estrutura onde se verifique antecipação parcial dos efeitos da providência definitiva” (ob. cit., p. 104). Essa antecipação parcial dos efeitos da sentença do processo principal teria natureza cautelar desde que dotada de função meramente assecurativa. Aqui, conclui ele que todas as tutelas estruturalmente antecipatórias encontram sua verdadeira natureza pela análise funcional de cada uma (ob. cit., p. 106).

segurança, garantido ao interessado não o próprio bem da vida pleiteado.¹⁸⁵

A tutela antecipada, além de provisória, implica satisfação do interesse material. Não se limita à conservação, confundindo-se com o próprio resultado final.¹⁸⁶

Embora se negasse a natureza cautelar da tutela antecipada, reconheceram-se nela características próprias das tutela emergenciais. Mas a cautelar, afirmava-se, apenas assegura a pretensão, enquanto a antecipatória realiza a pretensão. Além disso, a primeira devia ser requerida mediante ação autônoma; a segunda, no próprio processo.¹⁸⁷

Segundo tal posição, de um lado temos a tutela cautelar,

¹⁸⁵. Mas a “certeza de que ele não sofrerá desgastes ou deteriorações enquanto se desenvolve a atividade cognitiva necessária à apuração de sua titularidade” (Adroaldo Furtado Fabrício, “Breves notas”, p. 22).

¹⁸⁶. Tanto a tutela antecipada quanto a cautelar têm como consequência a invasão da esfera jurídica do demandado. Mas em relação ao autor o resultado seria diverso, pois “a cautela não lhe acrescenta de imediato nada ao ativo jurídico, salvo a segurança; já o provimento antecipatório outorga-lhe o desfrute imediato do bem ou direito. A cautela só dá ao autor expectativa favorável da efetiva fruição do direito no futuro; a antecipação o coloca desde logo em condições de fruir dele” (Adroaldo Furtado Fabrício, “Breves notas”, p. 22).

¹⁸⁷. É a posição, por exemplo, de Humberto Theodoro Júnior. Reconhece ele, todavia, que a tutela antecipada jamais poderá exaurir a tutela jurisdicional pleiteada. Deferida a medida, ainda que liminarmente, o processo seguirá seu curso normal, até a sentença de mérito (“As inovações no Código de Processo Civil”, p. 291). Também Antônio Raphael Silva Salvador rejeita a cautelaridade do provimento antecipatório, porque o juiz “julga o pedido pretendido na inicial, reconhece sua procedência e atende ao pedido, apenas com a ressalva do Código de que é um julgamento provisório, e não definitivo” (*Da ação monitoria*, p. 61). Isso significa que o provimento mediante o qual se antecipam efeitos apenas assegura a efetividade do futuro provimento, que se tornará inútil se a eficácia não for adiantada. Mas essa antecipação não pode implicar a solução jurídica do litígio, que depende da tutela final. Somente esta é juridicamente satisfativa. O adiantamento de efeitos só satisfaz no plano fático, pois não representa a atuação da vontade concreta da lei, pacificando definitivamente. Apenas cria condições para que os escopos do processo sejam atingidos com efetividade, o que caracteriza a tutela cautelar. O pedido formulado na inicial não é julgado no momento da antecipação, que se limita a adiantar efeitos práticos da futura e eventual atuação da regra material ao caso concreto.

meramente assecuratória. De outro, a tutela satisfativa precedida de cognição sumária.¹⁸⁸

Essa discussão, como já afirmado, não tem mais sentido à luz do Código em vigor. Apesar de mantida a distinção terminológica, atribuindo-se à expressão *cautelar* o significado de tutela conservativa, ao passo que a antecipação de efeitos é concedida mediante a tutela antecipada, adotou-se substancialmente o entendimento minoritário. Reconheceu-se tratar-se de espécies de modalidade de tutela caracterizada pela provisoriedade, denominada, exatamente por isso, de tutela provisória. Cautelar e antecipada estão submetidas ao mesmo regime jurídico, quer do ponto de vista procedimental, que quanto aos requisitos exigidos para sua obtenção.

3.7. Tutela provisória de urgência antecipada: provisoriade, instrumentalidade e satisfatividade

Segundo entendimento defendido por parcela considerável da doutrina brasileira no regime do Código de 1973, apontar a provisoriedade como característica fundamental da tutela cautelar, conforme sustentado por Calamandrei, significa confundi-la com tutela sumária satisfativa.

¹⁸⁸. Embora reconheça a divergência doutrinária a respeito do tema, Ada Pellegrini Grinover entende haver o legislador brasileiro optado pela corrente que nega o caráter cautelar à antecipação de tutela, pois enquadrou “as denominadas *cautelais satisfativas* no título atinente ao processo de conhecimento (art. 273), e não no título relativo ao processo cautelar” (“Tutela jurisdicional”, p. 71). O argumento topológico, todavia, não é relevante para a caracterização da natureza do instituto, pois o legislador comete equívocos ao enquadrar os institutos processuais. Considera, por exemplo, a alienação de bens, processo nitidamente contencioso, como de jurisdição voluntária (cfr., a respeito, Bedaque, “O Ministério Público no processo civil”, pp. 47 e ss.).

Nesta última, afirma-se, não está presente o caráter instrumental, visto inexistir ligação entre ela e a tutela definitiva. A tutela sumária satisfativa não guarda relação com outra, visto ser suficiente para solucionar a controvérsia.¹⁸⁹

Tal conclusão não se aplicava, todavia, à tutela antecipada, tal como regulada pelo art. 273 do CPC/73. A antecipação de efeitos da futura tutela definitiva se dava exatamente para assegurar a utilidade desse resultado, que restaria comprometida não fosse adotada tal providência. Evidente o caráter instrumental da antecipação, que representava a resposta jurídica definitiva para a situação de direito material. Os efeitos perdurem até poderiam perdurar, mas por força da tutela final.¹⁹⁰

Por essa razão, sustentei a posição minoritária, segundo a qual a tutela jurisdicional antecipada inseria-se no âmbito das cautelares por ser medida ontológica e estruturalmente provisória e instrumental, sendo irrelevante seu conteúdo.¹⁹¹

Se a antecipação de efeitos da tutela não significa assegurar o resultado útil do processo, pergunta-se: se tivesse a parte de aguardar o momento próprio para deles usufruir, nos casos em que a demora poderia gerar dano irreparável ou de difícil reparação, seria ela dotada de utilidade?

¹⁸⁹. Cfr. Luiz Guilherme Marinoni, “A consagração da tutela antecipatória”, pp. 113 e ss.

¹⁹⁰. Giovanni Verde aponta a dificuldade em identificar a natureza de determinados provimentos antecipatórios do direito italiano exatamente porque ausentes a provisoriedade e a instrumentalidade. Não seriam cautelares, embora sumários (cfr. “Il processo cautelare”, p. 37). Embora negue o caráter cautelar da tutela antecipada, Victor A. A. Bonfim Marins reconhece que a provisoriedade é inerente ao instituto, cuja eficácia não atinge o conteúdo jurídico da tutela final (“Antecipação da tutela”, pp. 564 e ss.).

¹⁹¹. Cfr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “Alcance e natureza”, p. 119.

Parece evidente a resposta negativa.

Nessa medida, antecipar efeitos práticos constitui meio para assegurar a efetividade jurídica do provimento, destinado a eliminar com eficiência a crise de direito material, proporcionando ao autor situação mais próxima possível daquela que lhe é conferida pela regra substancial e que deveria ter sido alcançada espontaneamente, pelo cumprimento voluntário do dispositivo legal. A tutela antecipada atuava, pois, como instrumento da tutela final, que, por sua vez, é instrumento do direito material.

A lição de Calamandrei, a meu ver, é precisa e merecia ser encampada, pois apresenta visão sistemática e adequada da tutela cautelar.

Ao contrário do que se sustentava, satisfatividade fática não se confunde com jurídica, visto que somente essa, por se tornar definitiva, tem aptidão para representar a solução da controvérsia, transformando-se na regra emitida para o caso concreto.

A afirmação então corrente de que a antecipação da tutela constituía execução para segurança, não segurança para execução, com o devido respeito, não passa de jogo de palavras. Se a cautelar tem sempre o caráter assecuratório como definidor de sua natureza, tanto faz tomar medidas para assegurar a futura execução (que, na precisão terminológica de Calamandrei, correspondem às cautelares meramente conservativas) como determinar a satisfação antecipada e provisória do direito, mediante a produção de determinados efeitos inerentes ao provimento final, a fim de assegurar sua efetividade.

Em ambos os casos verifica-se a presença de tutela substancialmente cautelar, pois representada por medida prática, de caráter provisório, destinada a assegurar a utilidade da tutela final e definitiva. A

provisoriamente e a instrumentalidade estão presentes nas duas situações, o que parece suficiente para configuração da tutela cautelar.

A antecipação dos efeitos da tutela final tem como função prevenir o dano, tal como se dá na cautelar chamada típica, com conteúdo meramente conservativo. A finalidade é comum a ambas, que são igualmente provisórias e, portanto, passíveis de modificação e revogação.¹⁹²

Também a tutela antecipada, como a cautelar em geral, é fundada em juízo de probabilidade, não se estabelecendo juízo de certeza, mas de plausibilidade. Isso porque a cognição é sumária, ou seja, não exauriente. Apenas as consequências são diversas, pois a cautelar antecipatória incide sobre a própria tutela final, antecipando-lhe efeitos. Já a cautelar conservativa tem eficácia diversa, pois não atinge o direito material pleiteado. Mas as duas têm idêntica função instrumental no sistema, são provisórias e fundadas em cognição sumária.¹⁹³

¹⁹². Cfr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Perfil dogmático*, p. 15. O autor revê parcialmente posição anterior, pois passa a tratar como tutela cautelar apenas a conservativa, ou seja, aquela cuja finalidade é apenas garantir o resultado útil da função cognitiva ou executiva, sem implicar ato de natureza satisfativa. Já na tutela antecipada, diz ele, o perigo não é representado apenas pelo temor quanto ao desaparecimento de meios necessários à efetividade da tutela satisfativa. Pretende-se afastar o próprio estado de insatisfação do direito. É este o perigo de lesão, a ser evitado mediante antecipação dos efeitos da sentença. Há, no dizer do autor, manifesta diversidade da natureza do receio de lesão, elemento que distingue as duas medidas de urgência, na medida em que interfere na eficácia e nos efeitos do provimento. Não obstante correta a conclusão, o problema continua a existir: a diferença de conteúdo, que acaba gerando diversidade de efeitos, é suficiente para afastar a tutela antecipada da categoria das cautelares? Seria útil, para a correta sistematização das tutelas de urgência, separar em duas categorias distintas provimentos com finalidade e estrutura iguais?

¹⁹³. Incorreto afirmar, portanto, que o tipo de cognição é diverso, visto que na tutela antecipatória há adiantamento do próprio mérito, embora em ambas o juízo seja de probabilidade, de verossimilhança, não de certeza. Para Mancuso a antecipação representa técnica de tutela diferenciada que não se confunde com a cautelar, visto que “a cognição aí é sumária, porém não cautelar, porque são os próprios efeitos práticos perseguidos na ação que, em vez de apenas serem outorgados na sentença final, como que *retroagem*, fictamente, para

A visão correta desses dois fenômenos é útil para o sistema, pois impede que pronunciamentos não precedidos de cognição plena e contraditório efetivo se transformem na solução final do litígio. A necessidade de tutelas urgentes destina-se a favorecer uma das partes do processo, que necessita de soluções imediatas para afastar o risco de dano. Mas a adoção dessa técnica não pode comprometer a situação da parte oposta, que tem direito às garantias do devido processo legal.

É exatamente por isso que a classificação dessas tutelas antecipadas como modalidades de cautelar, além de tecnicamente correta, constitui importante fator de equilíbrio entre as partes do processo, pois impede que soluções dessa natureza possam tornar-se definitivas. As cautelares, mesmo que antecipatórias de efeitos fáticos, são sempre dependentes do provimento final. Constituem meros instrumentos destinados a garantir a efetividade prática de sua eficácia jurídica.

Essas considerações aplicam-se em parte ao novo Código. Embora mantida a diversidade terminológica – conservativa/cautelar e satisfativa/antecipada – reconhece-se a característica comum de ambas, ou seja, a provisoriedade. Daí a categoria “tutela de urgência”, da qual são espécies a antecipada e a cautelar (CPC/2015, art. 294, parágrafo único). Elas integram o gênero “tutela provisória” ao lado da “tutela da evidência”. Procuremos compreender essa classificação.

o momento presente, produzindo seus frutos desde logo” (cfr. “Tutela antecipada”, p. 181). Mas ele próprio está amparando sua conclusão na diversidade de eficácia, não de cognição.

3.8.1. Tutela antecipada e reversibilidade dos efeitos

Também impõe o legislador, como condição ao deferimento da tutela, que a antecipação dos efeitos não seja irreversível, isto é, que haja possibilidade de retorno ao *status quo* (CPC/2015, art. 300, § 3º).¹⁹⁴

São, no dizer de autorizada doutrina, medidas de salvaguarda, destinadas a evitar o abuso da providência, como ocorria com as cautelares inominadas. Ao mesmo tempo em que foi ampliada a possibilidade de antecipação para qualquer procedimento, procurou-se delimitar, com precisão possível, a área de sua incidência.¹⁹⁵

Provimento judicial cognitivo é a providência determinada pelo juiz apta a produzir efeitos no plano jurídico-material. Tais efeitos consistem na declaração da existência ou da inexistência de um direito (excepcionalmente de um fato), na alteração de determinada relação jurídica e na condenação do réu pelo inadimplemento de obrigação. Daí a sentença assumir natureza declaratória, constitutiva ou condenatória.

Presentes os requisitos legais, pode o juiz antecipar total ou parcialmente esses efeitos (CPC, arts. 294, parágrafo único e 300, *caput*), para evitar dano irreparável ou de difícil reparação.

A possibilidade de antecipação deve ficar limitada, em princípio,

¹⁹⁴. Sobre a irreversibilidade, cfr. Kazuo Watanabe, “Tutela antecipatória”, pp. 32 e 43. Para ele, se houver dúvida a respeito da possibilidade de retorno ao *status quo*, deve o juiz buscar critério adequado para identificação do interesse mais relevante, valendo-se do princípio da proporcionalidade. Se for o caso, poderá exigir prestação de caução. V. ainda Marinoni, *A antecipação da tutela*, pp. 240 e ss., que também se reporta ao princípio da proporcionalidade como indicador das situações em que a irreversibilidade dos efeitos da tutela não constitui óbice à antecipação.

¹⁹⁵. Cfr. Kazuo Watanabe, ob. cit., pp. 31-32.

a direitos absolutos ou com eles conexos. Direitos relativos, como os puramente patrimoniais, em regra, são assegurados de forma eficaz com tutela provisória conservativa (cautelar), que se revela menos gravosa para quem deve suportá-la. Assim, a concessão da tutela antecipada somente deve ocorrer quando não houver outro meio menos drástico para assegurar o resultado do processo.¹⁹⁶ Não está excluída, evidentemente, a incidência da medida em relação a efeitos patrimoniais, mesmo porque há situações nas quais a cautelar revela-se insuficiente. Basta lembrar a hipótese de demanda versando sobre obrigação de pagar alimentos ou de arcar com os custos decorrentes de tratamento de saúde.

A irreparabilidade do prejuízo de quem pede a antecipação deve ser examinada em face da possível irreversibilidade dos efeitos causados pela medida. Muitas vezes, ao dano irreparável, afirmado por quem pleiteia a tutela de urgência, se opõe a impossibilidade de a situação retornar ao *status quo* em caso de improcedência da demanda. Esse risco ocorre com maior frequência nas hipóteses de tutela provisória antecipada.

A irreversibilidade, como óbice à concessão da medida antecipatória, refere-se, portanto, aos efeitos, não ao próprio pronunciamento final, que sequer é objeto de antecipação. E, mesmo que fosse, jamais haveria irreversibilidade do ato judicial, sempre revogável, ou seja, reversível.¹⁹⁷

Por não atentar para esse aspecto, há quem afirme a existência de

¹⁹⁶. Cfr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “Alcance e natureza”, p. 117.

¹⁹⁷. “Na realidade, o que deve ser reversível, ou o que não pode ser irreversível, para que a tutela possa ser antecipada é a situação criada pelo provimento, ou seja, o conjunto de efeitos que esse provimento produz” (Barbosa Moreira, “A antecipação”, p. 204). No mesmo sentido, Luiz Fernando Bellinetti, “Irreversibilidade”, p. 249.

liminares que antecipam sem satisfazer. Na verdade, todas as antecipações de efeitos, concedidas mediante liminares, implicam satisfação total ou parcial da pretensão. A diferença é que em alguns casos satisfaz-se de forma irreversível, enquanto em outros é possível a volta ao estado anterior. Mas, mesmo neste último, enquanto o provimento antecipatório produzir efeitos haverá satisfação, ainda que provisória.¹⁹⁸

Tratando-se de antecipação de efeitos de tutela condenatória, sustenta-se deva a atuação da medida esgotar sua finalidade, com a plena satisfação do beneficiário, nos limites da antecipação concedida.¹⁹⁹

Essa solução, todavia, pode implicar a irreversibilidade não desejada pelo legislador (CPC, art. 300, § 3º), o que não se coadunaria com a estrutura e os objetivos da medida. Não se pode antecipar definitivamente uma tutela que pode ser negada a final.

Além disso, a própria sentença condenatória, proferida após cognição exauriente da relação jurídica material, tem sua eficácia suspensa pela interposição do recurso de apelação ou pode ser executada apenas provisoriamente (CPC, art. 1.012, *caput* e § 1º, incisos I a VI).²⁰⁰ Não seria

¹⁹⁸. Carreira Alvim sustenta que determinados provimentos antecipados não satisfazem a pretensão material, como aqueles destinados a evitar a despedida de um empregado ou a suspender medida do Poder Público. Mas, se a parte está usufruindo, ainda que provisoriamente, de efeitos da tutela final, verifica-se o caráter satisfativo do provimento antecipatório. Trata-se, todavia, de efeitos reversíveis, ao contrário de outros, também antecipatórios e satisfativos, que não possibilitam o retorno ao estado fático anterior, como a liberação de Cruzados, a autorização para transfusão de sangue (cfr. “A antecipação”, p. 64).

¹⁹⁹. Cfr. Marinoni, *A antecipação da tutela*, pp. 246 e ss.

²⁰⁰. A execução é provisória toda vez que a sentença for passível de apelação sem efeito suspensivo. Leva em conta o legislador a possibilidade de sua alteração em grau de recurso. Discute-se sobre a natureza da execução fundada em título extrajudicial, nas hipóteses em que os embargos são rejeitados e o embargante apela. Nos termos do art. 587 do Código anterior, era sempre definitiva a execução fundada em título extrajudicial. Nesse sentido,

razoável admitir que a tutela concedida antecipadamente, precedida de cognição superficial, tenha seus efeitos produzidos em caráter definitivo.

É natural que, por ser provisória a eficácia da respectiva decisão, preocupe-se o legislador com sua reversibilidade, principalmente quanto àqueles de conteúdo antecipatório. Daí a advertência do art. 300, § 3º, do Código de Processo Civil, devendo o julgador cercar-se de todo o cuidado possível para não antecipar efeitos que não possam ser revertidos.

3.8.2. Tutela antecipada e efeitos irreversíveis

A reversibilidade dos efeitos gerados pela tutela antecipada está vinculada à necessidade de salvaguardar o núcleo essencial do direito fundamental à segurança jurídica do réu.

Por outro lado, não se pode esquecer que o legislador, ao admitir a tutela provisória antecipada, resolveu conflito entre direito provável e improvável, optando por evitar prejuízo irreparável àquele.²⁰¹

manifestavam-se doutrina e jurisprudência (Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, p. 297; Alcides de Mendonça Lima, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 2º, Forense, 1977, p. 459; Sérgio Bermudes, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., Ed. RT, p. 153; v. tb. AI 659.613-0-Presidente Prudente, 1ª TACivSP, 12ª C., j. 29.2.96; AI 606.210-2-São Carlos, 1ª TACivSP, 12ª C., j. 27.10.94; AI 76.943-RJ, STJ, rel. Min. Cláudio Santos, DJU 24.5.96, p. 17.524; REsp 52.156-SP, STJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 20.3.96; REsp 55.893-0-SP, STJ, 3ª T., rel. Min. Costa Leite, j. 25.4.95; REsp 57.689-GO, STJ, rel. Min. Fontes de Alencar, DJU 10.4.95; REsp 58.216-4-RS, STJ, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, DJU 27.3.95, p. 7.171). Não obstante omissa o Código de 2015, entendo deva ser mantido o entendimento, pois o título executivo não é a sentença proferida nos embargos, que não são dotados de efeito suspensivo, cuja eventual concessão depende da presença dos requisitos exigidos para a tutela provisória (art. 919, § 1º). Se rejeitados, a tese sustentada pelo embargante não é dotada de verossimilhança.

²⁰¹. Por isso conclui Tommaso pela inexistência de contradição entre o caráter provisório da medida e a possibilidade de seus efeitos atingirem o próprio direito pleiteado, implicando

Sempre que necessário para atingir esse objetivo, entra em cena a tutela provisória, cautelar ou antecipada. Esta última pode produzir efeitos idênticos aos da tutela principal, gerando satisfação fática da pretensão substancial, antes mesmo de reconhecido o direito. Mas se trata de satisfação provisória, exatamente porque ainda não afirmada a existência do direito, assemelhando-se sua execução à da sentença não transitada em julgado.²⁰²

Não se pode desprezar, porém, a possibilidade de situações extremas, em que se permite a satisfação irreversível decorrente da tutela antecipada, sob pena de perecimento do direito. Se a única forma de se evitar essa consequência e assegurar a efetividade do processo for antecipar efeitos irreversíveis, não se pode excluir de plano a medida.²⁰³

O pressuposto do dano irreparável, aliás, significa a impossibilidade de retorno ao estado anterior, tal como dispunham as Ordenações Afonsinas. Em última análise, também se verifica aqui situação irreversível.²⁰⁴

Pense-se, por exemplo, nos frequentes litígios envolvendo planos de saúde, em que as empresas se negam a cobrir as despesas hospitalares

plena satisfação do interesse material (“Provvedimenti di urgenza”, p. 861).

²⁰². Como bem observa Tommaseo, a provisoriedade é reflexo da incerteza sobre a efetiva existência do direito acautelado, “incertezza che viene meno solo col giudizio di merito a cui la misura cautelare è strumentalmente preordinata” (“Provvedimenti di urgenza”, p. 862).

²⁰³ Araken de Assis denomina a tutela de urgência com efeitos irreversíveis de medidas satisfativas definitivas (Processo civil cit., n. 1.408, p. 381/382). Essa característica refere-se exclusivamente, segundo reconhece o autor, à eficácia fática da tutela. A irreversibilidade impede o retorno ao *status quo ante*. Do ponto de vista jurídico, todavia, a medida é provisória, pois, negado o direito, ela será cassada. Nesses casos, incide o disposto no art. 302, inciso I, do CPC, ou seja, eventuais prejuízos terão de ser ressarcidos pelo beneficiário da tutela revogada.

²⁰⁴. Cfr. Moniz de Aragão, “Alterações do Código de Processo Civil”, p. 239.

em razão do tipo de doença; ou no suposto credor que necessita do dinheiro para realizar operação urgente, que não pode aguardar o final do processo.²⁰⁵

Como resolver esses casos? Teria o legislador atribuído ao juiz o poder de conceder liminarmente a tutela, porque deu preferência ao valor probabilidade?²⁰⁶

²⁰⁵. Esboço de anteprojeto de lei destinado a introduzir novas alterações no Código passa a possibilitar a concessão da tutela antecipada, ainda que irreversível, caso haja risco de dano grave e também irreversível ao interesse do autor.

²⁰⁶. Tive oportunidade de examinar situação em que me pareceu aconselhável a antecipação, muito embora houvesse algum risco de irreversibilidade fática, nunca jurídica, dos efeitos do provimento. As circunstâncias do caso, todavia, convenceram-me da necessidade da providência. Coincidentemente, deparei-me com exemplo análogo, imaginado por Edgard Lippmann Júnior, para o qual aponta o autor solução semelhante à que alvitrei na decisão referida (cfr. “Antecipação de tutela”, p. 40). Reproduzo-a integralmente, para possibilitar visão completa do problema:

“1. Julgada procedente demanda indenizatória, com a condenação da ré a pagar todos os danos pessoais sofridos pela autora, ambas as partes recorreram.

“Nesta sede, vem a autora postular antecipação de alguns efeitos da tutela condenatória, sob o fundamento de que não tem meios para suprir as necessidades mínimas de sobrevivência, pois, em razão das lesões sofridas, encontra-se absolutamente impossibilitada de exercer qualquer atividade.

“Pretende seja antecipado o pagamento das verbas correspondentes à pensão mensal e às despesas com a contratação de auxiliar (itens ‘a’ e ‘b’ do dispositivo da r. sentença).

“Fundamenta sua pretensão no art. 273 do Código de Processo Civil.

“2. O Código de Processo Civil autoriza a antecipação dos efeitos da sentença, parcial e totalmente, desde que presentes alguns requisitos.

“Em primeiro lugar, não obstante a redação confusa do art. 273, *caput*, necessário que haja prova suficiente da verossimilhança das alegações formuladas pelo requerente.

“Tal exigência encontra-se plenamente satisfeita pela autora, que já conta com sentença favorável. Além disso, os elementos dos autos revelam, mesmo mediante cognição sumária e superficial, grande probabilidade de que seu direito efetivamente exista. O atropelamento se deu na calçada e as lesões são gravíssimas. Tudo leva a crer que o condutor do coletivo agiu com culpa, devendo a empregadora responder pelos prejuízos causados.

“Também encontra-se presente o segundo requisito para a antecipação. Devido à gravidade de seu estado, a autora não reúne mínimas condições de trabalho. Foi considerada absolutamente incapaz para o exercício de qualquer atividade. Sobrevive com pensão previdenciária, notoriamente insuficiente para suprir as necessidades decorrentes das lesões sofridas.

“Isso revela que a demora na entrega definitiva da tutela jurisdicional poderá acarretar-lhe dano irreparável ou de difícil reparação, pois a importância pretendida tem caráter alimentar, destinando-se ao pagamento de despesas urgentes e indispensáveis a uma sobrevivência na medida do possível digna.

Em situações excepcionais, admite-se o sacrifício do valor segurança. Nos casos de mercadorias perecíveis, por exemplo, sua liberação compromete definitivamente a esfera jurídica do réu, pois a comercialização torna inútil a improcedência da demanda. Já o não

“A antecipação, no caso, não encontra óbice na irreversibilidade (CPC, art. 273, § 3º), uma vez que eventual pagamento indevido poderá ser objeto de restituição futura.

“Não se argumente com a possível dificuldade prática dessa repetição. Certamente será inferior à que a autora vem enfrentando para recebimento de seu direito provável. E, como se está no campo das probabilidades, melhor proteger provisoriamente a situação já amparada pela r. sentença.

“Aliás, ainda que impossível a repetição, dado o caráter alimentar da pensão decorrente de ato ilícito, nada impede a antecipação, tal como ocorre em situações análogas, relativas a alimentos provisórios ou provisionais (cfr. Yussef Cahali, *Dos alimentos*, RT, 1ª ed., pp. 103 e ss.).

“Tem-se entendido que todas as dívidas de natureza alimentar devem submeter-se a regime jurídico análogo, apesar de distintas as causas geradoras do direito. Embora nem todas deem origem aos chamados alimentos legítimos, deve-se atender à unicidade da destinação (cfr. Yussef Cahali, ob. cit., pp. 8 e ss.).

“Nessa medida, se os créditos tipicamente alimentares podem ser satisfeitos antecipadamente, não há impedimento a que se adote solução idêntica para situação análoga, conclusão que encontra apoio em autorizada doutrina (cfr. Luiz Guilherme Marinoni, *A antecipação da tutela*, pp. 190 e ss.).

“De mais a mais, existe nítido desequilíbrio entre os valores em conflito. Enquanto a pretensão da autora, fundada em direito provável, destina-se a suprir necessidades primárias de sobrevivência, a resistência da ré visa tão-somente à preservação de seu patrimônio. E a quantia pleiteada, insignificante para esta última, revela-se imprescindível para a primeira.

“Por isso, e considerado o princípio da proporcionalidade, verifica-se com bastante nitidez a necessidade de proteção ao interesse mais relevante.

“Tudo leva à conclusão, portanto, de que as circunstâncias especiais do caso autorizam a antecipação da tutela, tal como requerido pela autora.

“Por outro lado, a requerente pretende antecipar verba prevista na sentença, mas não pleiteada expressamente na inicial. De fato, não houve pedido relativo a despesas com ajudante. Duvidoso e controvertido o cabimento dessa pretensão, o que desautoriza seja antecipado o efeito da sentença nesse aspecto.

“3. Assim, concede-se a antecipação parcial dos efeitos da tutela condenatória, apenas para o fim de incluir provisoriamente a autora na folha de pagamentos da ré, cabendo-lhe o direito ao recebimento, até o julgamento do recurso, de importância correspondente a 2,8418 salários mínimos” (Ap. 681.651-7, 1ª TACivSP, 12ª C., decisão proferida em 22.5.96). Já se concedeu antecipação de tutela para o fim de proporcionar a paciente de Aids o tratamento necessário, por se entender que o direito à saúde é assegurado no plano constitucional, sobrepondo-se a regras da legislação ordinária (Ap. 597.087.170, TJRS, 1ª C., rel. Des. Celeste Vicente Rovani, j. 18.6.97). Sobre o caráter excepcional da antecipação de efeitos de tutela condenatória, versando pagamento em dinheiro, cfr. cap. V, n. 34, esp. nota 297. Cfr. ainda AI 889.133-0-São José dos Campos, 1ª TACSP, 12ª C., rel. Juiz Campos Mello, j. 19.10.00, v.u.

atendimento imediato ao pedido do autor gera a completa inutilidade do provimento favorável, pois a mercadoria, ao final do processo, não mais poderá ser utilizada.²⁰⁷

Outros exemplos ilustram o delicado problema com que se depara o julgador, que se vê diante da necessidade de solução imediata, com sacrifício do contraditório e da ampla defesa, para preservar o direito deduzido pelo autor.

Um deles é a autorização para que o filho viaje com um dos cônjuges, contra a vontade do outro. Outro é a intervenção cirúrgica que o pai pretende seja realizada no filho, mas encontra oposição da mulher, que prefere submetê-lo a tratamento por curandeira.²⁰⁸

²⁰⁷. Segundo Teori Albino Zavascki: “Em casos dessa natureza, um dos direitos fundamentais colidentes será sacrificado, não por vontade do juiz, mas pela própria natureza das coisas. *Ad impossibilia nemo tenetur*. Caberá ao juiz, com redobrada prudência, ponderar adequadamente os bens e valores colidentes e tomar a decisão em favor dos que, em cada caso, puderem ser considerados prevalentes à luz do direito. A decisão que tomar, em tais circunstâncias, é mais que antecipação provisória; é concessão ou denegação da tutela em caráter definitivo” (“Antecipação da tutela e colisão”, p. 163).

²⁰⁸. O último exemplo é de Sérgio Bermudes, que se reporta às *necessidades primárias* referidas por Goldschmidt, cuja satisfação deve ocorrer imediatamente, sob pena de a tutela jurisdicional não ser mais eficaz. Mas o próprio autor aponta outra situação, que não envolve necessidade primária do ser humano: sócio pretende não seja realizada assembleia da sociedade em determinado dia, não se importando que tal ocorra em outra data. Nesse caso, como no primeiro, concedida a liminar, nada resta para ser feito em sede jurisdicional. Trata-se, ao ver do renomado processualista capixaba, de função anômala da tutela cautelar, que acaba solucionando definitivamente o litígio (cfr. *Introdução ao processo civil*, p. 92). Aqui, como em outros casos já invocados, a antecipação dos efeitos da tutela final acaba esgotando tudo aquilo que se esperava da tutela jurisdicional, tornando mesmo desnecessário o provimento cognitivo. Estamos diante, na verdade, de tutelas sumárias, precedidas de cognição superficialíssima, deferidas muitas vezes sem qualquer participação do réu. Não se pensa na tutela final e definitiva, o que acaba afastando a instrumentalidade e a provisoriedade, características fundamentais da tutela cautelar. Mas também acabam sendo ignoradas determinadas garantias fundamentais do processo, como o contraditório e a ampla defesa. Renovo a advertência feita no corpo do trabalho: tal solução somente deve ser admitida em caráter muito excepcional, apenas quando o bem da vida a ser sumariamente tutelado justifique o sacrifício de outros valores também importantes para a segurança do processo e das partes.

Aqui, sim, estamos diante de situação complexa. A antecipação dos efeitos, destinada a garantir o resultado prático do processo, acaba se tornando faticamente irreversível.²⁰⁹

Essa consequência acaba comprometendo a ideia de provisoriedade, pois os respectivos efeitos são definitivos, sendo dispensável a tutela final, o que elimina qualquer relação de instrumentalidade hipotética.

Poder-se-ia argumentar que a satisfatividade definitiva a ela inerente situa-se no mundo fático, não no jurídico. Em razão da natureza da situação de direito material, a antecipação acaba gerando efeitos irreversíveis. Mas essa circunstância não tornaria desnecessário o provimento final, a fim de que os efeitos antecipados adquiram a necessária legitimação jurídica.

Tal conclusão nem sempre se mostra correta, pois algumas das hipóteses apresentadas revelam a completa inutilidade do provimento final. Determinados casos de tutela urgente realizam completamente a eficácia do direito material, o que torna sem razão de ser a exigência do pronunciamento definitivo. Tal se dá principalmente nos casos em que a antecipação da tutela, mediante cognição sumária, ainda que injusta, não acarretará direito a indenização em favor da parte contrária.

Mesmo para os que negam, de forma genérica, a cautelaridade da antecipação provisória regulada, o problema persiste, pois irreversibilidade é incompatível com provisoriedade.

O correto equacionamento teórico da questão não depende,

²⁰⁹. A irreversibilidade constitui a verdadeira causa da resistência em se aceitar a cautelar satisfativa (cfr. Antônio Cláudio da Costa Machado, *A tutela antecipada na reforma*, pp. 410 e ss.).

portanto, de se admitir ou não a natureza cautelar da tutela antecipada, problema não mais existente à luz do Código de 2015, pois tutela antecipada e tutela cautelar são consideradas espécies de tutela provisória. A antecipação de efeitos da tutela final, em princípio reversíveis, mas irreversíveis excepcionalmente, representa medida destinada a garantir a efetividade do processo, dotando-o de utilidade e eficiência. Essa eficácia antecipatória, ainda que irreversível, não tem o condão de atuar no plano material como a solução juridicamente definitiva para o litígio.

Às vezes a irreversibilidade fática acaba tornando desnecessária a própria tutela definitiva, pois a solução jurídica para a questão deixa de ser relevante. Lembre-se, por exemplo, da autorização liminar para transfusão de sangue. Qual o interesse no prosseguimento do processo e na obtenção da sentença declaratória, reconhecendo o direito ao autor de impor esse comportamento ao réu?

Essa situação não encontra, no sistema, resposta compatível com a realidade. Nesses casos, a urgência da medida sacrifica completamente a segurança, tornando inútil o contraditório futuro. Como resolvê-la?

Na solução do problema deve-se levar em consideração, sempre, os interesses em conflito. Ainda que provável o direito do autor, não se admite a antecipação de efeitos que impliquem dano irreversível a valores mais relevantes da parte contrária.²¹⁰

²¹⁰. Em processo condenatório versando pagamento de férias em pecúnia com o acréscimo de 1/3 previsto na Constituição Federal, o Ministro Sydney Sanches concedeu aos autores tutela antecipada, a fim de que a vantagem pleiteada fosse paga imediatamente pelo réu. Isso por entender verossímil a pretensão dos autores, bem como porque, tratando-se de verba de natureza alimentar, a demora do processo poderia acarretar-lhes danos irreparáveis ou de difícil reparação (cfr. AOr 470-5-RS, *DJU* 244/51.294, 17.12.96). Verifica-se aqui também a opção pelo valor mais relevante, mesmo porque, se improcedente a pretensão, não seria difícil ao réu obter a repetição do indébito, pois os autores são juízes de direito. No caso

Impossível traçar regras abstratas para resolver a questão. As circunstâncias concretas e a sensibilidade do juiz são os únicos dados para a busca do melhor resultado.

Somente o confronto dos interesses em conflito, realizado à luz do princípio da proporcionalidade, permitirá resolver o problema de forma adequada.²¹¹

É difícil e até mesmo dramática a posição do juiz, que deve optar por um dos valores, sabendo do possível sacrifício do outro. Mas, se não houver alternativa, terá ele de escolher um deles, mesmo com o risco de criar situação irreversível com sua decisão.²¹²

inexiste, pois, risco de irreversibilidade dos efeitos da decisão antecipatória. A existência de colisão entre direitos fundamentais é solucionada pelo juiz quando a Constituição não remete ao legislador ordinário a possibilidade de restringir um deles. Nesses casos, “cabe ao intérprete-aplicador realizar a *ponderação* dos bens envolvidos, visando resolver a colisão através do sacrifício mínimo dos direitos em jogo. Nessa tarefa, pode guiar-se pelos princípios da *unidade da constituição*, da *concordância prática* e da *proporcionalidade*, dentre outros, fornecidos pela doutrina” (Edilson Pereira de Farias, *Colisão de direitos*, p. 99, e conclusões 30 e 31, p. 155).

²¹¹. Cfr. Moniz de Aragão, “Alterações do Código de Processo Civil”, p. 241. Sobre a adoção do princípio da proporcionalidade pelo sistema constitucional, cfr. Raquel Denize Stumm, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro, passim*, mais especificamente a conclusão de que o fundamento do referido princípio está na garantia constitucional do devido processo legal: “Importa aqui a sua ênfase substantiva, em que há a preocupação com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados. O núcleo essencial dos direitos fundamentais deve sempre ser resguardado de arbitrariedades, ou de excessos cometidos contra eles. Nesse sentido, tem o princípio da proporcionalidade um papel importantíssimo para a racionalidade do Estado de Direito: a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais” (p. 173). A respeito da desconsideração excepcional do requisito, ante o conflito de valores, cfr. Teori Albino Zavascki, *Antecipação da tutela*, pp. 97 e ss.; Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia das decisões*, pp. 267-270; Arruda Alvim, “Anotações”, p. 70; Teresa Arruda Alvim Wambier, “Da liberdade do juiz”, p. 542; Alcides Alberto Munhoz da Cunha, *O regime jurídico*, pp. 398 e ss.

²¹². Como observa Marcelo Lima Guerra, o valor efetividade da tutela jurisdicional, a ser assegurado pela medida cautelar, encontra amparo em sede constitucional. Deve, pois, na medida do possível, ser preservado (cfr. *Estudos*, p. 107). Sobre a necessidade de conceder a tutela antecipada, ainda que irreversíveis os efeitos, se a comparação dos valores em jogo revelar a conveniência da medida, cfr. Neyton Fantoni Júnior, “A tutela jurisdicional

O que não se admite é a exclusão genérica pretendida pelo legislador, que pode mostrar-se inaplicável em situações de conflitos de dois valores, sendo aquele a ser protegido pela antecipação superior ao atingido pelo efeito irreversível.²¹³ Não há como solucionar a questão senão mediante a opção pelo mal menor.²¹⁴

Nesses casos extremos, em que o único meio para evitar dano irreparável ao direito do autor seja a antecipação de efeitos irreversíveis, deve-se adotar como alternativa sua substituição por perdas e danos. Ou seja, a indenização preencheria o requisito da reversibilidade.

Também a caução constitui alternativa interessante para assegurar o ressarcimento daquele que vier a sofrer os efeitos da antecipação, se indeferida a tutela final.²¹⁵

antecipada”, p. 103.

²¹³. Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a “resposta *a priori* do legislador esbarra com as exigências da própria vida, desconhecendo além do mais a riqueza infinita da problemática do viver humano. Essa realidade determina a validade relativa da regra mencionada, pois sempre que se verificar o conflito o juiz haverá de se inclinar pelo provável titular do direito em discussão, sob pena de dificultar o acesso à jurisdição, com violação da garantia contida no inciso XXXV do art. 5^o da Constituição da República” (*Perfil dogmático*, p. 37). Acrescento apenas que a desconsideração deve ser absolutamente excepcional, sob pena de transformar a tutela antecipada em provimento de urgência definitivo, o que não parece ter sido a vontade do legislador, nem se revela a melhor solução para o problema do tempo no processo.

²¹⁴. Correta a ponderação de Eduardo Arruda Alvim, amparado em farta jurisprudência: “Como deflui de todo o exposto, podemos concluir que o critério norteador do atuar do magistrado ao conceder medidas de urgência, é o de evitar o mal maior, o que, aplicado ao direito brasileiro, pode perfeitamente levar a que, em determinadas situações, a antecipação de tutela conduza a uma situação irreversível” (*Antecipação da tutela*, pp. 150-151).

²¹⁵. Barbosa Moreira admite o caráter cautelar dessa medida, embora o negue em relação à tutela antecipada. Entende legítima, todavia, a busca de soluções inerentes ao sistema da tutela cautelar para problemas causados pela aplicação das regras referentes ao instituto da antecipação (cfr. “A antecipação”, p. 205). Tais afinidades revelam ser mais útil para o sistema processual aproximar tais medidas e identificar aquilo que nelas existe de comum do que procurar separá-las em departamentos estanques.

Caução nada mais é do que contracautela, pois visa a evitar danos porventura causados pela tutela provisória. Com essa providência restabelece-se a igualdade de tratamento entre as partes no processo. De outro lado, não deve constituir óbice intransponível à concessão da tutela provisória.²¹⁶

Não se pode entender tal solução como regra geral. Somente cabe sua adoção em condições de absoluta excepcionalidade, ou seja, quando ficar evidenciado que, sem a antecipação, o direito provável sofre sério risco de perecer.²¹⁷ Mesmo porque, se as perdas e danos constituíssem alternativa normal, raramente haveria situação irreversível, pois todo prejuízo causado pela antecipação seria, em tese, passível de ressarcimento.

A irreversibilidade, todavia, não pode constituir impedimento absoluto à concessão da tutela antecipada. Além dos valores em conflito,

²¹⁶. Cfr., a respeito, as ponderações de Proto Pisani, que rejeita a conclusão segundo a qual, nos casos de efeitos irreversíveis, deva o juiz limitar a concessão da cautelar ou subordiná-la sempre a caução. Sustenta ele que o perigo de irreversibilidade deve influir no espírito do julgador, que deverá ampliar a profundidade da cognição e comparar os possíveis danos decorrentes de sua decisão, qualquer que seja ela. A cautelar somente deve ser concedida, a seu ver, quando o prejuízo ao autor seja qualitativa ou quantitativamente maior que o da parte contrária, juízo, esse, que deveria ser feito previamente pelo legislador: “Trattasi di valutazioni di estrema delicatezza, ma a valutazioni di queste specie è affidata l’attuazione equilibrata della garanzia costituzionale dell’effettività del diritto di azione e del diritto di difesa” (“I procedimenti cautelari”, p. 12; *Lezioni*, p. 666).

²¹⁷. Arruda Alvim também propõe essa solução apenas em caráter excepcional, conforme já ocorria antes da reforma, com as cautelares satisfativas (cfr. “Tutela antecipatória”, p. 26, nota 23). Embora não se desconheça o entendimento defendido por prestigiada corrente doutrinária, que admite a cautelar material e definitiva, razão assiste a Barbosa Moreira, para quem o ordenamento jurídico brasileiro não prevê, em termos genéricos, medidas suficientes para, mediante cognição sumária e de forma urgente, afastar definitivamente a crise de direito material: “No se contemplan en él términos genéricos, medidas suficientes en sí mismas, independientes de cualquier otra providencia futura (sin índole cautelar, por consiguiente), a ser utilizadas en hipótesis de gran urgencia, que no suporten la demora habitual de un proceso de conocimiento” (“La tutela de urgencia”, p. 212).

deve-se levar em consideração, para solução do problema, a circunstância de que a antecipação depende da verossimilhança do direito. Nessa medida, improvável tenha razão a parte contrária. Essas situações extremas devem ser solucionadas com cuidado, pois tanto o aqodamento quanto a hesitação podem causar danos irreparáveis à parte. Talvez esteja aqui uma das situações em que a contracautela se mostre adequada.²¹⁸

Verificada a possibilidade de a eficácia do provimento antecipado ser irreversível, deve o juiz tomar maior cuidado no exame da situação, talvez desenvolvendo atividade cognitiva mais profunda e, principalmente, comparando os valores em conflito, para verificar da conveniência de conceder a antecipação. Convencido da necessidade de adiantar efeitos do provimento final, pode adotar medidas para reduzir o alcance da irreversibilidade, como determinar a prestação de caução.²¹⁹

O requisito negativo da irreversibilidade pode revelar-se inexistente no caso concreto, pois seria ilegítimo negar-se o Estado a tutelar direito verossímil se presente o risco de seu perecimento. Isso porque, se não houver a antecipação, o reconhecimento da existência desse direito passa a ter relevância puramente teórica, uma vez já verificada sua destruição.²²⁰

²¹⁸. Como razão, nesse aspecto, Edgard Lippmann Júnior, “Antecipação de tutela”, p. 40. Cfr. tb. Barbosa Moreira, “Antecipação da tutela”, pp. 81-83.

²¹⁹. Cfr. Proto Pisani, *Appunti sulla giustizia civile*, p. 386. Luiz Fernando Bellinetti sustenta a absoluta inadmissibilidade de a tutela antecipada gerar efeitos irreversíveis, caso de tutela satisfativa de urgência, se não for possível um mínimo de contraditório (“Irreversibilidade”, pp. 261-264).

²²⁰. Cfr. Ovídio Baptista da Silva, “A ‘antecipação’”, p. 142. Barbosa Moreira também defende a flexibilização do requisito, mediante a valoração comparativa dos riscos: “em outras palavras, balancear os dois males, para escolher o menor” (“Antecipação da tutela”, p. 83). No mesmo sentido, à luz do CPC/2015, cfr. Humberto Theodoro Júnior, Curso cit, pp. 649/650).

Configurada situação assim imaginada, haverá necessidade de concessão da tutela antecipada, ainda que irreversíveis os efeitos causados. Nesses casos excepcionais, deve o magistrado pautar-se com extremo cuidado, ponderando os valores em conflito. Pode, para evitar dano irreparável à parte contrária, exigir caução.²²¹

A rigor, aliás, nas hipóteses em que a tutela sumária acaba eliminando de vez o litígio nem seria adequado falar em provimento antecipatório, que pressupõe sentença posterior. Na verdade, o pedido refere-se à própria tutela final, que será definitivamente satisfativa, embora sumária. O autor obterá a satisfação prática da pretensão material mediante técnica supostamente provisória, mas que apresenta, na realidade, resultado irreversível.²²²

Não haverá mais interesse na discussão se o direito material ampara a pretensão do pai em autorizar a operação do filho cuja mãe pretende submetê-lo a outro tipo de tratamento. Caso seja autorizada a

²²¹ Na I Jornada de Direito Processual Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em agosto de 2017, foi aprovado o Enunciado 40, com o seguinte teor: “A irreversibilidade dos efeitos da tutela de urgência não impede sua concessão, em se tratando de direito provável, cuja lesão seja irreversível.” Também no Seminário O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil, promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (ENFAM), aprovou-se o Enunciado 25, com o seguinte teor: “A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015), pode ser afastada no caso concreto com base a garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB). Daí assistir razão a Araken de Assis, para quem a vedação legal opera em termos, devendo ser superada em certos casos (Processo Civil cit., p. 476).”

²²² Como bem observa Morello, esse resultado definitivo e irreversível não encontra explicação no sistema cautelar: “Nos parece que buscar en las explicaciones en uso de la teoría general de la cautela las razones que ya no pueden brindar a un mecanismo operacional que se ha desglosado de su carril ortodoxo, sería pecar de cierto candor, porque no son idóneas para dar cuenta de esta palpitante experiencia que se cuela y escapa de las fronteras – al menos las establecidas – de las clásicas medidas cautelares. Las partes están ceñidas y queman sus naves en este proceso típicamente diferenciado i independiente de todo otro absorbente y principal” (*Anticipación de la tutela*, p. 45).

intervenção, a realização do efeito prático retira qualquer eficácia do resultado jurídico, pois sequer se pode pensar em indenização, incabível mesmo que o beneficiário da medida não tivesse razão.

A admissibilidade dessa técnica, não regulada pelo legislador ordinário, deve ser analisada em face da garantia constitucional de acesso à justiça e à efetividade da tutela. Ninguém pode ser privado da tutela jurisdicional adequada e eficaz se a providência representar o único meio de evitar o perecimento do direito.

A sumariedade inerente a provimento dessa espécie é incompatível com as garantias de segurança do processo. Incide, portanto, o princípio da proporcionalidade, o que implica sacrifício do valor menos relevante.

Também não importa se, para a obtenção desse resultado, a via a ser utilizada é a cautelar autônoma ou a antecipação de tutela. Fundamental é que interesses primários do ser humano encontrem proteção efetiva em sede jurisdicional.

Embora inexistente, no plano infraconstitucional, previsão específica para a tutela sumária não cautelar, ou seja, provimento antecipado, precedido de cognição não exauriente e irreversível, o sistema deve compatibilizar-se com as garantias constitucionais de acesso à justiça. E não há como excluir-se da proteção jurisdicional determinado direito, que necessita de tutela urgente, apenas por falta de regulamentação do procedimento pelo legislador ordinário.

Nesses casos extremos, versando valores superiores do ser humano, qualquer mecanismo será adequado para a obtenção da tutela, a fim de ser conferir efetividade ao sistema processual, em consonância com a exigência constitucional.

Por fim, a flexibilização desse requisito negativo se mostra adequada para a tutela de urgência, não para a da evidência. No caso de abuso do direito de defesa ou intuito protelatório do réu, por exemplo, não parece conveniente antecipar efeitos irreversíveis, pois inexiste risco de dano irreparável ao direito do autor, ao passo que a parte contrária poderá ter sua esfera jurídica comprometida definitivamente, sem a adequada cognição. Conclusão idêntica aplica-se às demais hipóteses do art. 311.

Ausente o risco de dano, não há conflito de valores a justificar o abandono dessa exigência legal. Como não se verifica qualquer perigo para a efetividade da tutela jurisdicional, somente se aceita a satisfação do direito do autor após cognição plena, com estrita obediência aos postulados do devido processo legal.²²³

Nas hipóteses de tutela da evidência, portanto, somente se antecipam efeitos reversíveis.

Critica-se a tendência jurisprudencial de admitir tutelas provisórias definitivamente satisfativas, a ponto de verificar-se completo abuso dessas soluções, muitas vezes irreversíveis, impossibilitando o retorno à situação anterior e comprometendo as garantias do contraditório e da defesa.

Esse resultado acabava por inviabilizar definitivamente a situação jurídica do réu, para quem nenhuma utilidade teria, mais, eventual rejeição da demanda. Isso levou até mesmo à edição de regras legais limitando a concessão de liminares satisfativas (lei 8.437, de 30.6.92, p. ex.).²²⁴

O temor é procedente, mas não decorre da aproximação da tutela

²²³. Com razão Marcelo Lima Guerra, *Estudos*, p. 107.

²²⁴. Teori Albino Zavascki, “Medidas cautelares e medidas antecipatórias”.

antecipada à cautelar, para considera-las espécies do mesmo gênero (tutela provisória). Seja incluída nessa categoria de tutela jurisdicional ou não, sua adoção irá comprometer a esfera jurídica do réu de forma irreversível.

O problema não está, portanto, na natureza da tutela, provisória ou satisfativa, mas na possibilidade de o juiz conceder tutelas mediante cognição sumária, sem atender às regras inerentes ao devido processo legal, cujo resultado seja irreversível.

Esse é o cerne da questão, que reclama adequada solução: diante de situações extremas, devem ser admitidas tutelas satisfativas e irreversíveis? Depois de resolvê-la, aí, sim, devemos nos preocupar em classificá-la adequadamente.

3.8.3. Tutela antecipada: conteúdo satisfativo e irreversibilidade

De qualquer modo, não se pode confundir o caráter satisfativo da tutela antecipada e eventual irreversibilidade dos respectivos efeitos. A antecipação da eficácia concernente à tutela provisória é, em princípio, reversível, não obstante satisfativa, visto que proporciona à parte a possibilidade de usufruir antecipadamente de seu provável direito. Também depende de outra tutela, pois não subsiste por si mesma, como solução definitiva no plano material. Haverá necessidade do pronunciamento final compatível com a tutela antecipada, para que os efeitos adiantados possam subsistir. Por fim, o provimento que dispensa a

tutela posterior, ainda que fundado em cognição não exauriente, pode ser classificado como sumário final ou definitivo.²²⁵

No direito brasileiro admite-se a tutela sumária satisfativa, desde que provisória e reversível (CPC, art. 300, § 3º).

Relevante, para fins de sistematização dos provimentos jurisdicionais, é a verificação de que a tutela sumária antecipada é, em princípio, instrumental e provisória, tanto quanto a cautelar.

Quem aceite esse critério como suficiente para identificar a tutela cautelar irá classificá-la como tal. Caso contrário, podemos imaginar a existência do gênero *tutela de urgência*, que tem como espécies a tutela cautelar e a tutela antecipada. O Código de 2015, como já esclarecido reiteradas vezes, considerou-as espécies de tutela provisória de urgência.²²⁶

O que o sistema não prevê, como regra geral, é a tutela sumária não cautelar ou definitiva e irreversível, em caráter genérico.

Solução dessa natureza somente pode ser admitida em situações absolutamente excepcionais, em que os valores em conflito revelem a necessidade de antecipação, embora irreversíveis os efeitos.

Nesses casos, a realidade se impõe. A tutela sumária, originariamente instrumental e provisória, acaba se tornando autônoma e faticamente definitiva.²²⁷

²²⁵. Ao sustentar que a tutela antecipada não tem caráter satisfativo, no sentido empregado para as cautelares que dispensam a tutela cognitiva, porque a antecipação se verifica no próprio processo de conhecimento, Mancuso não distingue adequadamente os dois fenômenos (cfr. “Tutela antecipada”, p. 181).

²²⁶ Nesse sentido, cfr. Humberto Theodoro Jr., Curso de Direito Processual Civil, 59ª ed. p.

⁶³⁷
²²⁷. Vale aqui a advertência de Ovídio Baptista da Silva no sentido de que toda tutela sumária, especialmente as liminares, representa sacrifício de interesses respeitáveis da parte contrária, “que pode sofrer as consequências *irremediáveis* dessas provisões de cunho nitidamente definitivo e satisfativo” (*Comentários*, p. 11).

É claro que, em tese, existe ainda a necessidade da solução jurídica, antecedida de cognição exauriente. Mas, se as circunstâncias do caso concreto apontarem para a inutilidade da tutela final, o problema acaba se resolvendo pela ausência de interesse processual. De que valeria nova tutela, por exemplo, após a autorização liminar para transfusão de sangue? Salvo se houver necessidade da realização de outras, sucessivamente.

Há casos em que persiste o interesse no prosseguimento do processo ainda que a antecipação assuma caráter satisfativo e irreversível, o que deve ocorrer, repito, excepcionalmente.

Basta pensar em casos de prestações periódicas (alimentos provisionais ou provisórios) ou no direito de indenização em favor de quem sofreu indevidamente os efeitos da tutela antecipada (art. 302, inciso I).

Na hipótese de alimentos provisórios, embora irrepetíveis aqueles antecipados, existe necessidade da tutela final, para verificação do direito em recebê-los definitivamente.

Nas demais antecipações de caráter patrimonial (dar, fazer ou não fazer) também permanece o interesse na tutela cognitiva, pois o beneficiário responde pelos prejuízos causados à parte contrária se indevida a tutela concedida (CPC, art. 302, I).²²⁸

Verifica-se serem poucas as situações em que a antecipação gera efeitos irreversíveis, tornando desnecessária a tutela cognitiva. Mas, se tal ocorrer e o valor justificar a antecipação (proteção da vida, saúde), outra

²²⁸. Cfr. Salvador Franco de Lima Laurino, *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*, p. 195.

alternativa não há senão conceder a medida, ainda que isso implique transformar a tutela sumária em definitiva.

O importante é que o juiz brasileiro tenha consciência de que a antecipação de efeitos da tutela jurisdicional deve ser, em princípio, provisória e reversível, sempre instrumental em relação a outra tutela, esta definitiva. Trata-se de técnica de natureza cautelar para alguns, simplesmente antecipatória para outros.

Apenas em caráter absolutamente excepcional admite-se a utilização da técnica destinada à obtenção de tutelas sumárias e provisórias para a solução definitiva e irreversível de situações substanciais. Somente quando os valores forem de grande relevância esse resultado pode ser obtido. O que não se aceita é a generalização da tutela sumária irreversível, tendo em vista as garantias inerentes ao devido processo constitucional.

Nessas hipóteses, o sistema processual adapta-se à realidade material, ainda que isso importe concessões no que concerne a construções teóricas.

3.9. *Tutela provisória antecipada: antecipação limitada aos efeitos do provimento final*

Questão já abordada no capítulo anterior, de forma genérica, merece exame, agora, à luz do novo regime processual da tutela antecipada.

O pedido de antecipação não se refere à própria tutela declaratória, condenatória ou constitutiva, mas aos efeitos que qualquer delas tende a produzir no plano material e que não possam aguardar o momento oportuno para que tal ocorra, sob pena de não mais terem utilidade para o titular do direito.

A antecipação não diz respeito, enfim, à eficácia preponderante da sentença – declaratória, condenatória, constitutiva e, para quem admite a classificação quinária, mandamental ou executiva *lato sensu* –, pois esta depende da cognição plena e implica juízo declarativo de certeza, não de probabilidade.²²⁹

Assim, na tutela condenatória a própria satisfação do possível direito é antecipada, ainda que parcialmente, com o início dos atos materiais de execução, mesmo sem condenação prévia e, portanto, sem o título executivo.²³⁰ Também em relação às decisões com conteúdo declaratório ou constitutivo, a antecipação incide sobre alguns de seus efeitos práticos.²³¹

²²⁹. Cfr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “Alcance e natureza”, p. 117. Exatamente porque a antecipação é apenas da eficácia prática e não da própria tutela, inexistente qualquer contradição na expressão *cautelar satisfativa*. Embora sem extrair as conclusões quanto à cautelaridade da medida antecipatória, Betina Rizzato Lara reconhece que o adiantamento se refere a efeitos secundários, fáticos, do provimento final, não à eficácia jurídica (cfr. “A satisfatividade no âmbito das liminares”, pp. 141 e 144). Parece não haver atentado para esse aspecto Sérgio Seiji Shimura, que se refere à antecipação do pedido, do provimento principal e de efeitos, como se fossem sinônimos (cfr. *Arresto cautelar*, pp. 32 e 39-41). V. tb. Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia das decisões*, pp. 270-294.

²³⁰. Nesse ponto, aliás, existe paralelo entre a execução da tutela antecipada e a execução de título judicial oriundo de mandado monitório não embargado. Ambas dispensam atividade cognitiva exauriente, bem como não pressupõem declaração de existência do direito e condenação. Por outro lado, distinguem-se porque a execução da tutela antecipada é provisória e prescinde até mesmo do título executivo.

²³¹. Kazuo Watanabe refere-se à antecipação do próprio provimento. Ressalva somente alguns tipos de tutela declaratória ou constitutiva, em que a antecipação está limitada a efeitos

Aliás, algumas vezes são antecipados efeitos mediatos da tutela principal, como, por exemplo, a sustação de protesto antes do reconhecimento da nulidade do título. Evidentemente, compreende-se na eficácia natural desse provimento declaratório o cancelamento do protesto, embora possa essa consequência ser considerada efeito indireto ou mediato, pois somente se admite protesto de título existente. Declarada sua invalidade, não pode prevalecer medida destinada a comprovar impontualidade no cumprimento da obrigação.

Todavia, a real utilidade da tutela declaratória negativa ficaria comprometida se até sua concessão tivesse o autor de suportar todos os inconvenientes causados pelo protesto do título. Por isso, a respectiva sustação visa a antecipar efeito natural da futura e eventual tutela declaratória, conferindo-lhe real efetividade. Sem essa antecipação, o reconhecimento da inexistência da obrigação cambial, após cognição exauriente, representaria benefício limitado ao autor da ação, que já sofrera várias consequências danosas a seu patrimônio, decorrentes da falsa afirmação feita pelo réu.²³²

relativos a esses provimentos. Nesses casos, diz ele, não se confere a certeza jurídica nem se desconstitui o ato jurídico antecipadamente. Pode ser assegurado, por exemplo, o recebimento dos alimentos antes do reconhecimento da paternidade; ou o direito de voto antes de anulada a assembleia (“Tutela antecipatória”, p. 35). Observo, todavia, que a antecipação dos alimentos constitui efeito de futura tutela condenatória. Por isso sustentei que também em relação a esse tipo de provimento antecipam-se, na verdade, apenas os efeitos.

²³². A referência a efeitos mediatos é feita por Kazuo Watanabe. Ainda que se trate de eficácia mediata, não pode ser aceita a conclusão do eminente mestre no sentido de que a tutela declaratória dispensa provimento cautelar destinado a assegurar sua frutuosidade. Para ele, a sustação de protesto, por exemplo, não tem por objetivo assegurar o resultado prático da declaratória negativa do débito, plenamente alcançado com o trânsito em julgado da sentença: “Não se objetiva assegurar o resultado útil, a frutuosidade, da ação declaratória, e sim o resultado prático mediatamente relacionado ao provimento declaratório” (“Tutela antecipatória”, p. 41). Ocorre que, ao contrário do afirmado, o resultado prático buscado pela tutela declaratória negativa é não só tornar certa a inexistência da obrigação, mas também

Inaceitável, portanto, a afirmação segundo a qual a sustação de protesto não implica antecipação da eficácia da tutela final. Esse entendimento não leva em conta os efeitos mediatos da sentença, com receio de tornar indefinidos os limites entre cautelar e tutela antecipada. Como esse dado não me parece relevante à identificação da natureza do instituto, entendo injustificável a preocupação. Mais importante do que procurar distinções entre essas espécies de tutela provisória, é encontrar as semelhanças que as tornam espécies do mesmo gênero.²³³

A tutela antecipada opera, portanto, no plano dos efeitos práticos da tutela jurisdicional. Externa-se mediante medidas fáticas, representadas por ordens ou mandados destinados a produzir o resultado necessário. Antecipar efeitos significa interferir no mundo exterior ao processo, ou seja, na relação material.²³⁴

Não se pode confundir a realização prática do direito provável sem cognição adequada, com a verdadeira satisfação do direito. Efeito prático e efeito jurídico são fenômenos distintos.²³⁵

evitar qualquer atitude do suposto credor fundada no título, inclusive o protesto. Por isso, a sustação constitui providência que confere à tutela declaratória a utilidade pretendida pelo autor.

²³³. A tese referida, da qual discordo, não obstante a excelência dos argumentos, é defendida entre outros, por Eduardo Melo de Mesquita, *As tutelas cautelar...*, cit., pp. 290 e ss.

²³⁴. Cfr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Perfil dogmático*, p. 12. Precisa a observação de Ovídio Baptista da Silva, para quem as antecipações referem-se a “algum efeito sentencial prático e não exclusivamente normativo, que é o domínio do processo de conhecimento” (*Curso*, pp. 27-27). Observo apenas que a satisfação fática implica, sim, exame de mérito, e o contrário nunca foi sustentado, pois se refere a efeitos práticos da tutela final, que o eminente jurista, na esteira de Calvosa, denomina de *normativa* (cfr. *Curso*, p. 30). V. tb. Athos Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, pp. 41-47 e Humberto Theodoro Júnior, *Tutela jurisdicional de urgência*, pp.15-17.

²³⁵. Cfr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “Alcance e natureza”, p. 120.

Este último significa a atuação coercitiva da regra de direito material, como consequência da atuação jurisdicional. Verificam-se, aqui, os escopos do processo, com a pacificação definitiva no plano social. E a antecipação provisória da eficácia não é suficiente para proporcionar esse resultado de forma direta e imediata. Sua finalidade é mais restrita, pois limitada a garantir, a assegurar, a ocorrência dos escopos do processo, o que se pretende alcançar com o provimento definitivo.

Não significa dizer, todavia, que a antecipação da tutela seja desprovida de eficácia jurídica. Óbvio que não, pois a emissão da ordem judicial correspondente depende da presença dos requisitos legais, ou seja, a verossimilhança do direito e o perigo de lesão. Ambos os elementos pressupõem cognição incidente sobre a relação de direito material, ainda que de forma sumária e não exauriente, mas suficiente para formação do convencimento do juiz a respeito da presença desses requisitos.

Os efeitos da tutela antecipada, todavia, operam muito mais no plano fático, visto que sua concessão não implica solução do litígio, restauração da ordem jurídica violada com a não atuação espontânea do direito, pacificação social, escopos da atividade jurisdicional do Estado e também do processo, instrumento que é dessa função.

Esse resultado obtido pela tutela antecipada tem, evidentemente, conteúdo jurídico, pois se trata de valor amparado pelo sistema processual.²³⁶

²³⁶. Como bem pondera Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o fenômeno não diz respeito ao plano dos fatos, inserindo-se exclusivamente no plano jurídico, por força do valor atribuído ao fato pelo sistema jurídico. A tentativa de qualificá-lo como efeito fático, além de manifestamente imprópria, decorre assim de insuficiente exame dogmático” (cfr. *Perfil dogmático*, p. 17). Talvez se possa falar em efeitos jurídico-processuais, para distingui-los dos efeitos jurídico-materiais, próprios da tutela final (cfr. Antônio Cláudio da Costa Machado, *A tutela antecipada na reforma*, pp. 425-427). Por isso, insisto, a antecipação de efeitos fáticos

Os efeitos jurídico e social pretendidos com o desenvolvimento da relação processual e com a atuação da Jurisdição não são alcançados com a tutela antecipada. A função dessa modalidade de provimento judicial é afastar o risco de dano para a eficácia da tutela definitiva, mediante a produção de efeitos provisórios no mundo fático, destinados a assegurar o resultado definitivo do processo. A tutela antecipada e provisória, como, de resto, qualquer espécie de provimento provisório, não é suficiente para cumprir os escopos do processo. Sua função é instrumental em relação à tutela jurisdicional definitiva, pois destina-se apenas a evitar que o tempo comprometa sua eficácia.

Dáí, verificado o risco para a efetividade de tutela provável, cognitiva ou até executiva, ser autorizada medida urgente e provisória para afastá-lo, ainda que sua concessão possa implicar antecipação de efeitos do provimento.

Revela-se inaceitável a diferença entre provisório e temporário, aquele como característica da antecipação de tutela e este ligado à cautelar.²³⁷ Os efeitos da tutela antecipada seriam provisórios, o que significa a possibilidade de produzir efeitos práticos definitivos, como no caso dos alimentos provisionais.

tem conteúdo jurídico, embora tenha parecido a Ovídio Baptista da Silva ser diversa minha opinião (cfr. *Curso*, p. 30).

²³⁷ Contra, Araken de Assis, *Processo civil cit.*, pp. 359 e 378/380. Temporário é adjetivo destinado a identificar algo que dura por um tempo. É sinônimo de provisório (cfr. Caldas Aulete, *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*; Cândido de Figueiredo, *Novo dicionário da língua portuguesa*; Silveira Bueno, *Minidicionário da língua portuguesa*; Aurélio Buarque de Holanda, *Novo dicionário da língua portuguesa*). A distinção feita por parte da doutrina não encontra amparo, portanto, na semântica. O termo adotado pelo legislador, ao menos do ponto de vista gramatical, é correto. De mais a mais, a medida assecuratória (cautelar) é, sim, substituída pelo efeito da tutela definitiva: o arresto, por exemplo, cessa quando satisfeita a obrigação. A efetivação da tutela final substitui a medida temporária e provisória, cuja função era apenas garantir esse resultado.

Mas também o efeito temporário, característica da cautelar, pode tornar-se definitivo. Durante o período em que o bem, sequestrado em razão de tutela provisória conservativa (cautelar), permanecer em poder do autor-depositário, ele pode usufruir dessa situação fática, que não tem mais retorno, ainda que improcedente o pedido.

A restrição, se houver, está ligada à natureza do direito. Pode ser aceita a limitação quanto aos direitos relativos, não importando a natureza da tutela pleiteada. Os absolutos, que dependam de proteção imediata, admitem sempre soluções antecipadas.²³⁸

Mesmo no que se refere aos direitos relativos, como os obrigacionais, por exemplo, a posição não pode ser levada às últimas consequências. Aliás, a distinção entre direito relativo e absoluto, para efeito de admissibilidade da tutela provisória antecipada, é praticamente desconsiderada pela doutrina e pela jurisprudência.

A antecipação da tutela jurisdicional incide sobre efeitos, não sobre a decisão em si mesma considerada. Jamais se antecipa a desconstituição de um contrato, mas parece perfeitamente possível antecipar eventuais efeitos práticos dessa provável desconstituição, cujas provas revelam ser verossímil, para assegurar a eficácia da providência final. O mesmo ocorre em relação às tutelas declaratórias, condenatórias, mandamentais ou as denominadas executivas *lato sensu*.²³⁹

A antecipação não é da própria tutela, mas dos respectivos efeitos.

²³⁸. Cfr. Galeno Lacerda, “Tutela antecipatória e tutela interdita”, p. 187.

²³⁹. À luz da distinção entre antecipação de efeitos e antecipação da própria tutela constitutiva, negou-se o pedido de tutela antecipada, por versar a própria pretensão constitutiva, e não efeitos dela decorrentes (AI 26.014-4-9-São Paulo, TJSP, 2ª C. de Direito Privado, rel. Des. Cezar Peluso, j. 3.12.96, v.u.).

Não se declara existente o direito, não se constitui a nova situação da vida, nem se condena o réu. Apenas permite-se que o requerente passe a usufruir de efeitos relacionados ao suposto direito por ele afirmado antes mesmo do respectivo reconhecimento.²⁴⁰

Não se antecipa o julgamento de mérito, ou seja, aquele que, no sistema do Código, é apto a eliminar a situação de tensão ou de crise verificada no plano substancial. A antecipação provisória de urgência, autorizada pelos arts. 294, parágrafo único e 300 limita-se a efeitos práticos dessa possível solução do litígio, sem, todavia, “eliminar a incerteza representada pelo *conflito de pretensões*”.²⁴¹

Por isso, não se antecipa a declaração, a condenação, nem a constituição. Antecipam-se efeitos, não o conteúdo jurídico da sentença, ou seja, seu efeito normativo.²⁴²

São antecipados os efeitos práticos, não a eficácia jurídica, cujo escopo consiste na atuação concreta da regra substancial, com o consequente restabelecimento da ordem jurídica violada, eliminando o litígio e proporcionando a paz social.

²⁴⁰. “Em outras palavras: não se antecipa a eficácia jurídico-formal (ou seja, a eficácia declaratória, constitutiva e condenatória) da sentença; antecipa-se a eficácia que a futura sentença pode produzir no campo da realidade dos fatos” (Teori Albino Zavascki, “Medidas cautelares e medidas antecipatórias”, p. 38).

²⁴¹. Cfr. Ovídio Baptista da Silva, “A ‘antecipação’ da tutela”, p. 131.

²⁴². Cfr. Ovídio Baptista da Silva, “A ‘antecipação’ da tutela”, p. 132. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma que a tutela cautelar tem sua eficácia determinada pela lei processual, não pela lei material, daí por que não se confundiria com a tutela antecipada. A eficácia inerente à providência cautelar, diz ele, não coincide com a eficácia jurídica atribuída pelo direito material (cfr. *Perfil dogmático*, p. 25). Mas também essa coincidência não ocorre em relação à tutela antecipada. Como visto, a eficácia desta última não alcança todos os aspectos do plano material, tanto que somente a tutela final tem força suficiente para atingir definitivamente o escopo desejado pelo sistema processual.

Na antecipação dos efeitos existe um juízo declaratório, mas limitado ao reconhecimento dos requisitos necessários à antecipação, fundado em cognição sumária.

Verifica-se, com a antecipação, fenômeno curioso, pois se admite a eficácia fática e social antes mesmo que se produza a eficácia jurídico-formal do provimento, pois sua emissão ainda se encontra no campo da probabilidade. Temos, pois, efeitos de fato, sem o suporte jurídico que autorize sua produção definitiva. O fundamento dessa eficácia puramente fática está no perigo de dano para a efetividade da tutela final, o que impediria a eficácia definitiva.

Embora se efetive mediante decisão interlocutória, a antecipação de tutela contém juízo de mérito, o que, todavia, não afasta o caráter provisório da medida.²⁴³

Examina-se a relação de direito material mediante cognição sumária, apenas para verificação da plausibilidade do direito.

Apesar de haver adiantamento de efeitos da futura e eventual

²⁴³. Contra, Ovídio Baptista da Silva, para quem as medidas autorizadas pelo art. 273 do Código de 1973 não se assemelhavam às cautelares e, a seu ver, esse foi o pensamento do legislador, que se esforçou para retirá-las do livro próprio daquela modalidade de tutela: “Se as medidas preconizadas pelo art. 273 fossem realmente cautelares, não teria sentido o esforço do legislador de retirá-las do Livro III do Código, sabido como é que até agora elas vinham sendo outorgadas com fundamento nos arts. 798 e 799 do Código de Processo Civil” (“A ‘antecipação’ da tutela”, p. 131). Para o autor, o art. 273 consagra modalidade de processo monitorio genérico, pois acelera a execução mediante liminar. Ocorre que o mandado monitorio, se não impugnado, transforma-se na solução definitiva para a controvérsia, permitindo a execução. Configura tutela de natureza satisfativa no plano jurídico, não antecipando apenas efeitos práticos de provimento cognitivo futuro, que, por sinal, inexistem. Já na antecipação prevista no art. 273, como as demais hipóteses em que o legislador permite a produção provisória de efeitos da tutela futura, está completamente afastada a possibilidade de a respectiva decisão tornar-se definitiva. Haverá sempre necessidade da sentença, pois somente com ela se alcança a eliminação da crise existente no plano substancial. A tutela antecipatória constitui solução provisória para resolver o problema específico da urgência, garantindo a efetividade da tutela final, mediante antecipação de seus efeitos.

sentença de procedência, esse aspecto não é apto a distinguir, do ponto de vista da finalidade, a tutela antecipada da cautelar, pois, em ambas há análise superficial da pretensão material, a fim de que se verifique sua plausibilidade. Essa cognição sumária, para aferição do *fumus boni iuris*, ocorre também nas cautelares denominadas típicas ou conservativas, que não possuem caráter satisfativo. A diferença entre ambas está no conteúdo de cada uma – antecipatório de feitos e conservativo de situações – o que não impede sejam elas consideradas espécies de tutela provisória, como acertadamente tratado pelo Código de 2015.

A distinção, em suma, reside apenas no fato de que as conservativas, embora precedidas de cognição não exauriente do mérito, destinada apenas à verificação da verossimilhança, não antecipam nenhum efeito ligado à pretensão material. As provisórias antecipadas são precedidas de atividade cognitiva da mesma natureza, ou seja, verticalmente sumária. Mas o resultado é diverso, pois elas vão atingir os efeitos da própria tutela final, antecipando-os, para assegurar-lhes a necessária utilidade.

3.10. *Tutela antecipada e tutela final*

Tutela antecipada e tutela cautelar são, indiscutivelmente, modalidades de tutela provisória, pois pronunciamento judicial de caráter definitivo é somente aquele precedido de contraditório e ampla defesa, em princípio informado por cognição exauriente, com aptidão para se tornar

imutável e consolidar a situação jurídica pretendida pelo autor ou negada pelo réu.

A medida com conteúdo antecipatório adianta efeitos previstos para a tutela definitiva, mas não exatamente os mesmos, especialmente porque a atuação e efetivação da regra material ao caso concreto constituem eficácia apenas desta última.

A tutela antecipada tem eficácia distinta, pois, daquela inerente à tutela final.²⁴⁴

Exatamente em função do caráter provisório da medida, a providência determinada não é apta a assumir contornos de definitividade, uma vez que a tutela final substitui aquela deferida antecipadamente.²⁴⁵ A eficácia passa a ser inerente à decisão final, que pode prever efeitos diversos daqueles antecipados, adequados à realidade jurídico-substancial revelada pela cognição plena. Ainda que os efeitos coincidam total ou parcialmente, emanam de pronunciamentos diversos.

²⁴⁴. Eficácia é qualidade daquilo que é eficaz; força de uma causa para produzir seu efeito. Eficaz é aquilo que tem força para produzir resultado, que tem efeito (cfr. Caldas Aulete e Cândido de Figueiredo). Tanto a tutela antecipada quanto a final são dotadas de eficácia, pois ambas produzem efeitos. Eles são, todavia, diversos, pois esta última opera no plano jurídico, enquanto a primeira apenas acelera o resultado fático. Uma define a regra de direito material, a outra apenas antecipa total ou parcialmente efeitos dessa definição, antes mesmo que ela ocorra. Nessa medida, cada uma delas possui eficácia própria. A tutela antecipada não tem conteúdo condenatório, próprio da tutela final. Ela apenas antecipa os efeitos práticos da tutela condenatória. Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, eficácia diz respeito ao conteúdo do ato jurídico, aos elementos que o compõem. Entende ele, todavia, que a tutela antecipada tem eficácia condenatória, ainda que mitigada. (cfr. *Perfil dogmático*, pp. 17-18). Mas não parece seja assim, pois eficácia condenatória implica declarar a existência do direito e possibilitar a execução. A tutela antecipada, na verdade, permite a satisfação sem a declaração de existência do direito violado. Está fundada na probabilidade, não na certeza.

²⁴⁵. Não parece acertada, pois, a afirmação feita pelo saudoso amigo Teori Albino Zavascki: “Medida antecipatória, portanto, é a que contém providência apta a assumir contornos de definitividade pela simples superveniência da sentença que julgar procedente o pedido” (cfr. “Medidas cautelares e medidas antecipatórias”, p. 40). Do ponto de vista da técnica processual, a sentença substitui a tutela antecipada.

A tutela provisória não se limita a garantir a certificação do direito ou a futura execução. Eventual conteúdo satisfativo (tutela antecipada), não implica identidade entre as consequências jurídicas decorrentes de sua concessão e aquelas inerentes à tutela final.

A vontade do legislador material, quanto aos efeitos previstos para determinada regra jurídica, pode ocorrer por cumprimento espontâneo pelo interessado ou em razão da força coercitiva da tutela jurisdicional definitiva.

A medida provisória antecipada não produz esse resultado, ainda que sua eficácia guarde certa coincidência com aquela ligada ao direito material. Inexiste a identidade absoluta afirmada por alguns, pois, embora antecipe efeitos da definitiva, a tutela é provisória, será substituída e não atua concretamente a regra material. Na verdade, antecipa-lhe efeitos, ante a probabilidade de que ela venha a ser atuada no futuro.

Assim, eventual entrega do bem reivindicado ao autor, a título de tutela antecipada, tem o mesmo significado prático, por exemplo, do sequestro do bem litigioso, em que o próprio requerente seja nomeado depositário, configura medida cautelar.

Na antecipação, embora o efeito coincida com aquele previsto no plano material, diverso é o resultado da futura tutela definitiva.

Tanto quanto no sequestro, medida decretada para garantir a futura execução da provável decisão judicial favorável ao requerente, essa situação, se acolhida a demanda, não se perpetuará.

Julgada procedente a pretensão reivindicatória, o autor deixará de utilizar o bem em caráter provisório, para fazê-lo definitivamente, com a

certeza jurídica, antes inexistente, de ser o titular do domínio. Continuará com o bem não mais na condição de depositário, mas como titular do domínio.

A consequência prática é a mesma, pois o autor, quer como depositário, quer em razão da tutela antecipada, ficará na posse provisória do bem até o julgamento do processo, podendo usufruir de alguns efeitos da eventual tutela final. Esta substituirá a medida provisória e os efeitos, a partir de então, passam a se vincular ao julgamento definitivo.²⁴⁶

Ainda que caracterizada como tutela antecipada, a eficácia prática pode ser a mesma daquela inerente à tutela definitiva, mas no plano jurídico não há identificação. Uma visa apenas a antecipar os efeitos, para garantir o resultado definitivo. A outra destina-se exatamente à produção desse resultado definitivo. A primeira produz, no plano material, eficácia puramente fática. A segunda, além dos efeitos de fato, passa a representar a vontade definitiva do legislador material para o caso concreto.

Não afronta o sistema a possibilidade de o mérito ser examinado mediante cognição superficial em atos não finais, denominados decisões interlocutórias.²⁴⁷ A tutela antecipada é exemplo típico. Apenas sua eficácia não pode ser definitiva, ante a sumariedade do conhecimento

²⁴⁶. Os mesmos exemplos foram invocados por Teori Albino Zavascki, para chegar a conclusão diametralmente oposta à ora sustentada (cfr. “Medidas cautelares e medidas antecipatórias”, p. 41). *Não se desconhece que a condição de depositário não confere ao credor os mesmos poderes sobre o bem assegurados a quem o obtém por tutela antecipada. Apenas se afirma que em ambos os casos a coisa é entregue ao credor antecipadamente, ainda que por títulos diversos.* Da mesma forma, na restituição de mercadorias em concordata preventiva, o vendedor passa a detê-las na qualidade de depositário, não em nome próprio, com poderes de uso, gozo e disposição (cfr. *JTJ* 189/191).

²⁴⁷. Cfr. Ovídio Baptista da Silva, *Curso*, pp. 44-45. V. cap. V, n. 26, especialmente nota 199.

realizado pelo juiz.²⁴⁸ A rigor, não se trata de decisão de mérito, cuja característica é a declaração de certeza, não de mera plausibilidade, a respeito do direito material controvertido,

Ressalve-se a hipótese excepcional da estabilização da tutela antecipada, a ser examinada oportunamente. Nesse caso, verificada a aceitação pelas partes da medida concedida em caráter provisório, optou o legislador por conferir-lhe natureza definitiva, com o término da atividade cognitiva naquele processo. Fica assegurada a possibilidade de revisão da tutela estabilizada mediante demanda autônoma, no prazo de dois anos.

3.11. *Tutela antecipada e natureza da tutela final*

A técnica da antecipação de efeitos da tutela jurisdicional está tradicionalmente ligada a provimentos de conteúdo condenatório e, para quem aceita a classificação quinária da tutela jurisdicional, executivo ou mandamental.²⁴⁹

²⁴⁸. Ovídio sustenta a existência de decisões provisórias de mérito, “sem que esses provimentos liminares antecipem juízo, ou antecipem declaração, a não ser esse juízo de mera probabilidade, dado que, para nós, o conceito de decisão não se identifica com julgamento, correspondendo, ao contrário, a qualquer provisão judicial que aprecie alguma porção do mérito da causa, seja para conceder, seja para recusar ao autor a realização antecipada de sua pretensão” (*Curso*, p. 47). Como aceito essa afirmação, tenho dúvida se existem diferenças substanciais entre as posições que sustentamos. Talvez a divergência seja muito mais terminológica ou refira-se a aspectos não essenciais. Isso também me faz crer que, provavelmente, eu não integre a doutrina dominante, como entendeu o mestre gaúcho. Talvez o ilustre professor concordasse com a seguinte afirmativa: há decisões resultantes de exame superficial do mérito e outra precedidas de cognição exauriente do mesmo fenômeno de direito material. Estas, por conterem juízo de certeza, não de mera probabilidade, são tecnicamente consideradas “de mérito” propriamente ditas.

²⁴⁹. Marinoni lembra a existência de polêmica doutrinária na interpretação do art. 282 do c.p.c.

Possível estendê-la também para as tutelas meramente declaratórias e constitutivas.

A sustação de protesto tem natureza antecipatória-preventiva, pois impede a prática de determinado ato, cuja ilegalidade seria reconhecida se a tutela final, declaratória ou desconstitutiva, já existisse no mundo jurídico. Como ela ainda não foi emitida, mas provavelmente venha a ser, permite-se a antecipação desse efeito prático.²⁵⁰

Trata-se de tutela provisória de urgência antecipada, não obstante opiniões em sentido contrário.

A classificação das tutelas, como se sabe, deve ser feita em função dos efeitos produzidos no plano do direito material. Declarar, constituir, condenar e satisfazer são consequências substanciais da tutela. Consolidado e efetivado o pronunciamento judicial, aquilo que no direito material era incerto torna-se certo; o que necessitava ser modificado, modifica-se; e o inadimplemento da obrigação é eliminado coercitivamente.

Todas essas tutelas produzem efeitos práticos, mas principalmente jurídicos, na esfera material, pois afastam as diversas crises ali verificadas.²⁵¹

Mas há outra modalidade de tutela cuja função é diversa. Destina-se apenas a possibilitar sejam adotadas providências imediatas e

italiano. Nesse dispositivo afirma-se a possibilidade de a sentença apelável ser provisoriamente executada. Discute-se se a regra é própria das tutelas condenatórias, ou se estende às declaratórias e constitutivas (cfr. “A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva”, pp. 74-75).

²⁵⁰. Cfr. Marinoni, “A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva”, p. 80.

²⁵¹. Cfr. Bedaque, *Efetividade do processo*, pp. 508 e ss.

provisórias, destinadas a viabilizar a eliminação efetiva e útil da crise, o que ocorrerá no momento adequado, após o devido processo legal. A antecipação refere-se, portanto, à eficácia prática exclusivamente da tutela final, não à jurídica. Ao atender pedido de tutela antecipada, o Juiz determina a produção de efeitos fáticos da decisão final, esta sim, apta a produzir consequência jurídica, consubstanciada na eliminação definitiva da crise de direito material.²⁵²

Os efeitos gerados pela antecipação dependem, evidentemente, da natureza da tutela final. Se a antecipação diz respeito, por exemplo, a determinados efeitos do pronunciamento condenatório, a eficácia da tutela antecipada será igualmente condenatória.

Essa providência acaba, na verdade, por alterar a estrutura do procedimento comum, pois, na medida em que antecipa, satisfaz, ainda que provisoriamente. Tal circunstância aproxima bastante o procedimento àquele previsto para obtenção de tutelas mandamentais e também as denominadas executivas *lato sensu*, em que a satisfação do direito se dá no próprio processo cognitivo, sem necessidade de execução autônoma.²⁵³

²⁵². Não parece acertada a crítica dirigida por Marinoni à construção de Calamandrei a respeito da tutela cautelar, por entendê-la contaminada pelo vício da abstração da tutela processual em relação ao direito material. Por desconsiderar a eficácia material do provimento, afirma, teria o mestre de Firenze apontado a provisoriedade como característica fundamental da cautelar (cfr. “A tutela anticipatória nas ações declaratória e constitutiva”, pp. 81-82). Essa observação, todavia, não atenta para aspecto fundamental da posição concretista assumida por Calamandrei, a respeito do direito de ação, ideia que aproxima até mesmo de forma exagerada os fenômenos processual e material (cfr. “La relatività”, p. 5; *Istituzioni*, pp. 126 e ss.). Além disso, ao centrar sua atenção para a provisoriedade da tutela cautelar, Calamandrei não está desprezando a eficácia material do pronunciamento judicial. Sua genialidade permitiu-lhe perceber que, quanto aos efeitos substanciais que toda tutela jurisdicional produz, alguns representam a solução definitiva para o problema; outros podem até implicar solução, mas ela será provisória. Essa é a única classificação metodologicamente correta das tutelas jurisdicionais, visto que fundada em critério homogêneo.

²⁵³. Como já observei, não há diferença substancial entre essas modalidades de sentença e a

Difere, todavia, pelo aspecto provisório de que se reveste a satisfação.²⁵⁴

Tanto podem ser antecipados efeitos executivos, próprios das tutelas condenatórias, como também aqueles inerentes a tutelas declaratórias ou constitutivas.²⁵⁵

Em relação a essas últimas não parece justificável a posição contrária assumida por parte da doutrina, pois é perfeitamente possível adiantar consequências práticas vinculadas ao comando emergente desses provimentos, o que pode resultar em comportamentos positivos ou negativos impostos aos destinatários da tutela antecipatória.²⁵⁶

condenatória. Trata-se, na verdade, de formas específicas destinadas a efetivar o direito violado pelo inadimplemento do réu, reconhecido na decisão.

²⁵⁴. Embora os efeitos não sejam sempre constitutivos, como pretende Edgard Antônio Lippmann, tem ele razão ao afirmar que a eficácia imediata do provimento o torna semelhante à tutela mandamental (“Antecipação da tutela”, p. 40).

²⁵⁵. Nesse sentido, já tive oportunidade de relatar recurso de agravo de instrumento, em que afirmei a admissibilidade, em tese, da antecipação de efeitos de tutela declaratória. No caso concreto, tratava-se de pedido de suspensão provisória dos efeitos de protesto já realizado, até o julgamento da demanda versando nulidade do título. A providência foi negada porque a parte não demonstrou a verossimilhança das alegações, limitando-se a negar existência de justificativa para o saque das duplicatas. Não trouxe qualquer elemento de prova para possibilitar a cognição sumária dos fatos alegados. Como a antecipação requer alto grau de probabilidade do direito, a absoluta insuficiência do conjunto probatório constitui óbice intransponível à concessão da medida (cfr. AI 742.412-4-São Paulo, 1ª TACivSP, 12ª C., j. 26.6.97, v.u.). De forma precisa, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira demonstra a diferença entre antecipar a eficácia declaratória, condenatória ou constitutiva, o que não se admite, e antecipar provisoriamente efeitos inerentes a cada uma dessas tutelas (cfr. *A tutela de urgência*, pp. 16-18). Talvez Araken de Assis negue a possibilidade de antecipação de efeito da tutela declaratória por limitá-lo à certeza (“A antecipação de tutela”, p. 22). Se considerarmos, todavia, que a certeza jurídica representa a própria tutela final, à qual podem estar vinculados alguns efeitos fáticos passíveis de antecipação (sustação de protesto ou de seus efeitos e tutela declaratória de inexistência da obrigação cambial, p. ex.), concluiremos pela compatibilidade entre essa modalidade de tutela urgente e qualquer tutela final.

²⁵⁶. Humberto Theodoro Júnior, com propriedade, afirma que a sentença, seja de que natureza for, contém preceito básico dirigido ao vencido, que deve assumir comportamento condizente com o direito por ela reconhecido: “É a sujeição do réu a esse comportamento negativo ou omissivo em face do direito do autor que pode ser imposto por antecipação de tutela, não só nas ações condenatórias, como também nas meramente declaratórias e nas constitutivas.

Por não atentar para o fato de que a antecipação está limitada aos efeitos da tutela, nega-se a possibilidade dessa antecipação. Nas constitutivas, porque operam automaticamente a modificação jurídica, o que as torna irreversíveis. Nas declaratórias, em razão da ausência de comando, nada haveria para ser antecipado.²⁵⁷

Equivocada a conclusão. Antecipam-se efeitos, não o próprio provimento constitutivo ou declaratório. Esse aspecto passa despercebido aos que consideram inadmissível a tutela antecipada em sentenças com tais conteúdos. Basta imaginar antecipação da eficácia prática da respectiva tutela final.

A separação de corpos, por exemplo, é uma das consequências inerentes ao decreto desconstitutivo de separação judicial, passível de antecipação. Da mesma forma, a certeza quanto à inexistência de uma obrigação impede sejam tomadas medidas legais nela fundadas. Pode a

Reconhece-se, provisoriamente, o direito subjetivo do autor e impõe-se ao réu a proibição de não agir de maneira contrária, ou incompatível com a *facultas agendi* tutelada” (“Tutela antecipada”, p. 45. V. tb. Curso cit., pp. 689/695). Apenas uma ressalva a esse entendimento: não parece existir declaração provisória do direito, mas antecipação de efeitos relacionados a um suposto direito, ainda não reconhecido, mas provável.

²⁵⁷. Cfr. Rodolfo de Camargo Mancuso, “Tutela antecipada”, p. 184). Flávio Yarshell, ao contrário, admite expressamente a antecipação de efeitos da tutela constitutiva (cfr. “Antecipação de tutela específica”, pp. 175-177. Esta é, também, a posição de Luiz Guilherme Marinoni em relação às tutelas declaratória e constitutiva (“A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva”, pp. 276-279). No mesmo sentido, v. Ernani Fidélis dos Santos, “Medida cautelar e antecipação”, pp. 27-29). Há divergência também na doutrina italiana. Lea Querzola, todavia, aponta com acerto a diferença entre antecipar a própria tutela e antecipar efeitos a ela inerentes, sendo apenas esses o objeto da cautelar antecipatória no âmbito das tutelas declaratória e constitutiva (cfr. *La tutela anticipatoria*, pp. 125-127). João Batista Lopes apresenta exemplos de antecipação de efeitos práticos de tutelas declaratória, constitutiva e condenatória, destacando serem esses o objeto da medida (*Tutela antecipada*, pp. 51-63). Tommaso adota tal entendimento, esclarecendo ser a jurisprudência italiana riquíssima de exemplos de antecipações cautelares incidentes sobre efeitos de futura tutela declaratória ou cautelar e destaca a necessidade de distinguir entre a eficácia declaratória ou constitutiva da sentença e as consequências práticas de eventual reconhecimento do direito, estas passíveis de antecipação (cfr. “Riflessioni sulla tutela cautelare”, pp. 1.491-1.492).

parte obter a antecipação dessa vedação, impedindo provisoriamente, por exemplo, a realização do protesto de título, cuja inexigibilidade será postulada em caráter definitivo.

A sustação de protesto é realmente medida de natureza antecipada, pois concede ao autor efeito prático inerente à declaração de inexistência da dívida, consistente em impedir que o suposto credor tome providências que pressuponham a existência do crédito.

Toda vez que o juiz emitir antecipadamente ordens de abstenção coincidentes com o comportamento que a parte contrária deveria assumir se reconhecesse espontaneamente o direito do autor, ou terá de assumir se a pretensão for acolhida, estará concedendo antecipadamente efeitos da sentença.²⁵⁸

Admite-se a antecipação provisória de efeitos da sentença declaratória, em atenção à efetividade da tutela jurisdicional.²⁵⁹

²⁵⁸. Teori Albino Zavascki também adota essa posição, e o exemplo utilizado é exatamente o da sustação de protesto, que para ele, todavia, não configura tutela cautelar: “Não é cautelar porque não se destina nem a garantir a certificação do direito, nem a sua execução. E é antecipatória porque o não-protesto do título (a) é comportamento que o réu assumiria naturalmente se se dispusesse a atender o direito afirmado pelo autor, (b) é resultante material do direito certificado pela sentença, (c) é efeito de uma situação jurídica que o autor da demanda quer ver como eficaz não apenas pelo tempo de duração do processo, mas consolidada definitivamente” (“Medidas cautelares e medidas antecipatórias”, p. 45). Essa identidade é apenas parcial, pois, como já visto, limita-se aos efeitos práticos do provimento final. Por isso, não representa antecipação da própria tutela. Como é provisória e instrumental, tem natureza cautelar. Cfr. tb. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, *A antecipação da tutela*, pp. 175-176.

²⁵⁹. Cfr. Gianpiero Samori, que afirma a inadmissibilidade de antecipação do próprio efeito declaratório da tutela final (“La tutela cautelare dichiarativa”, pp. 952-971). Humberto Theodoro Júnior, com razão, observa que: “Parece intuitivo que a declaração de certeza e a constituição de uma nova situação jurídica apenas possam ser alcançadas pela sentença definitiva de mérito, após cognição completa e exauriente, não havendo como antecipar provisoriamente o puro efeito declaratório e constitutivo. Há, porém, que se fazer a distinção entre o efeito declaratório e constitutivo e os efeitos práticos que decorrem da declaração e da constituição de uma situação jurídica. Se a declaração e a constituição, em si mesmas, não

3.12. *Tutela antecipada e julgamento antecipado*

Nessa mesma linha de raciocínio, não se confunde tutela antecipada com julgamento antecipado do mérito, técnica processual destinada a antecipar o próprio pronunciamento definitivo, não apenas seus efeitos.

Em tudo e por tudo, são diversas as providências.

O julgamento antecipado, embora destinado a acelerar o resultado do processo, está fundado na suficiência do conjunto probatório para possibilitar o julgamento definitivo do litígio. Quer pela desnecessidade de prova oral em audiência, quer porque a controvérsia envolve apenas matéria de direito, quer em razão da revelia (CPC, art. 355).

Tais situações indicam ser dispensável a produção de novas provas, pois, ou a matéria fática é incontroversa em decorrência da revelia ou já existem elementos suficientes para formação do convencimento do juiz. A cognição, nesses casos, é exauriente e implica entrega da tutela jurisdicional inicialmente pleiteada e de natureza satisfativa e definitiva, destinada a produzir efeitos irreversíveis no plano material.²⁶⁰

Estes efeitos, todavia, poderão ficar suspensos pela interposição de recurso.

correm risco de dano pela demora do processo, o mesmo não se pode dizer em relação aos efeitos práticos que o titular da pretensão tem em mira alcançar com apoio no provimento judicial” (*Tutela jurisdicional de urgência*, pp. 15-16).

²⁶⁰ Não se ignora, obviamente, a possibilidade de a decisão ser substituída por força do provimento de eventual recurso. A expressão “definitiva” é empregada para estabelecer contraposição à tutela provisória.

Completamente diferente é a hipótese regulada pelos art. 294 e ss. Primeiro porque não acarreta a solução definitiva e irreversível da situação litigiosa. Além disso, configuradas as circunstâncias que autorizam sua concessão, os efeitos serão antecipados imediatamente, ainda que interposto recurso dotado de efeito suspensivo.²⁶¹

Nada impede, porém, que, concomitantemente, estejam presentes os requisitos de ambas, o que tornaria possível cumulá-las, ou seja, julgar antecipadamente o litígio e antecipar os efeitos da decisão.²⁶²

Segundo dispunha o art. 373, § 6º, do Código de 1973, a ausência de impugnação especificada dos fatos (CPC/73, art. 302) autorizava a antecipação de efeitos da sentença. Não se tratava, como já visto, da própria tutela final, o que implicaria verdadeiro julgamento parcial antecipado.²⁶³ Não foi essa a opção adotada pelo legislador de então.²⁶⁴ Nessa medida, podia o juiz, durante o desenvolvimento do processo, concluir pela inexistência do direito, inclusive quanto à parte incontroversa, e julgar improcedente a pretensão, com a consequente cassação da tutela antecipada. Na grande maioria dos casos, todavia, ao

²⁶¹. Cfr. Arruda Alvim, “Tutela antecipatória”, pp. 32 e ss.

²⁶². Verificada qualquer das situações reguladas pelo art. 355 do estatuto processual, pode o processo ser extinto com julgamento de mérito, sem necessidade de realização de prova. Também pode ocorrer que, nessa oportunidade, ocorra qualquer das situações que autorizam a tutela antecipada. A doutrina já apontava essa possibilidade no Código anterior: “Se se caracterizar hipótese de julgamento antecipado da lide, e se cumulativamente configurar-se o pressuposto do art. 273, I, ou, ainda, tanto o do n. I, quanto do II, do art. 273, não parece razoável que, pelo julgamento antecipado, porque houve revelia (e o quadro fático apresentasse convincente aos olhos do juiz), ou, se o quadro fático é controvertido, mas desnecessita de prova oral ou pericial, se também configurados pressupostos à antecipação da tutela, e, portanto, a isso tendo direito a parte, que o juiz não a conceda” (Arruda Alvim, “Tutela antecipatória”, p. 24).

²⁶³ V. n. 3.19.

²⁶⁴. Nesse sentido, Mantovanni Colares Cavalcante, “Redimensionando o julgamento antecipado”, p. 107.

menos a parte incontroversa era acolhida, mantendo-se a antecipação e a respectiva eficácia.

Por força dessa regra, a parcial ausência de controvérsia, por si só, autorizava a antecipação de efeitos da tutela, ainda que não verificada qualquer das hipóteses dos incisos I e II do art. 273.

Nas edições anteriores deste trabalho, vigente o Código de 1973, fiz a seguinte observação: “Por essa razão, aliás, deveria o legislador ter considerado situação mais abrangente, caracterizada pela total falta de controvérsia causada pela revelia, possibilitando que o julgamento antecipado com esse fundamento fosse imediatamente eficaz, não obstante apelável a sentença. Se a inexistência de controvérsia a respeito de parte do pedido justifica a antecipação, com maior razão a procedência integral da pretensão, por força da revelia, não deveria ser alcançada pelo efeito suspensivo da apelação. Ainda falta, portanto, um inciso ao art. 520.”²⁶⁵

Nesse ponto, houve substancial alteração no regime legal. Verificada a ausência de controvérsia em relação a parte do pedido ou a desnecessidade da prova a respeito, haverá julgamento antecipado parcial do mérito (CPC/2015, art. 356). Trata-se de decisão interlocutória de mérito, pois não encerra a fase cognitiva do processo (CPC, art. 203, § 1º), passível de impugnação mediante agravo de instrumento (CPC, arts. 356, § 5º e 1.015, inciso II) e imediatamente eficaz (CPC, art. 356, § 2º).

Não obstante as novas regras, mantém-se a crítica feita no parágrafo anterior, quanto à necessidade de o julgamento antecipado total do mérito ser eficaz, mesmo se interposta apelação. As situações são

²⁶⁵. A respeito do tema, v. Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia das decisões*, pp. 246-254.

substancialmente iguais. Nesse caso, o recurso não deveria ser dotado de efeito suspensivo.

3.13. *Momento da antecipação, natureza da decisão e recurso*

A tutela provisória de urgência, antecipada ou cautelar, cujo objetivo é assegurar a utilidade do provimento definitivo, pode ser determinada a qualquer momento, mesmo antes da citação ou em sede recursal. Basta a demonstração dos requisitos legais, isto é, a verossimilhança e a situação de perigo. A liminar é expressamente prevista para qualquer das espécies de tutela de urgência (CPC, art. 300, § 2º).²⁶⁶ Se já presentes os pressupostos legais no momento da propositura da ação, nada impede seja a antecipação concedida antes mesmo do ingresso do réu no processo.

Nem mesmo a exigência do contraditório prévio constitui empecilho insuperável à posição ora adotada (CPC, art. 9º, parágrafo

²⁶⁶. Inexistente regra expressa no Código anterior em relação à tutela antecipada, havia discussão a respeito. No sentido do texto, Kazuo Watanabe, “Tutela antecipatória”, pp. 34-35; Antônio Cláudio Costa Machado, *A tutela antecipada na reforma*, pp. 37-38; Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia das decisões*, p. 238; Eduardo Arruda Alvim, *Tutela antecipada*, p. 105; TJSP, 8ª C. Dir. Privado, AI 255.968-4/7, rel. Des. Silvio Marques Neto, j. 27.11.02, v.u. Coerente com as premissas que estabeleceu, no sentido de aplicar-se à tutela antecipada o mesmo regime da cautelar, Dinamarco já propunha fosse aplicado o disposto no art. 804 do CPC a ambas as medidas: “Não há razão para negar a pronta admissibilidade das antecipações, logo no momento de apreciar a petição inicial, porque às vezes o adiamento da decisão pode ser fatal e tornar inútil qualquer propósito de evitar a consumação de situações indesejáveis” (“O regime jurídico”, n. 16); Sérgio Bermudes, *A reforma*, p. 36.

único, inciso I). Tal solução, excepcional evidentemente, não implica supressão a essa garantia constitucional do processo, pois a parte contrária, ao tomar conhecimento da medida, possui meios eficazes para alterá-la. E o princípio em questão, como, de resto, todos os demais, deve ser analisado em conformidade com os escopos maiores do sistema processual.²⁶⁷

Embora admissível a antecipação antes de o réu integrar o contraditório, tal solução revela-se absolutamente excepcional, pois o juiz terá, como elementos de informação, apenas a visão unilateral do fenômeno apresentada pelo autor. Mas, em casos extremos, pode a situação mostrar-se verossímil de plano. Imagine-se, por exemplo, determinada tese de direito da qual se convença o julgador amparado por orientação jurisprudencial amplamente majoritária. Aqui, havendo risco de lesão grave, a antecipação dos efeitos será possível, mesmo antes da citação.²⁶⁸

²⁶⁷. Como acertadamente ponderou Barbosa Moreira ao abordar a questão no regime anterior, se para atingir os fins do processo for indispensável antecipar os efeitos da tutela antes da citação, o princípio do contraditório deve ser interpretado de forma tal que não impeça a incidência desse instituto. Nesse ponto, aliás, invoca o ilustre professor a possibilidade de que tal ocorra em outras hipóteses, citando como exemplo exatamente o processo cautelar. Embora não tenha estabelecido absoluta identificação as duas modalidades de tutela provisória (cautelar e antecipada), reconheceu semelhanças entre elas. Por isso concluiu: “Se lá é possível, aqui também deve ser, porque, em certa medida, os dois tipos de providências visam não ao mesmo fim, mas a fins análogos: permitir a realização da boa justiça, de tal maneira que ela seja praticamente eficaz e não apenas teoricamente eficaz” (“A antecipação da tutela”, p. 207). V. tb. Athos Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, pp. 79-80; Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, *Tutela antecipada sancionatória*, pp. 82-83; Humberto Theodoro Júnior, *Tutela jurisdicional de urgência*, pp. 13-14). No sentido do texto, v. tb. AI n. 255.968-4/7, TJSP, 8ª C. de Dir. Priv., rel. Des. Sílvio Marques Neto, j. 27.11.02, v.u.

²⁶⁸. Cfr. AI 735.858-9-São Paulo, 1ª TACivSP, 12ª C., rel. Juiz Campos Mello, j. 8.5.97, v.u., no qual se admitiu, em tese, a antecipação sem audiência da parte contrária, mas apenas em casos extremos. V. tb. AI 6.380-MT, TJMT, 1ª C. Cível, rel. Des. Salvador Pompeu de Barros Filho, j. 12.8.96, v.u. Neste acórdão concluiu-se pela possibilidade de concessão da medida liminar, em princípio, apenas na hipótese do art. 461 do CPC/73, o que não me pareceu

Como critério para verificação da necessidade de antecipação dos efeitos *inaudita altera parte*, pode o julgador orientar-se pela seguinte regra: apenas concederá a tutela antecipada sem a presença do réu se sua convocação prévia prejudicar a eficácia da medida.²⁶⁹

Nessa linha, a hipótese do art. 273, inciso II, do Código de 1973, segundo a qual a antecipação também era admissível se configurado abuso do direito de defesa ou propósito protelatório do réu, somente poderia ocorrer após a resposta.²⁷⁰ Essa conclusão foi expressamente adotada pelo legislador de 2015, que previu a situação como modalidade de tutela da evidência e excluiu expressamente a possibilidade de liminar (art. 311 e parágrafo único).

Na última edição deste estudo, quando ainda vigorava o Código

correto, pois se trata de tutelas da mesma espécie e que devem ser submetidas a regime jurídico único. Em recurso, por mim relatado, concedeu-se a tutela antecipada para sustar expedição de carta de arrematação ou de adjudicação, pois se discutia a nulidade da execução extrajudicial, fundada nos arts. 31 a 38 do decreto-lei n. 70, de 21.11.66, cuja inconstitucionalidade fora reconhecida pelo 1^a Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que editou a respeito a Súmula 39. Nesse caso, considerou-se suficientemente verossímil a tese jurídica, possibilitando a tutela antecipada antes da citação (cfr. AI n. 769.791-4-SP, 1^a TACSP, 12^a C., j. 24.3.98). João Batista Lopes também admitia a medida liminar em caráter excepcional, na vigência do Código anterior (*Tutela antecipada*, p. 99).

²⁶⁹. É o critério introduzido no sistema italiano pela reforma de 1990 (cfr. Maria Francesca Ghirga, “Principi generali”, p. 497). Já se concedeu tutela antecipada antes da citação, para suspender a exigibilidade de imposto declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (AI 955.166-6-SP, 1^a TACivSP, 12^a C., rel. Juiz Souza Oliveira, j. 19.9.00. Além do elevado grau de probabilidade de existência do direito, a situação revela risco de dano de difícil reparação, pois, se procedente a demanda, eventual pagamento do tributo seria passível de repetição. Mas, como o Poder Público jamais cumpre espontaneamente suas obrigações, seria necessária a propositura de demanda, ficando o credor sujeito à ordem dos precatórios. Ou seja, só depois de muito tempo receberia de volta o que pagou indevidamente.

²⁷⁰. Assim também entendem Kazuo Watanabe (“Tutela antecipatória”, p. 36) e Barbosa Moreira (“A antecipação da tutela”, p. 206). Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes entende possa a medida ser pleiteada na inicial, pois o manifesto propósito protelatório pode revelar-se antes da propositura da ação. Mas a concessão somente seria possível após a resposta, ante a ausência de perigo (*Tutela antecipada sancionatória*, pp. 84-85).

anterior, imaginei situação que, a meu ver, justificava a tutela antecipada no caso de abuso do direito de defesa, hoje, repito, regulada como tutela da evidência. Considero difícil ou praticamente impossível sua caracterização antes de iniciado o processo. Eventual comportamento da parte no plano material não pode servir de fundamento ao pedido de antecipação. Mas, proposta a ação, pode a parte apontada para ocupar o polo passivo praticar atos protelatórios antes mesmo da citação. Basta imaginar a hipótese de citação com hora certa (CPC, arts. 252-253). Haverá situações em que a ocultação do citando, se manifesta, revela nítido intuito protelatório, autorizando a concessão da medida provisória de urgência, se demonstrado o perigo de dano grave e de difícil reparação. Nada obsta, todavia, venha o juiz reconsiderar a decisão inicial, por considerá-la equivocada (CPC, art. 296).

A incidência do instituto é mais frequente em primeiro grau. Aliás, uma das tendências verificadas do sistema processual em vigor é a ampliação dos poderes do juiz, visando sempre à efetividade da tutela.

Nada obsta, todavia, se verificados os pressupostos legais, seja a tutela provisória, antecipada ou cautelar, concedida em segundo grau (CPC, art. 299, parágrafo único).²⁷¹ Nesse caso, a parte interessada pode encaminhar petição ao relator ou ao Presidente do Tribunal, pleiteando a concessão da medida. O deferimento em favor do apelado implicará a imediata eficácia da sentença, suspensa em razão do recurso.²⁷²

²⁷¹. Essa era a conclusão de Arruda Alvim no sistema do Código anterior, reportando-se a afirmação de Giuseppe Tarzia, feita à luz da reforma do processo civil italiano (cfr. “Tutela antecipatória”, p. 19). No mesmo sentido, Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia das decisões*, p. 246.

²⁷². V. nota 205, onde reproduzo decisão proferida na vigência do Código de 1973, na qual antecipei eficácia de sentença condenatória, suspensa em razão de apelação. No mesmo

Cheguei a concordar com orientação jurisprudencial, segundo a qual esse raciocínio não poderia ser adotado no âmbito do recurso especial, porque a tutela provisória, especialmente se antecipada, tem como requisito a prova inequívoca da verossimilhança, exame não compatível com a natureza dessa via de impugnação.²⁷³ Reconsidero esse entendimento. Nada obsta a existência de probabilidade de a tese jurídica sustentada nessa via estar correta, o que possibilita a antecipação dos efeitos da tutela recursal. Daí por que a concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial (art. 1.029, § 5º) deve ser entendida em sentido amplo, para abranger também a admissibilidade de serem antecipados os efeitos do respectivo recurso.

Também nada impede, evidentemente, que a antecipação seja deferida próprio julgamento final e definitivo.²⁷⁴

Nesse caso, surge o problema do recurso de apelação,

sentido, já se decidiu pela possibilidade de concessão da tutela antecipada em recurso, mediante simples petição dirigida ao relator, visando ao não recolhimento de imposto cuja exigibilidade é discutida em mandado de segurança. Destacou o eminente relator ser possível a medida de urgência, desde que presentes os requisitos legais: “E para tanto, não me afinco à forma precisa – matéria que vem suscitando acalorados debates, tanto na doutrina quanto nos pronunciamentos dos Tribunais – seja por entenderem cabível a medida cautelar, eventualmente o mandado de segurança ou até mesmo simples requerimento ao Relator. Volto-me, com afinco, para natureza instrumental do processo, porém, sublinhando – sem perder de vista os imperativos requisitos de que trata o art. 273 do CPC. Daí, porque reputo possível o conhecimento da petição avulsa, ora distribuída a esta Relatoria, com esta finalidade albergada” (Petição n. 2000.05.01.020537-3, Des. Federal Rogério Vieira de Carvalho).

²⁷³. “O Superior Tribunal de Justiça destina-se a interpretar o direito federal e a uniformizar a jurisprudência. Parte, assim, das questões jurídicas nascidas nas instâncias ordinárias. Não vejo como desafiar o exame da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação. São pressupostos que se encontram, basicamente, no domínio dos fatos. Repetindo, ao chegar o processo neste Tribunal, a causa já se encontra julgada nas instâncias ordinárias, sendo o recurso especial, apenas, para que a Corte ofereça a melhor interpretação do direito federal” (REsp n. 451.266-SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJU* 21.2.03, p. 219).

²⁷⁴ Sobre julgamento antecipado do mérito, total ou parcial (arts. 355 e 356), v. últimos

normalmente dotado de efeito suspensivo.

Antecipar tutela na própria sentença pode parecer paradoxal, pois não se antecipa aquilo que já se está concedendo. Ocorre que, como já esclarecido, o instituto da tutela antecipada constitui técnica destinada a antecipar os efeitos da tutela, não ela própria. Como no direito brasileiro a apelação é, em regra, dotada de efeito suspensivo (CPC, art. 1.012), a tutela final permanece ineficaz. Por isso, não deve causar estranheza a providência ser concedida na própria sentença, pois se antecipa a produção de determinados efeitos a ela inerentes, que continuariam suspensos por força da apelação.²⁷⁵

No Código anterior, inexistia regra sobre essa hipótese. Como sempre admiti a natureza cautelar da tutela antecipada, o problema se resolvia, a meu ver, e com certa facilidade, pois o respectivo capítulo da sentença não seria atingido pela suspensividade inerente à apelação. (CPC/73, art. 520, IV).

Mas, ainda que se entendesse de maneira diversa, outra não podia ser a conclusão. Embora a situação não estivesse prevista de modo expresso no art. 520 do Código de 1973, que se referia apenas à confirmação da tutela antecipada (inciso VII), evidentemente deveria ser incluída entre aquelas em que inexistia esse efeito. Se assim não se entendesse, restariam completamente frustrados os objetivos do novo

parágrafo do item anterior.

²⁷⁵. Sobre a admissibilidade de concessão da tutela antecipada na sentença e a ausência de efeito suspensivo da apelação, com fundamentação irrepreensível, inclusive quanto às críticas ao formalismo da posição contrária, cfr. Ricardo de Carvalho Aprigliano, “Os efeitos da apelação”, pp. 269-271. É esse também o entendimento de Carlos Augusto de Assis, *A antecipação da tutela*, p. 168, de Cassio Scarpinella Bueno, *Tutela antecipada*, pp. 76-78, de Fernando César Zeni, “Deferimento do pedido de tutela antecipada”, p. 364 e de João Batista Lopes, *Tutela antecipada*, p. 90.

instituto.²⁷⁶

O Código de 2015 resolveu expressamente a questão ao considerar imediatamente eficaz a sentença que “conforma, concede ou revoga tutela provisória” (art. 1.012, inciso V). Assim, a apelação não é dotada de efeito suspensivo em relação ao que, na sentença, fora objeto de tutela provisória, antecipada ou cautelar.

Aliás, a antecipação concedida na própria sentença tem como consequência exatamente retirar o efeito suspensivo da apelação. No que se refere aos efeitos antecipados, o julgamento é, pois, imediatamente eficaz, ainda que suscetível de apelação.

Para obtenção desse resultado, não há necessidade de decisão interlocutória em separado, como se chegou a sustentar no regime processual anterior. A exigência não se coaduna com a eliminação de formalidades desnecessárias, nem constitui demonstração de boa técnica processual. Nada obsta que a sentença contenha vários capítulos, cada um versando determinado aspecto da relação material, inclusive a necessidade de antecipar os efeitos da tutela final.²⁷⁷ E se houver omissão quanto à

²⁷⁶. Com inteira razão Arruda Alvim, que aplicava o mesmo raciocínio para os embargos infringentes (cfr. “Tutela antecipatória”, p. 25). No mesmo sentido Teori Albino Zavascki, *Antecipação da tutela*, pp. 79-80. Luiz Guilherme Marinoni sustentava, com bastante propriedade, a necessidade de a sentença ser imediatamente exequível sempre, dotando-se o recurso de efeito suspensivo apenas excepcionalmente (cfr. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado*, pp. 184 e ss.). Como bem observava Eduardo Arruda Alvim, “esse inc. VII do art. 520, *dixit minus quam voluit*. Evidentemente, se o juiz antecipar a tutela na sentença, a apelação será, em princípio, recebida apenas no efeito devolutivo” (*Tutela antecipada*, p. 254).

²⁷⁷. Contra, Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia das decisões*, p. 245; TJSP, 9ª C. de Dir. Priv., AI n. 202.164.4-5, rel. Des. Ruiter Oliva, j. 22.5.01, v.u. Flávio Cheim Jorge, acertadamente, já admitia seja a tutela antecipada concedida na própria sentença. Equivocou-se, todavia, o brilhante processualista capixaba, ao afirmar que o ato não perde a característica de interlocutória (“Os recursos em geral”, p. 78, nota 34). Respeitado esse entendimento, decisão interlocutória não punha termo ao processo. No caso, a deliberação a respeito da

admissibilidade ou não da medida, pode a parte obtê-la mediante embargos de declaração.²⁷⁸

Nessa linha, seria mesmo irrelevante eventual omissão do legislador. Antecipar total ou parcialmente a eficácia prática da sentença constitui providência incompatível com o efeito suspensivo do recurso, o que se revela suficiente para não se concedido.²⁷⁹

Como já afirmei na vigência do Código de 1973, a lei 10.352/2001, acrescentou o inciso VII ao art. 520, esclarecendo não possuir efeito suspensivo a sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela. Imaginou o legislador a concessão da medida de urgência

tutela antecipada integra o conteúdo de ato que produzia esse efeito e, por isso, era denominado *sentença*. Bem ou mal, o legislador brasileiro concebia os atos decisórios de primeiro grau à luz do critério finalista. Se a questão era solucionada em capítulo da sentença, não podia manter a característica de interlocutória. Basta lembrar que a rejeição de preliminar suscitada na contestação pode configurar decisão interlocutória – se o juiz examinar a matéria durante o curso do processo –, ou sentença – caso ele deixe para enfrentá-la ao final. Também admitiam expressamente a tutela antecipada na sentença José Rogério Cruz e Tucci (*Lineamentos...*, p. 107); Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (*Breves comentários...*, pp. 99-100); Cândido Dinamarco (*Nova era*, pp. 81-82); Athos Gusmão Carneiro (*Da antecipação*, pp. 91-94); Eduardo Talamini (“Recorribilidade”, p. 294). Nesse sentido, TJSP, 5ª C. Dir. Público, AI 326.202.5/8, rel. Des. Ralpho Oliveira, j. 22.5.03, v.u. O Código de 2015 impõe seja feita ressalva ao conteúdo desta nota. Hoje, sentença não põe termo ao processo, mas à respectiva fase cognitiva (art. 203, § 1º).

²⁷⁸. STJ, 4ª T., REsp 279.251-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 15.2.01, v.u.

²⁷⁹. Nesse ponto, solução diversa proposta por Marinoni, com a devida vênia, não parece a mais adequada (cfr. “A reforma do CPC e a efetividade do processo”, p. 87). Já se decidiu ser inadmissível a concessão de efeito suspensivo simultaneamente à sentença, ainda que em ato materialmente diverso, por implicar subtração indevida ao efeito suspensivo da apelação (Agr 149.513-4-SP, TJSP, 10ª C. de Direito Privado, rel. Des. Quaglia Barbosa, j. 9.5.00, v.u.). V., ainda, Athos Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, pp. 83-84. Tal conclusão, não obstante respeitável, não parece correta, pois confere maior relevância à técnica relativa aos efeitos da apelação, em detrimento da garantia constitucional de acesso à tutela adequada. Mais uma vez acertada a solução adotada por Cândido Dinamarco, para quem deve ser incluído na própria sentença capítulo concernente à tutela antecipada, que não configura, evidentemente, decisão interlocutória, pois o ato é um só: sentença. Nessa linha, o recurso cabível é o de apelação, não dotado de efeito suspensivo em relação ao mencionado capítulo (cfr. “O regime jurídico”, ns. 16 e 17).

no curso do processo, mediante decisão interlocutória. Julgado procedente o pedido, o capítulo da sentença em que o juiz confirmasse a antecipação, e apenas ele, não seria alcançado pelo efeito suspensivo da apelação.

Ora, solução idêntica deveria ser adotada nas hipóteses em que o juiz concedesse a antecipação da tutela na própria sentença. Este capítulo seria imediatamente eficaz, incidindo o efeito suspensivo sobre os demais, não abrangidos pela tutela antecipada.²⁸⁰

Hoje, o raciocínio tem finalidade meramente acadêmica, ante o texto expresso de lei no sentido da conclusão aqui defendida: eventual capítulo da sentença versando sobre tutela provisória antecipada é abrangido pela extensão do efeito devolutivo da apelação, desprovida, nesse aspecto, de efeito suspensivo (CPC/2015, art. 1.012, inciso V).

Jamais cogitei, por considerá-la absolutamente incompatível com o sistema recursal, a admissibilidade de o capítulo da sentença em que o juiz concede a antecipação da tutela ser impugnado mediante agravo. Esse recurso é adequado para atacar decisão interlocutória, ou seja, ato mediante o qual o juiz resolve questões incidentes, sem colocar fim à fase cognitiva. No caso, ela é extinta e, portanto, o ato decisório configura sentença. Não importa seu conteúdo, ou se nele foram resolvidas questões que também poderiam ser objeto de decisão autônoma. Poderiam, mas não foram.²⁸¹

²⁸⁰. Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci (*Lineamentos...*, p. 107); Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (*Breves comentários...*, p. 104); Joel Dias Figueira Júnior, *Comentários...*, p. 112.

²⁸¹. Não obstante, como informa Carlos Augusto de Assis (*A antecipação...*, p. 169) há entendimento de que, se antecipada a tutela na sentença, cabível agravo dessa parte. Embora o autor rejeite essa solução, o argumento utilizado não me parece correto. Não se trata de a apelação absorver interlocutória proferida por ocasião da sentença, mas de sentença única, com capítulos aptos, em tese, a ensejar interlocutória, se tivesse o juiz enfrentado a questão no

A conclusão, com maior razão, não comporta alteração, tendo em vista o disposto no art. 1.012, V, do CPC/2015. Era perfeitamente sustentável, todavia, no sistema anterior. Segundo a última redação do art. 162, § 1º, c.c. o art. 269, o ato decisório era considerado sentença se, extinguindo ou não o processo, tivesse conteúdo de mérito.

Pois bem. O acolhimento da pretensão do autor configurava resolução de mérito (art. 269, I). Era, portanto, sentença (art. 162, § 1º). Não importava fossem resolvidas em seu bojo questões suscetíveis de decisão interlocutória, como o afastamento de preliminares, o indeferimento de prova ou a antecipação de efeitos da tutela. Se o conteúdo do ato correspondesse a uma das hipóteses do art. 269, seria sentença, ainda que examinados outros aspectos de natureza processual.²⁸²

Fixada essa premissa, adequado era o recurso de apelação (CPC/73, art. 513).

Embora ausente (CPC/73, art. 520, VII), o efeito suspensivo podia ser concedido, nos termos do art. 558, parágrafo único. Cabia ao recorrente requerê-lo na petição de interposição. Eventual decisão contrária era passível de agravo de instrumento (CPC/73, art. 522).²⁸³

curso do processo. V. tb. nota anterior e Cassio Scarpinella Bueno, *Tutela antecipada*, pp. 86-88.

²⁸². Nesse sentido, argumentando com o princípio da unirrecorribilidade, Eduardo Arruda Alvim, *Tutela antecipada*, pp. 240 e 274-276. Contra, entendendo configurar decisão interlocutória o capítulo do ato judicial em que se determina a antecipação, visto que seu conteúdo não se subsume a nenhuma das hipóteses dos artigos 267 e 269, não configurando, portanto, sentença, v. Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, *Tutela antecipada sancionatória*, pp. 85-86 e João Batista Lopes, *Tutela antecipada*, pp. 91-92.

²⁸³. Cfr. Cassio Scarpinella Bueno, *Tutela antecipada*, pp. 89-90 e Eduardo Arruda Alvim, *Tutela antecipada*, pp. 242 e 277.

Não obstante isso, considerando a existência de divergências a respeito do recurso cabível contra o capítulo da sentença em que concedida a antecipação de efeitos da tutela final, o que podia causar perplexidade no profissional que pretendesse impugnar especificamente esse capítulo, admiti a incidência do princípio da fungibilidade recursal, embora convicto quanto à adequação da apelação.²⁸⁴

²⁸⁴. Fiquei vencido no julgamento de agravo de instrumento, com a seguinte declaração de voto: “Com o respeito de sempre, ousou divergir da ilustrada maioria. Embora concorde com o eminente Relator quanto à possibilidade de a tutela antecipada ser concedida na sentença e à adequação do recurso de apelação para impugná-la, não posso ignorar posição diversa sustentada por parte da doutrina e da jurisprudência. Não obstante tenha absoluta convicção, tanto quanto o Des. Thiers Fernandes Lobo, sobre a inexistência de decisão interlocutória autônoma no bojo da sentença, sendo a apelação o recurso adequado para impugnar um dos capítulos do ato decisório único, no qual deliberou-se sobre a antecipação dos efeitos da tutela, tenho de admitir a incidência do princípio da fungibilidade, ante a existência de dúvida objetiva, ainda que a considere absolutamente infundada. Isso porque há dúvida objetiva a respeito da natureza do ato impugnado e, em consequência, do recurso adequado. Aliás, nem mesmo se pode falar em erro escusável. Na verdade, houve adoção de uma das posições possíveis a respeito da matéria (cfr. REsp n. 44.796-SP, STJ, 4ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 23.11.99, in *DJU* de 21.2.00, p. 125; REsp n. 192.987-RS, STJ, 6ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 29.4.99, in *DJU* de 7.6.99, p. 138; v. tb. AI n. 272.459-1-São Paulo, TJSP, 7ª C. de Direito Privado, rel. Des. Souza Lima, j. 7.2.96, v.u.). A situação em análise encontra-se, portanto, entre aquelas em que há controvérsia sobre a natureza do pronunciamento judicial, causando a denominada dúvida objetiva e tomando possível o conhecimento de um recurso interposto em lugar de outro. O princípio da fungibilidade somente será inaplicável quando inexistente dúvida fundada sobre a natureza do provimento (Flávio Luiz Yarshell, ‘A fungibilidade recursal e a nova disciplina do agravo’, in *Revista do advogado* 48, julho/1996, p. 61; nesse sentido: AI n. 7.029.806-1-Rio Claro, TJSP, 22ª C. de Direito Privado, j. 22.11.05; AI n. 990.497-8-Marília, 1ª TACSP, 12ª C., j. 15.5.01, v.u.). Assim, pelo meu voto, o recurso deve ser conhecido” (voto vencido no TJSP, 22ª C. de Direito Privado, AI 7.029.762-4-Jundiaí, rel. Des. Thiers Fernandes Lobo, j. 11.10.05, m.v.). Posteriormente, alterou-se o entendimento da Câmara sobre a incidência do princípio da fungibilidade nessas situações. Na oportunidade, proferi o seguinte voto e fui acompanhado pelo demais integrantes da Turma Julgadora: “Em 1º grau de jurisdição, dois são os atos judiciais com conteúdo decisório: decisão interlocutória e sentença. Até a vigência da lei 11.232, de 2005, distinguiam-se não por seu conteúdo, mas pelos efeitos produzidos no processo (CPC, art. 162). Este era o critério legal, ainda que passível de críticas. Se do pronunciamento judicial resultasse a extinção do processo, seria sentença, independentemente da natureza das questões resolvidas. Caso contrário, tratava-se de decisão interlocutória. O critério agora é outro. Sentença é todo decisório cujo conteúdo esteja previsto nos incisos dos artigos 267, desde que dele resulte a extinção do processo, e 269, independentemente dos efeitos gerados na relação processual (art. 162, § 1º). Nessa linha, ao acolher a demanda e pôr fim à relação processual, o MM. Juiz proferiu sentença. Irrelevante se, em seu bojo, negou a

Pela mesma razão, pareceu-me conveniente aceitar fosse o pedido de efeito suspensivo à apelação dirigido diretamente ao tribunal, quer mediante simples petição, normalmente autuada como cautelar originária, quer pela via do mandado de segurança.²⁸⁵

O Código de 2015 eliminou mais essa controvérsia doutrinária e

imediate expedição do mandado de reintegração. Trata-se de um dos capítulos do ato judicial único. Não obstante tenha este relator absoluta convicção sobre a inexistência de decisão interlocutória autônoma no bojo da sentença, sendo a apelação o recurso adequado para impugnar um dos capítulos do ato decisório único no qual se deliberou sobre a antecipação dos efeitos da tutela, necessário admitir a incidência do princípio da fungibilidade, ante a incerteza objetiva a respeito da natureza do ato impugnado e, em consequência, do recurso adequado. Essa conclusão decorre da existência de posição doutrinária, acatada por parcela da jurisprudência, no sentido de ser agravo o recurso cabível contra a concessão de tutela antecipada na sentença (cfr. João Batista Lopes, *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, RT, 3ª ed., p. 91, que se reporta a acórdão do TJSP, proferido no AI n. 184.190-4-Campinas, 2ª C. Dir. Priv., rel. Des. J. Roberto Bedran, j. 6.2.01, v.u.; Edgard Antonio Lippmann Jr., 'Aspectos do agravo de instrumento contra antecipação de tutela concedida em sentença definitiva', in *RePro* n. 92, pp. 34-35; Matheus Corredato Rossi, 'O meio adequado de impugnação à tutela antecipada concedida com a sentença', *RT*, vol. 817, p. 113; José Eulálio Figueiredo de Almeida, 'Concessão do pedido de tutela antecipatória na própria sentença', *RT*, vol. 774, p. 107; Paulo Afonso Brum Vaz, *Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência*, Livraria do Advogado, 2002, p. 206). O tema é controvertido, como informa Cássio Scarpinella Bueno, que já seguiu tal orientação, embora tenha alterado seu entendimento (*Tutela Antecipada*, Saraiva, 2004, pp. 86-88). Aliás, nem mesmo se pode falar em erro escusável. Na verdade, houve adoção de uma das posições possíveis a respeito da matéria (cfr. REsp n. 44.796-SP, STJ, 4ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 23.11.99, in *DJU* de 21.2.00, p. 125; REsp n. 192.987-RS, STJ, 6ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 29.4.99, in *DJU* de 7.6.99, p. 138; v. tb. AI n. 272.459-1-SP, TJSP, 7ª C. Dir. Priv., rel. Des. Souza Lima, j. 7.2.96, v.u.). A situação em análise encontra-se, portanto, entre aquelas em que há controvérsia sobre a natureza do pronunciamento judicial, causando a denominada dúvida objetiva e tornando possível o conhecimento de um recurso interposto em lugar de outro. O princípio da fungibilidade, somente será inaplicável quando inexistente dúvida fundada sobre a natureza do provimento (Flávio Luiz Yarshell, 'A fungibilidade recursal e a nova disciplina do agravo', in *Revista do Advogado* n. 48, julho/96, p. 61; nesse sentido: AI n. 7.029.806-1-Rio Claro, TJSP, 22ª C. Dir. Priv., j. 22.11.05; AI n. 990.497-8-Marília, 1ª TACSP, 12ª C., j. 15.5.01, v.u.). Assim, conhece-se do recurso" (TJSP, 22ª C. Dir. Privado, AI 7.280.966-8-Ubatuba, j. 21.10.08, v.u.).

²⁸⁵. TJSP, 1ª C. de Direito Público, MC 343.377-5/0-São Paulo, j. 21.9.04; 1ª TACSP, 12ª C., MS 1.030.990-9. João Batista Lopes refere-se expressamente à admissibilidade de a tutela antecipada ser concedida em segundo grau e imagina hipótese, já concretizada em recurso por mim relatado, cujo acórdão teve efeitos antecipados por decisão monocrática reproduzida na nota 153 deste capítulo (cfr. *Tutela antecipada*, p. 124). V. tb. Eduardo Arruda Alvim, *Tutela antecipada*, p. 277.

jurisprudencial, sempre visando à eliminação de óbices processuais à solução da crise de direito material.

3.14. *Eficácia imediata da tutela provisória antecipada: aparente paradoxo*

Inexiste qualquer incompatibilidade entre a eficácia imediata da tutela antecipada, antes mesmo do julgamento final, e a suspensão da eficácia da sentença sujeita a apelação.

À primeira vista pode parecer mesmo estranho, especialmente nas hipóteses de concessão liminar da medida de urgência, que o pronunciamento judicial fundado em mero juízo de verossimilhança, precedido de atividade cognitiva superficial, seja apto a produzir efeitos, enquanto a produção dos efeitos da sentença, antecedida de cognição exauriente, tenha de aguardar o julgamento da apelação.

Nas hipóteses em que a apelação é dotada de efeito suspensivo, o que constitui a grande maioria (art. 1.012, *caput*), ou naquelas em que a sentença está sujeita à remessa necessária (art. 496), o próprio ato final do processo, embora fundado em cognição plena, não produz os efeitos enquanto não julgado o recurso.

O legislador, ao autorizar a imediata antecipação de efeitos pela via da tutela provisória de urgência, optou por um dos dois valores

constitucionais do processo: a efetividade.²⁸⁶

Nessa medida, toda vez que houver risco efetivo para o resultado da atividade jurisdicional, que pode tornar-se completamente inútil em razão do tempo, sacrificam-se postulados ligados à segurança jurídica para garantir a efetividade da tutela.

Por isso, inexistente o aparente paradoxo entre essa situação, gerada pela tutela antecipada, e a ineficácia da sentença sujeita a recurso. Esta representa a conclusão do devido processo constitucional e legal, após a observância de as garantias a ele inerentes. Incorpora, além do mais, o juízo de certeza do julgador, obtido mediante cognição exauriente da realidade fático-jurídica discutida nos autos. Mas, inexistente risco para a efetividade prática desse resultado, optou o legislador por mantê-la ineficaz até o trânsito em julgado. Predomina aqui, de forma quase absoluta, o valor segurança jurídica.

O cerne da questão reside no fato de a antecipação de urgência ser aconselhável em razão de outras circunstâncias, quais sejam, perigo de dano ou risco para o resultado útil do processo. Para que tal ocorra, porém, é necessário haver elementos que revelem a probabilidade do direito (art. 300).

Esse é o motivo por que a sentença pode manter-se ineficaz até o julgamento da apelação: não é necessária a antecipação dos efeitos.

Apesar de precedida de cognição superficial e sem a garantia da ampla defesa prévia, a tutela antecipada é imediatamente eficaz em função do valor a ser preservado. No conflito entre segurança e efetividade, o legislador resolveu abrandar aquela, para que não houvesse sacrifício total

²⁸⁶. Teori Albino Zavascki, “Antecipação da tutela e colisão”, p. 154.

desta última. Essa eficácia é eminentemente prática, ou seja, atinge o plano material, implicando realização dos efeitos substanciais da futura e eventual sentença.

Mas, se presentes os requisitos para a medida excepcional no momento do julgamento, deverá o juiz acolher definitivamente a pretensão e antecipar os efeitos do provimento. Muito mais do que verossimilhança, já existe juízo de certeza, fundado em cognição plena.

Haveria, evidentemente, maior coerência sistemática se o legislador brasileiro tivesse adotado, a exemplo do italiano, a regra da imediata executividade da sentença de primeiro grau.

Na Itália as hipóteses esparsas de antecipação de efeitos da tutela vêm sempre acompanhadas da possibilidade de a sentença ser executada ainda que interposto recurso. Isso ocorre, por exemplo, na antecipação em favor do trabalhador, regulada pelo art. 423 do c.p.c. A respectiva sentença final pode ser executada de plano (art. 431). Também a situação prevista pelo art. 186-*ter*, que trata de antecipação de efeitos, foi introduzida na legislação pela Lei 353/90, que alterou ainda o sistema quanto à executividade imediata da sentença, admitindo-a como regra geral.

Nessa medida, seria melhor que, além da antecipação dos efeitos da tutela, tivesse o legislador adotado a solução proposta pela Comissão nomeada pelo Senado para elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil, segundo a qual a apelação não seria dotada de efeito suspensivo, salvo se concedida pelo relator ante a probabilidade de provimento do recurso (art. 908, § 1º). O substitutivo da Câmara dos Deputados, todavia, adotou solução diametralmente oposta (art. 1.025),

que acabou aprovada (CPC/2015, art. 1.012). I

De qualquer modo, se confirmada, concedida ou revogada a tutela provisória na sentença (antecipada ou cautelar), o respectivo capítulo não é alcançado pelo efeito suspensivo da apelação (CPC, art. 1.012, inciso V). A solução legal atende à lógica. Se a antecipação de efeitos da tutela final, quando admissível, implica a possibilidade de a parte obter satisfação imediata, não se justifica que a apelação interposta contra a sentença proferida ao final, favorável ao beneficiário da antecipação, tenha força suficiente para suspender a eficácia já produzida.²⁸⁷

. Nessa medida, se apenas alguns efeitos da tutela final foram antecipados mediante decisão interlocutória, os demais serão alcançados pelo efeito suspensivo da apelação. Em síntese, os capítulos da sentença não abrangidos pela tutela antecipada anteriormente concedida permanecem ineficazes. Em outras palavras, somente continua produzindo efeitos a decisão interlocutória mediante a qual anteciparam-se efeitos da tutela final. Da mesma forma, se concedida ou revogada a medida na própria sentença.

²⁸⁷. A essa conclusão chegou o ilustre processualista italiano ao examinar o instituto da antecipação no direito brasileiro anterior. Edoardo Ricci também entende que, não obstante seja aconselhável alterar o sistema, para compatibilizar as soluções no plano legislativo, a sentença que confirma o provimento antecipatório imediatamente eficaz deveria ter idêntica eficácia, para estabelecer o necessário nexó sistemático entre a disciplina da decisão e a da tutela antecipatória (cfr. “A tutela antecipatória no direito italiano”, p. 136). Uma das propostas para alteração do Código de 1973 visava a tornar imediatamente exequível a sentença. O efeito suspensivo da apelação teria caráter excepcional, tal como ocorre na legislação atual. A sugestão, todavia, foi rejeitada, limitando-se a lei n. 10.352 a acrescentar o inciso VII ao art. 520. De qualquer modo, continuei entendendo, ao contrário de Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (*Breves comentários...*, p. 100) não haver paradoxo no sistema, pois a eficácia imediata da tutela de urgência decorria de opção do legislador pela efetividade em detrimento da segurança. Se não estivessem presentes as razões que autorizam essa modalidade de tutela jurisdicional, preferiu-se manter ineficaz a sentença até o julgamento da apelação. A escolha era criticável, mas não encerrava contradição. O entendimento aplica-se perfeitamente ao Código de 2015.

A novidade, todavia, já podia ser inferida das regras sobre tutela antecipada do Código anterior, cuja finalidade era e é, exatamente, proporcionar a imediata produção de determinados efeitos, que não podem ser suprimidos após a sentença, precedida de cognição exauriente e fundada em juízo de certeza.²⁸⁸

Admissível, também, a concessão de tutela antecipada após a sentença e antes da interposição de recurso. No Código de 1973, a competência era, a meu ver, do juízo de primeiro grau (CPC, art. 800, parágrafo único).²⁸⁹ Na jurisprudência, todavia, prevaleceu entendimento contrário, isto é, pedido formulado após proferida a sentença deveria ser dirigido ao Tribunal. O legislador atual não ressalva a situação anterior à interposição representada por recurso não interposto. Limita-se a atribuir, nos recursos, o exame do pedido de tutela provisória ao órgão competente para julgar o mérito (CPC/2015, art. 299, parágrafo único). Assim, a competência é do relator (CPC/2015, art. 932, inciso II).

Em suma, a tutela antecipada pode ser concedida a qualquer momento, liminarmente ou no curso do processo, não havendo limite final.²⁹⁰

²⁸⁸. Acertada, portanto, a conclusão de Ricardo de Carvalho Aprigliano, “Os efeitos da apelação...”, pp. 267-269. E Dinamarco acrescenta ser inadmissível o entendimento contrário: “Essa ideia seria tão absurda, que um elementar exercício da lógica do razoável seria suficiente para afastá-la, mesmo sem a explicitude da lei que agora temos” (*A reforma da reforma*, p. 145).

²⁸⁹. TJSP, 22ª C., AI 7.043.896-7, j. 14.2.06, m.v.

²⁹⁰. Moniz de Aragão, embora entendesse possível a concessão a qualquer tempo, afirmava que, se já proferida a sentença, seria caso de execução provisória, não de antecipação. A tutela antecipada, na verdade, visaria a afastar eventual efeito suspensivo do recurso (cfr. “Alterações no Código de Processo Civil”, p. 238).

De outro lado, preclui para a parte a possibilidade de pleiteá-la se, presentes os requisitos para antecipação, não o fizer no prazo de 5 dias (art. 218, § 3º).²⁹¹ 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.

3.15. Indeferimento da antecipação e procedência do pedido

A tutela provisória de urgência, da qual a antecipação de efeitos é espécie, depende da presença de determinados requisitos: verossimilhança do direito afirmado e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300).

Pode ocorrer que, formulado incidentalmente, isto é, no curso do processo, o pedido seja indeferido por ausência do grau necessário de plausibilidade do direito afirmado. Apesar de reconhecido o perigo, pode entender, por exemplo, inexistente prova apta a autorizar a antecipação de efeitos da tutela final.

Pois bem. É possível que, em situações como essa, a pretensão inicial seja acolhida a final. Nesses casos, se ainda presente o perigo de dano, nada obsta a concessão da tutela antecipada na própria sentença, o que afastaria o efeito suspensivo da apelação (art. 1.012, inciso V).

²⁹¹. Calmon de Passos afirmava ser de dez dias o prazo, por analogia ao disposto no art. 323 do Código de 1973 (cfr. “Da antecipação”, p. 201). Parece-me, todavia, deveria ser aplicado o disposto no art. 185. Contra, João Batista Lopes, *Tutela antecipada*, p. 94.

Trata-se de conclusão amparada em interpretação sistemática. Se o requisito faltante é satisfeito – aliás, a procedência pressupõe juízo de certeza, não de mera verossimilhança – e se a tutela de urgência continua necessária, pois subsistente o risco, não há razão para manter a ineficácia da sentença em razão do efeito suspensivo da apelação.

O mesmo ocorre nas hipóteses de antecipação autorizada tão somente à luz da verossimilhança, como na tutela da evidência (art. 311 ou na liminar possessória (art. 562). Nesses casos, dispensa-se o perigo de dano.²⁹² A tutela definitiva de procedência do pedido significa que o direito do autor não é apenas verossímil, provável. É certo. Ora, por que a decisão liminar, fundada apenas em plausibilidade, é imediatamente eficaz e a sentença, precedida de cognição exauriente e juízo de certeza, não?

Por isso, parece perfeitamente compatível com o sistema a tese segundo a qual a apelação interposta contra sentença, nesses casos, não tem efeito suspensivo. A rigor, ao acolher a pretensão, o juiz concede não apenas a tutela final, mas também a provisória anteriormente indeferida (art. 1.012, inciso V). Não se justifica, então, atribuir-se efeito suspensivo ao recurso de apelação.

3.16. Tutela antecipada e cumprimento provisório da sentença

²⁹². Cfr. n. 4.

Não obstante a existência de pontos em comum entre as técnicas da tutela provisória antecipada e o cumprimento provisório da sentença, tanto que a efetivação daquela é realizada, no que couber, segundo as normas desta (CPC, art. 297, parágrafo único), trata-se de institutos ontologicamente diversos, embora ambas providências sejam provisórias.²⁹³

O cumprimento provisório da sentença é fundado em tutela final, precedida de cognição exauriente e passível de recurso não dotado de efeito suspensivo (CPC, art. 1.012, § 1º).²⁹⁴ A sentença condenatória tem, pois, eficácia imediata, ou seja, mostra-se apta a produzir efeitos desde logo, ainda que a parte vencida tenha interposto apelação.

Entre os efeitos naturais da tutela condenatória está a criação do título executivo judicial, tornando adequada a tutela satisfativa, a ser efetivada no mesmo processo, em fase subsequente à cognitiva, denominada cumprimento de sentença.

Nessa linha de raciocínio, como a sentença é eficaz, o vencedor da demanda passa a possuir o título executivo judicial, podendo dar início à fase do processo destinado à satisfação de seu crédito.

Como existe a possibilidade de alteração do pronunciamento judicial, por força do recurso de apelação, o legislador, para proteger o devedor, além de impor ao exequente a responsabilidade pela reparação dos danos sofridos pelo executado, se alterada a sentença, limita o alcance

²⁹³. Para Marinon (i, situações praticamente se equiparam (“A consagração da tutela antecipatória”, p. 121).

²⁹⁴. Na verdade, recurso com efeito suspensivo não suspende a eficácia da decisão, mas a mantém ineficaz. O provimento suscetível de impugnação mediante recurso dotado desse efeito é originariamente ineficaz (cfr. Barbosa Moreira, “Ainda e sempre a coisa julgada”, p. 141; *O novo processo civil brasileiro*, pp. 122-123).

dos atos processuais, condicionando a invasão definitiva de sua esfera jurídica à prestação de caução suficiente e idônea (CPC, art. 520, incisos I e IV).

Essa técnica não se confunde com a tutela provisória, pois não se destina a assegurar o resultado futuro e definitivo do processo. Não tem caráter provisório e não guarda relação de instrumentalidade com outra tutela. Nem mesmo representa antecipação provisória de efeitos materiais ou processuais da sentença condenatória.

O sistema, por opção legislativa, fez coincidir a eficácia da sentença com sua imutabilidade, muito embora tais fenômenos sejam absolutamente distintos. Em alguns casos, todavia, permitiu a produção imediata dos efeitos da tutela cognitiva ainda passível de recurso e, portanto, sem a qualidade da coisa julgada (art. 1.012, § 1º, incisos I a V).²⁹⁵

Talvez tenha-se levado em conta, para estabelecer essas exceções, a natureza do direito material e a conveniência de acelerar a execução, permitindo a prática de determinados atos inerentes ao processo de caráter satisfativo antes do trânsito em julgado da sentença. Essa aceleração encontra limite, todavia, visto que a prática de atos satisfativos do direito do credor depende de caução. (CPC, art. 520, inciso IV).

O cumprimento provisório da sentença nada mais é, pois, do que resultado da produção dos efeitos da tutela condenatória sujeita a recurso. Mas, enquanto não se verificar a imutabilidade do comando emergente da sentença, a execução não adquire caráter definitivo, salvo se prestada

²⁹⁵. Cfr. Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença*, *passim*; Barbosa Moreira, “Ainda e sempre a coisa julgada”, pp. 138 e 146.

caução.²⁹⁶ E, se a apelação for provida, os atos até então praticados ficam sem efeito, retornando-se à situação anterior (CPC, art. 520, inciso II).

A caução, exigida para evitar prejuízo ao devedor tem natureza cautelar. Ante a possibilidade de a execução provisória causar dano injusto ao executado, que pode obter a modificação da sentença em grau de recurso, o legislador prevê a necessidade de o exequente assegurar a efetividade desse resultado possível, garantindo a reparação de eventual prejuízo.

O fenômeno do cumprimento provisório da sentença é completamente distinto da tutela provisória, como se viu. E a tutela antecipada, como modalidade de medida provisória, também nenhuma relação guarda com essa execução. Em uma, adiantam-se efeitos para preservar o resultado; em outra os efeitos naturais da sentença se verificam independentemente do trânsito em julgado, o que não se confunde com antecipação.

A antecipação provisória resulta de cognição superficial feita pelo juiz, a respeito da existência provável de um direito, cujos efeitos necessitam ser adiantados imediatamente, para assegurar a satisfação definitiva (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*). Já o cumprimento provisório da sentença resulta de mera escolha legislativa, sem possibilidade de qualquer avaliação do juiz sobre sua conveniência e

²⁹⁶ Na edição anterior, afirmei não assistir razão a Marcelo Lima Guerra quanto à afirmação de que existe semelhança apenas fática entre as duas figuras, pois ambas levariam à satisfação provisória de um interesse material (*Estudos*, p. 94). Nem essa semelhança havia, pois a execução provisória não implicava essa satisfação. Hoje, porém, a conclusão do processualista cearense pode se confirmar, desde que o exequente preste caução.

necessidade.²⁹⁷

O cumprimento provisório somente difere do definitivo em razão da limitação quanto aos atos de alienação. A finalidade e os atos processuais são os mesmos, pertencendo ambos à categoria da fase processual destinada à satisfação definitiva. Não tem natureza de tutela antecipada, pois não é precedida de cognição sumária e em regra não leva à satisfação provisória do direito. Implica tão-somente a prática de determinados atos à fase executiva.²⁹⁸ Aqueles efetivamente satisfativos, como visto, dependem de caução idônea.

Também inexistente nexo entre cumprimento provisório da sentença e eventual risco de inutilidade da tutela futura. O *periculum in mora*, embora possa justificar medidas de natureza diversa da tutela provisória, é requisito inafastável da modalidade de urgência (CPC, art. 300).

Para explicar o cumprimento provisório não se leva em consideração esse elemento. Pensa-se tão-somente na eficácia imediata da sentença ainda sujeita a recurso, o que se deve a mera opção político-legislativa, e na conveniência de não permitir que ela gere efeitos no plano material enquanto não se tornar definitiva. O *periculum in mora* constitui valor estranho a esse mecanismo processual.²⁹⁹

Há casos em que, embora inexistente qualquer risco, entendeu-se conveniente permitir a eficácia imediata da sentença, mesmo que recorável. Aqui, os efeitos não foram vinculados à coisa julgada. Essa

²⁹⁷. Correta a conclusão de Marcelo Lima Guerra: uma é concedida *ex lege* e a outra *ope iudicis* (*Estudos*, p. 95).

²⁹⁸. Sobre a diferença entre a tutela cautelar e a execução provisória v. Alfonso Pérez Gordo, “Medidas cautelares y ejecución provisional”, pp. 248 e ss.

²⁹⁹. Nesse sentido, acertadamente, Marcelo Lima Guerra, *Estudos*, pp. 95-96.

técnica nada tem de antecipatória. Apenas se entendeu possível a eficácia imediata do juízo de certeza, em razão de peculiaridades inerentes à situação de direito material. Para certas situações, no entender da lei, a sentença recorrível é suficiente para conferir segurança necessária ao resultado, o que torna admissível sua eficácia imediata, mas limitada. Isso porque cumprimento provisório não atinge de forma definitiva o plano material, restringindo-se à prática de atos processuais, destinados apenas a acelerar a execução, sem implicar satisfação do credor.

A semelhança entre ambos reside apenas na possibilidade de os efeitos produzidos quer pela sentença condenatória recorrível, quer pelo provimento antecipado, serem inutilizados se o resultado final for desfavorável à parte que deles se beneficiou. Mas essa circunstância não os torna pertencentes à mesma categoria de tutela jurisdicional, nem permite qualquer confusão entre eles.

A sumariedade da cognição e a possibilidade de realização prática não são suficientes para caracterizar o provimento antecipado como preponderantemente executivo. O *processus executivus* medieval italiano tinha aspectos cognitivos e executivos, mas nada assemelhado à tutela provisória, pois destinava-se apenas a satisfazer, não a assegurar a satisfação. E a realização prática do direito somente se verificava após a cognição completa.

Há diferença, pelo ângulo funcional, entre o cumprimento provisório e a antecipação provisória de efeitos com finalidade instrumental: a prevenção do dano constitui a finalidade *imediata* pretendida com a antecipação e o efeito prático provisório opera apenas

mediatamente. Não se satisfaz o direito, ou seja, não se elimina a crise no plano material, mas se limita a antecipar algum efeito executivo ou mandamental do provimento, para prevenir o dano.

Já no cumprimento provisório, o escopo *imediato* é a satisfação do direito, muito embora esse resultado somente se efetive com a execução definitiva.³⁰⁰ Trata-se de medida completamente distinta da tutela provisória. Não tem função de assegurar o resultado final contra risco de dano. Os atos de execução provisória não possuem fim conservativo nem antecipatório.³⁰¹

Poder-se-ia até pensar na existência de risco de dano presumido pelo legislador, ao admitir o cumprimento provisório.³⁰²

Na verdade, porém, cumprimento da sentença pendente de recurso difere da definitiva apenas em razão de não alcançar a satisfação do direito enquanto não transitar em julgado a sentença. E eventual satisfação depende de prévia caução.

Afasta-se, pois, qualquer confusão entre a técnica do cumprimento provisória da sentença, previsto nos arts. 520 a 522 do

³⁰⁰. Cfr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “Alcance e natureza”, p. 119; *Perfil dogmático*, p. 31, e *A tutela de urgência*, p. 25; v. tb. Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia das decisões*, p. 241.

³⁰¹. Fritz Baur denomina a execução provisória de tutela jurídica provisória secundária ou incidente, pois pressupõe um título jurídico já existente (a sentença condenatória), ao contrário das cautelares – tutela jurídica provisória primária ou antecedente –, que criam o título provisoriamente, pois concedidas antes da formação do título definitivo. Entende, todavia, que o fim de ambas é idêntico, qual seja, o de obstar a qualquer ameaça ao direito, em razão de ainda não haver decisão definitiva de caráter autoritativo (*Tutela jurídica*, pp. 21-22 e 29). Esse escopo, todavia, não é inerente à execução provisória, que representa tão-somente a antecipação de atos executivos, cuja validade fica condicionada à manutenção da sentença (CPC, art. 520, III). Não são, portanto, atos provisórios. Além disso, não implicam satisfação do direito (CPC, art. 520, IV).

³⁰². Cfr. Calamandrei, *Introduzione*, pp. 188-189, n. 15.

Código de Processo Civil, e a tutela provisória.³⁰³

Não se pode negar a existência de grande semelhança – se não funcional, ao menos física – entre essa providência e a antecipação da tutela determinada na sentença. O resultado prático produzido é substancialmente idêntico.³⁰⁴ Em ambos os casos, acolhida a pretensão inicial, determina-se a imediata eficácia da sentença.

Nas hipóteses passíveis de execução provisória, o próprio legislador adota essa alternativa, retirando o natural efeito suspensivo da apelação (CPC, art. 1.012). Em conformidade com as regras que a regulamentam, admissível o início da fase executiva do processo, que pode levar até mesmo à satisfação do direito, desde que realizada caução suficiente e idônea. Eventual alteração da sentença pode gerar direito à reparação dos danos sofridos pelo executado (CPC, art. 520, inciso I).

Já para a efetivação da tutela antecipada concedida na sentença aplicam-se as regras dos arts. 297, parágrafo único e 300 do CPC.

Em ambas já há cognição exauriente da relação de direito material e a execução ou efetivação pode implicar realização prática do suposto direito. Mas as hipóteses do art. 520 comportam execução

³⁰³. María Ángeles Jové aponta com bastante clareza alguns aspectos peculiares de cada uma, muito embora reconheça que ambas estão ligadas ao tempo do processo. Uma visa a assegurar a efetividade do provimento futuro, enquanto a outra está fundada no próprio provimento; a tutela antecipada pressupõe juízo de verossimilhança e a execução provisória, juízo de certeza (cfr. *Medidas cautelares innominadas*, p. 125).

³⁰⁴. Cfr. a respeito da aproximação dos dois institutos, especialmente em face da nova regulamentação da execução provisória, as oportunas considerações de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, *Execução provisória*, pp. 235 e ss.

provisória independentemente de qualquer outra consideração. Nos demais casos a eficácia imediata da sentença ou de parte dela depende da presença de outros requisitos (art. 300). Pelo ângulo funcional, portanto, a distinção subsiste.

3.17. Tutela antecipada requerida em caráter antecedente

Os aspectos procedimentais do pedido de tutela de urgência antecipada, formulado antes de deduzida a pretensão principal, encontram-se regulados nos artigos 303 e 304 do Código. São situações em que, no dizer do legislador, a urgência é contemporânea à propositura da ação.

A frase, todavia, não expressa exatamente aquilo que se pretende regular. A finalidade dos dispositivos legais é estabelecer as regras aplicáveis à tutela antecipada se, em razão da iminência do perigo, a parte não puder aguardar o tempo necessário à reunião dos elementos imprescindíveis à apresentação do pedido de tutela final. Fosse a urgência “contemporânea à propositura da ação”, seriam requeridas na inicial desta demanda, cumulativamente, as tutelas provisória e definitiva. Como o autor precisa da tutela antecipada imediatamente, pode pleiteá-la antes, deixando para depois a apresentação do pedido de tutela definitiva.

Nesse caso, ele deve simplesmente indicar na petição a natureza

do pedido final e os motivos fáticos e jurídicos pelos quais entende fazer jus à tutela jurisdicional. Em síntese, compete-lhe apontar, do forma sumária, a causa de pedir e o pedido, a serem detalhados quando postulada a tutela definitiva. Tal descrição visa a possibilitar ao juiz, após exame dos elementos de prova juntados com a inicial, verificar a probabilidade do direito afirmado. Esse juízo de verossimilhança não comporta exame profundo da matéria fática, sob pena de confundir-se com o próprio julgamento do mérito. A cognição é sumária, superficial.

Além disso, ao autor incumbe esclarecer e demonstrar os motivos por que, a seu ver, existe o perigo de dano ou o risco para a utilidade da tutela final. Melhor explicando, tem ele o ônus de convencer o julgador da necessidade imediata da tutela de urgência, sob pena de o resultado do processo não produzir o resultado esperado.

Em outras palavras, a causa de pedir relacionada à tutela antecipada consiste nos argumentos, acompanhados dos respectivos elementos probatórios, destinados a demonstrar a existência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Constará da inicial também o valor da causa, a ser calculado em conformidade com pedido de tutela final, a ser requerida posteriormente. Embora o pedido esteja limitado à antecipação de seus efeitos, o benefício econômico pretendido, para cálculo do valor da causa, deve levar em consideração a tutela definitiva.

Para valer-se dessa via, qual seja, pleitear apenas a tutela de urgência antecipada, impõe-se ao autor outro ônus, qual seja, o de esclarecer expressamente sua intenção na inicial (§ 5º). Caso não o faça,

entende-se que ambos os pedidos (de tutela provisória e definitiva) foram deduzidos cumulativamente. A inicial será examinada, então, à luz dessa premissa. Se os elementos da demanda, consideradas ambas as tutelas, não estiverem descritos corretamente, o autor será intimado para emendá-la, sob pena de indeferimento por inépcia (art. 321 e parágrafo único).³⁰⁵

3.18. Concessão da tutela antecipada

Concedida a tutela de urgência antecipada, em caráter liminar ou após justificação prévia (art. 300, § 2º), a inicial deve ser aditada, nos mesmos autos e sem incidência de novas custas, para complementação da causa de pedir, juntada de documentos e confirmação do pedido, sob pena de extinção do procedimento sem resolução do mérito (art. 303, §§ 2º, 3º e 4º). Essa regra, além da previsão de mais um ônus para o autor – o aditamento da inicial com dedução do pedido de tutela definitiva – confirma a distinção entre antecipação de efeitos da tutela final e julgamento de mérito. Este corresponde ao exame do pedido de tutela final, ao passo que a tutela antecipada refere-se tão somente a consequências fáticas inerentes ao eventual direito. Obtida essa

³⁰⁵ Não obstante respeitável entendimento em sentido contrário (cfr. Araken de Assis, *Processo civil cit.*, pp. 386/388), a previsão legal parece-me descrever situação fática perfeitamente factível. Circunstâncias várias podem revelar a conveniência de o pedido limitar-se à tutela provisória antecipada. Eventual concessão não significa, necessariamente, faça o autor jus ao direito correspondente. No exemplo da cirurgia de urgência, embora plausível, nada obsta seja denegada a tutela final. Trata-se daquelas situações cujos efeitos fáticos da concessão são irreversíveis, cabendo a quem teve de suportá-los o direito ao

providência de caráter provisório e não cumprido o ônus do aditamento, o mérito não será julgado e a antecipação, evidentemente, cassada.

O prazo é de 15 dias, podendo o juiz, todavia, na própria decisão concessiva da tutela antecipada, ampliá-lo, em atenção às circunstâncias do caso concreto (art. 303, § 1º, I). A propósito dessa regra, consultem-se o art. 308 e respectivos comentários, especialmente quanto ao termo inicial do prazo recursal.

Realizado o aditamento, o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação. Se não houver autocomposição, inicia-se o prazo para contestação (CPC, art. 303, § 1º, II e III, §§ 3º e 4º).

Verifica-se que, ao deferir o pedido de tutela antecipada, o juiz fixa, desde logo, o prazo para o aditamento. A citação somente será determinada após a dedução do pedido de tutela definitiva, mesmo porque a audiência e a contestação mencionadas nos incisos II e III do art. 303, § 1º, pressupõem tenha o autor apresentado a pretensão integral.

Estabelecida essa premissa, algumas considerações são necessárias.

Imagine-se que o termo final para o autor ocorra antes do término do prazo para o recurso contra a decisão. Ele terá de aditar a inicial, sob pena de o juiz proferir sentença sem resolução do mérito (§ 2º), que certamente implicará cassação da medida de urgência. Essa consequência somente não se verificará se a preclusão temporal em relação ao recurso for anterior à prevista para o aditamento e o réu não o

ressarcimento dos prejuízos sofridos (CPC, art. 302, inciso I).

interpuser. Nesse caso, se o autor também ficar inerte e não providenciar a complementação da inicial exigida pela lei, haverá estabilização e o processo será extinto (art. 304 e § 1º).

Assim, parece conveniente, pois condizente com o escopo da estabilização, que o prazo para o aditamento inicie-se após a decisão tornar-se irrecurável para o réu. Se o autor estiver satisfeito com o efeito antecipado, não pleiteará a tutela definitiva, com a consequente estabilização da tutela provisória e a extinção do processo (art. 304 e § 1º). Tendo em vista a possibilidade de flexibilização prevista no art. 303, § 1º, I, não há óbice a que o juiz assim proceda.

Melhor seria se o legislador tivesse previsto a reabertura da possibilidade de aditamento se encerrado o respectivo prazo, o réu, tempestivamente, interpusse agravo. Trata-se de técnica semelhante à adotada para o recurso adesivo, cuja finalidade é incentivar a omissão de ambas as partes. Como tal solução não foi adotada, ambas as partes, desconhecendo a intenção do adversário, certamente irão valer-se da faculdade a elas assegurada, o que compromete o escopo pretendido pelo legislador.

Era essa, em linhas gerais, a orientação adotada no anteprojeto apresentado ao Senado Federal. O prazo para aditamento iniciava-se após a impugnação da medida (art. 289). Não se exigia a interposição de recurso. Eventual inércia do réu poderia dispensar o aditamento, a critério do autor. Nesse caso, o juiz extinguiria o processo e a tutela estabilizar-se-ia, podendo ser desconstituída em demanda autônoma (arts. 288, § 2º, e 293).

Em síntese, segundo a redação final, se concedida a medida em caráter liminar, seguem-se duas providências: aditamento da inicial (art. 303, I) e, após, citação e intimação do réu (art. 303, II). Deve o juiz conciliar o início do prazo para aditamento com o término daquele destinado ao agravo. Caso tal não ocorra e a inicial seja aditada, eventual estabilização pela ausência de recurso contra a concessão da tutela antecipada dependerá de nova manifestação do autor, desistindo da continuidade do processo. À luz da redação do art. 303, I, o juiz tem poder para deliberar a respeito, pois não está limitado ao prazo legal, podendo ampliá-lo. De qualquer modo, nada obsta que, apesar de haver aditado a inicial, o autor abra mão da tutela definitiva e o processo seja extinto, isto é, se o juiz não adotar a orientação aqui sugerida, e considerando o disposto no art. 303, § 2º, deve o autor aditar a inicial para evitar possível revogação da liminar. Se o réu não interpuser recurso, poderá desistir do aditamento e pleitear a aplicação do art. 304 e § 1º.

Por fim, se a tutela antecipada pleiteada em caráter antecedente for indeferida, o autor terá de aditar a inicial em 5 dias, com os dados previstos no inciso I, sob pena de o juiz proferir sentença sem conteúdo de mérito (§ 6º). Como os elementos até então expostos limitam-se aos exigidos para o pedido de tutela provisória, que foi indeferida, a emenda faz-se necessária para adaptar a inicial à tutela final e definitiva. Não adotada a providência, caracteriza-se a inépcia.

3.19. Pretensão parcialmente incontroversa: da tutela antecipada ao julgamento parcial do mérito

A reforma do sistema processual anterior, promovida pela lei 10.444/02, introduziu modificação relevante no mecanismo da tutela antecipada, ao prever mais uma hipótese de cabimento dessa medida.

Havendo cumulação de pedidos ou pedido único mas cindível, a ausência de impugnação quanto a um, alguns ou parte de um possibilitava fossem antecipados os respectivos efeitos da tutela correspondente (§ 6º). A verossimilhança dos fatos e a inexistência de controvérsia sobre a pretensão, justificavam a antecipação.³⁰⁶

A plausibilidade dos fatos deduzidos na inicial era indispensável à antecipação. A situação prevista pela nova regra era análoga à da revelia, cujos efeitos principais – presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor e julgamento antecipado (CPC/73, arts. 319 e 330, inc. II) – podiam ser afastados se a versão da inicial não fosse plausível.³⁰⁷

³⁰⁶. Dinamarco sustentava ser desnecessário até mesmo o requisito da reversibilidade, previsto no § 2º, tendo em vista a grande probabilidade de que os efeitos antecipados sejam mantidos na tutela final (“O regime jurídico das medidas urgentes”, pp. 88-89). Pondero, todavia, não ter o legislador adotado, no caso, a técnica da tutela sumária e definitiva. Limitou-se a autorizar medida provisória, ainda que fundada na ausência de controvérsia. Nessa linha, parece-me inerente a essa nova modalidade de antecipação a revogabilidade da medida e a reversibilidade dos efeitos.

³⁰⁷. Também discordo de Cássio Scarpinella Bueno, para quem essa modalidade de tutela está fundada em juízo de certeza (*Tutela antecipada*, pp. 48-55). A decisão está fundada em juízo de verossimilhança, como ocorre, aliás, na hipótese de sentença de mérito fundada em revelia. As presunções legais não produzem convicção no espírito do julgador, que se limita a impor a consequência prevista em lei, sem prévia cognição exauriente sobre a situação fática.

Embora não amparado em texto de lei, tal entendimento predominava na doutrina. No Código atual, esse efeito da revelia é expressamente afastado se inverossímeis as afirmações fáticas feitas pelo autor (art. 345, inciso IV).

A providência visava a permitir que o autor pudesse usufruir desde logo da eficácia prática de tutela altamente provável, pois os fatos em que parte da pretensão está fundada tornaram-se incontroversos. Segundo o legislador, não se justificava impor ao autor, quanto a essa parcela do pedido, as consequências pela demora do processo. Considerava-se justo poupá-lo do dano marginal.³⁰⁸

A regra comportava, segundo sustentei, interpretação extensiva. Ainda que não houvesse cumulação, mas estivesse configurado o fenômeno do pedido decomponível, nada obstava a incidência do dispositivo se parte dele fosse incontroversa. Se o autor formulasse pedido condenatório de 100 e o réu impugnasse apenas 50, a outra parte tornava-se incontroversa, devendo o juiz antecipar os respectivos efeitos.³⁰⁹

Ceguei a criticar a solução legal, por considerá-la tímida. Afirmei que, como a falta de impugnação específica gera consequências semelhantes às da revelia (CPC/1973, art. 302), deveria haver permissão para que, em relação ao pedido incontroverso, houvesse verdadeiro julgamento antecipado, nos moldes do então art. 330. Teríamos hipótese de decisão interlocutória de mérito, perfeitamente compatível com o

³⁰⁸. Cfr. Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, *Tutela antecipada sancionatória*, pp. 63-64.

³⁰⁹. Sobre objeto do processo decomponível, cfr. Cândido Rangel Dinamarco, *Capítulos de sentença*, pp. 70-75, e a *A reforma da reforma*, pp. 99-101. O fenômeno da controvérsia parcial pode ocorrer nas hipóteses em que se verifica a fungibilidade e a divisibilidade do bem ou do conjunto de bens da vida pleiteado pelo autor.

sistema processual, que definia os atos decisórios não pelo conteúdo, mas pelos efeitos gerados no processo (CPC/73, art. 262). Nenhum óbice existia, portanto, ao julgamento antecipado parcial, o que conferiria à decisão natureza definitiva, apta ao trânsito em julgado. O processo continuaria seu curso, apenas para exame e julgamento da parte controvertida.³¹⁰

Reconheci, todavia, que a simples antecipação de efeitos não gerava resultado definitivo, pois nada obstava concluir o juiz, à luz da instrução, pela inexistência do direito, embora incontroversa a afirmação do autor. É claro que a contestação parcial tornaria altamente provável o acolhimento da pretensão não atacada, mas não estava afastada a possibilidade de improcedência do pedido, apesar de antecipados os respectivos efeitos, por força do § 6º do art. 273.

Na última edição deste trabalho, alterei meu entendimento, pois a alternativa legal pareceu-me adequada, por produzir os efeitos práticos pretendidos, sem retirar do juiz a possibilidade de revogar a antecipação, concedida à luz apenas dos elementos trazidos na fase postulatória, por considerar inexistente o direito, mesmo em relação à parte fundada em fatos incontroversos.

A antecipação fundada na ausência parcial de controvérsia não se confundia com as situações em que, por força de atos unilaterais ou bilaterais, a pretensão era total ou parcialmente admitida (arts. 269, inc. II e III). Aqui havia manifestação expressa de vontade e a decisão homologatória não tem natureza provisória. Se o reconhecimento ou a

³¹⁰. Também Dinamarco lamenta a falta de ousadia do legislador (*A reforma da reforma*, p. 96).

transação versasse sobre parte do pedido, essa parcela será definitivamente excluída do processo. Existe diferença ontológica entre reconhecer eficácia a atos expressos de disposição das partes e presumir que a falta de controvérsia implica aceitação da pretensão pelo réu.

Acolhida a pretensão, confirmava-se a antecipação anteriormente concedida. Em relação a essa parte, portanto, a sentença produziria efeitos imediatos (CPC/73, art. 520, VII). Tratava-se, na verdade, de simples subsistência da eficácia inerente à decisão anterior.

A nova regra, todavia, ia de encontro à lógica do sistema. A revelia implicava, ao menos em princípio, julgamento antecipado, pois os fatos são incontrovertidos, independem de prova e, além disso, são presumidamente verdadeiros (CPC/73, arts. 319, 330, II, e 334, II). Verificado esse resultado, a sentença era passível de apelação dotada de efeito suspensivo (CPC/73, art. 520).

Pois bem. Se houvesse ausência de controvérsia sobre parte do pedido, antecipavam-se os efeitos da tutela final logo após caracterizada a situação, ou seja, em seguida à contestação. Findo o processo e procedente a pretensão, a sentença confirmava a antecipação anteriormente concedida e os respectivos efeitos permaneceriam inalterados. Significa dizer que a tutela provisória anteriormente concedida continuava eficaz.

Mas, julgado antecipada e integralmente o pedido em razão da revelia, a tutela será ineficaz por força do efeito suspensivo da apelação.

Para conferir coerência ao sistema, a sentença fundada na revelia deveria ser imediatamente eficaz, isto é, a apelação não teria efeito suspensivo. Como cabe ao intérprete buscar essa conciliação, pareceu-me devesse o juiz, sempre que aplicados os artigos 319 e 330, II do CPC/73, conceder a antecipação dos efeitos na própria sentença, dotando-a de

eficácia imediata, independentemente de eventual apelação.

O Código de 2015 alterou completamente a técnica. Inexistente controvérsia sobre parte do pedido, dar-se-á o julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356, inciso I). A eficácia da decisão é imediata, pois adequado para impugná-la é o agravo de instrumento (art. 1.015, inciso II), recurso não dotado de efeito suspensivo (art. 356, §§ 2º e 5º e 995), salvo se concedido pelo relator (art. 1.019, inciso I). A execução tornar-se-á definitiva se verificado o trânsito em julgado da decisão (art. 356, § 3º).

A incoerência não só subsiste, como se agravou. A ausência de controvérsia fática autoriza o julgamento antecipado do mérito, total (art. 355, inciso II) ou parcial (356, inciso I). No primeiro caso, como se trata de sentença, o recurso cabível é apelação, ao qual o legislador conferiu efeito suspensivo (art. 1.012). No segundo, como visto no parágrafo anterior, isso não ocorre. Ou seja, em ambas as hipóteses julga-se antecipadamente o mérito pelo mesmo fundamento: os fatos são há incontrovertidos, quer porque verificada a revelia, quer por força da impugnação parcial. Uma das decisões, todavia, produz efeitos imediatamente. A outra, não.

3.20. Estabilização da tutela antecipada

Como já mencionado,³¹¹ há algum tempo identifica-se forte

³¹¹. V. n. 14 e nota 64.

tendência no sentido de possibilitar a estabilização da tutela antecipada, em determinadas situações. França, Itália e Alemanha incorporaram alterações legislativas ao sistema processual com essa finalidade. O Código Português, de 2013, admite a solução definitiva do litígio em processo cautelar, mediante a denominada inversão do contencioso.³¹² Trata-se, segundo autorizada doutrina, de técnica representada pela “autonomização” da tutela sumária.³¹³

No Brasil, a primeira proposta de alteração do art. 273 foi elaborada por comissão constituída pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, nos seguintes termos:

Anteprojeto de lei

Modifica os §§ 4º e 5º do art. 273, e acrescenta os arts. 273-A, 273-B, 273-C e 273-D à Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para permitir a estabilização da tutela antecipada.

Art. 1º. Dê-se aos §§ 4º e 5º do art. 273 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), a seguinte redação:

“Art. 273. ...

“§ 4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, fundamentadamente, enquanto não se produza a preclusão da decisão que a concedeu (§ 1º do art. 273-B e art. 273-C).

“§ 5º. Na hipótese do inciso I deste artigo, o juiz só concederá a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária em caso de extrema urgência ou quando verificar que o réu, citado, poderá torná-la ineficaz.

“... (NR).”

³¹². Cfr. Capítulo III.

Art. 2º. A Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), passa vigorar acrescida dos seguintes arts. 273-A, 273-B, 273-C, 273-D:

“Art. 273-A. A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo.

“Art. 273-B. Aplicam-se ao procedimento previsto no art. 273-A, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I, deste Código.

“§ 1º. Concedida a tutela antecipada em procedimento antecedente, é facultado, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva:

“a) ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito;

“b) ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão.

“§ 2º. Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida.”

“Art. 273-C. Concedida a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva, requerer seu prosseguimento, objetivando o julgamento de mérito.

“Parágrafo único. Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida.”

“Art. 273-D. Proposta a demanda (§ 1º do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem

³¹³ Cfr. Humberto Theodoro Júnior, Curso cit., p. 705.

julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões.”

A proposta apresentada pelo grupo de trabalho representou modificação substancial no perfil da antecipação de efeitos da tutela final, pois dotava a decisão de estabilidade eventual, com aptidão para adquirir a imutabilidade própria da coisa julgada material (arts. 273-B, §§ 1º e 2º, e 273-C).

Como espécie de tutela sumária e provisória, na grande maioria das vezes destinada a atender situações de urgência, a decisão a respeito da antecipação de efeitos da tutela final e definitiva é essencialmente revogável. À luz do referido anteprojeto, desde que, no curso no processo, verificasse o juiz a inadmissibilidade da medida, deverá cassá-la até mesmo de ofício. Quer porque o conjunto probatório veio afastar o alto grau de verossimilhança, quer pela revelação de que o perigo de dano na verdade não existia, a revogabilidade da decisão é decorrência natural de sua provisoriedade (art. 273, § 4º).

Essa conclusão está fundada na premissa sustentada nas versões anteriores deste estudo, segundo a qual a tutela antecipada constitui espécie do gênero cautelar, porque sumária e provisória. Nessa linha, a ambas se aplicava o disposto no art. 807, 2ª parte, do Código de Processo Civil de 1973.³¹⁴

A exigência expressa quanto à fundamentação (art. 273, § 4º), talvez desnecessária ante o disposto no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, revelava-se conveniente, para chamar a atenção do julgador a respeito dessa garantia constitucional do processo. Mas é preciso enfatizar

³¹⁴. V. n. 16.**

que motivar significa apresentar as razões por que se chegou a determinada conclusão. Não basta, evidentemente, a repetição de fórmulas vagas e imprecisas, vazias de qualquer conteúdo, como *presentes ou ausentes os requisitos legais, verificada a ausência de perigo ou de prova inequívoca de verossimilhança*. Essas afirmações expressam a conclusão do juiz, não os fundamentos pelos quais ele assim entende. Tem a parte o direito de saber por que os requisitos legais estão presentes ou ausentes.

Segundo as regras então em vigor, inexistia limite temporal para que tal ocorresse. A qualquer momento podia o juiz revogar a tutela antecipada. Bastava se convencesse de que a medida não podia subsistir. Esse entendimento não implica risco de a atividade judicial tornar-se arbitrária,³¹⁵ pois, como toda decisão, além de imprescindível a prévia fundamentação, está sujeita ao controle recursal.

Mesmo a simples retratação sempre me pareceu admissível. A tutela antecipada é precedida de cognição sumária, muitas vezes formada à luz de elementos trazidos apenas pelo autor. É perfeitamente possível que, após refletir mais demoradamente sobre os dados da questão, o juiz se convencesse da inadequação ou desnecessidade da liminar antecipatória. Seria excesso de formalismo impedir a retratação, com fundamento na preclusão *pro iudicato*. Este instituto não apresentava, na situação, nenhuma utilidade. Não contribuía para a celeridade do processo, nem para a efetividade da tutela jurisdicional. Na verdade, ia de encontro a esses objetivos, pois implicava manter inalterável decisão reconhecidamente

³¹⁵. Esse temor foi manifestado por Paulo Henrique dos Santos Lucon (*Eficácia das decisões*, p. 242) e por Teresa Arruda Alvim Wambier (*Da liberdade do juiz*, p. 543).

equivocada.³¹⁶

A posição amplamente favorável à revogabilidade, por mim defendida, abrangia, inclusive, as situações em que a tutela antecipada era deferida em procedimento prévio e autônomo. Mesmo se já proferida sentença, com o consequente encerramento do respectivo processo (hoje, a sentença encerra a fase cognitiva, não o processo), podia o juiz revogá-la, independentemente de recurso. Esse entendimento decorre da provisoriedade inerente à tutela sumária de conteúdo antecipatório, assim concebida pelo então art. 273 do Código de Processo Civil. Se o raciocínio é válido para a antecipação incidental, deveria sê-lo também para a tutela deferida em procedimento prévio.

Admitida, todavia, a estabilização da tutela antecipada, tal como sugerido pelo anteprojeto para a nova redação do § 4º, a revogabilidade da decisão estaria sujeita à preclusão

Nessa linha, concedida a antecipação, em procedimento antecedente ou no curso do processo, se não houvesse recurso dar-se-ia a preclusão. A partir de então, não haveria mais possibilidade de revisão da decisão judicial.

Essa solução implicava alteração substancial da natureza do instituto da tutela antecipada, que perderia a provisoriedade a ela inerente, assumindo, se incidente a hipótese legal, a condição de tutela sumária não cautelar.³¹⁷ Verificada a preclusão, a decisão ou a sentença tornar-se-ia imutável no mesmo processo, adquirindo estabilidade incompatível com a tutela cautelar.

³¹⁶. V. n. 16.

³¹⁷. V. Cap. III, n. 2, e Cap. V, n. 15 e nota 170.

A decisão sobre antecipação de efeitos da tutela final, nos termos da proposta, não estava sujeita apenas à preclusão interna ou endoprocessual.

Tratando-se de tutela antecipada concedida em procedimento autônomo, verificada a preclusão, qualquer das partes poderia propor demanda cognitiva em 60 dias. Não iniciado o processo de cognição exauriente, a sentença proferida no processo sumário adquirirá imutabilidade, verificando-se o fenômeno da coisa julgada material (art. 273-B, §§ 1º e 2º).

Se a antecipação fosse deferida no curso do processo de cognição plena, ocorrendo a preclusão, poderia qualquer das partes postular o prosseguimento no prazo de 30 dias, objetivando o julgamento do mérito. Se nenhuma delas tomasse essa iniciativa, a decisão transitaria em julgado (art. 273-C e parágrafo único do anteprojeto).

A sugestão era bastante ousada. À época, verificava-se na legislação estrangeira a estabilidade relativa de tutelas de urgência antecipadas, persistindo, porém, a possibilidade de modificação da decisão. Não se admitia, em geral, a imutabilidade própria da coisa julgada material.³¹⁸

A proposta apresentada pela comissão era radical: tutelas urgentes, precedidas de cognição sumária, seriam aptas a tornar-se definitivas e a adquirir a qualidade da coisa julgada material.

Consequência natural dessa opção seria a submissão das respectivas decisões, inclusive as interlocutórias, à ação rescisória.

³¹⁸. V. Cap. III, n. 2.

À luz desse quadro, considerando o disposto no anteprojeto, extraí a seguinte conclusão: obtida a tutela de urgência incidentalmente, em processo de cognição exauriente, a decisão pode não abranger todo o conteúdo do pedido inicial. Melhor explicando: o autor pede 100 e a tutela é antecipada em 50. Preclusa a decisão, se nenhuma das partes postular o prosseguimento do processo, formar-se-á a coisa julgada material, reconhecendo-se definitivamente o crédito de 50. Nesse caso, a decisão interlocutória transita em julgado e, como o processo não pode mais prosseguir, será extinto mediante sentença de mérito, reconhecendo-se ter havido renúncia tácita do autor quanto ao restante do pedido (CPC/1973, art. 269, inc. V). Para distribuição dos ônus da sucumbência, deverá o juiz considerar o disposto no art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil então em vigor.

Se a antecipação incidental abrangesse todo o conteúdo do pedido, o ato judicial poderia configurar decisão interlocutória ou sentença, dependendo da existência ou não de pedido para prosseguimento do processo.

No curso deste trabalho, venho defendendo posição restritiva quanto ao fenômeno que denominei tutela sumária não provisória, porque apta a tornar-se estável, assumindo a condição de tutela definitiva, embora sem a qualidade da coisa julgada. A essa modalidade de tutela de urgência opõe-se, em meu entender, a tutela sumária de natureza provisória, conservativa ou antecipatória, cujas características essenciais são a provisoriedade e a instrumentalidade.³¹⁹

³¹⁹ Como já esclarecido, nas edições anteriores, a expressão “cautelar” era empregada para designar modalidade de tutela provisória, gênero do qual faziam parte a tutela antecipada ou satisfativa e a tutela conservativa. Com a vigência do Código de 2015, o gênero é intitulado

Preocupava-me o risco de violação à garantia constitucional do contraditório, decorrente da possibilidade de tutelas definitivas não serem precedidas de cognição exauriente.

Também sempre me pareceu que, especialmente nos casos de liminar, ou seja, decisão *inaudita altera parte*, haveria risco de ofensa ao princípio da isonomia, pois a tutela tornar-se-ia definitiva, não obstante tenha o juiz considerado apenas a versão apresentada pelo autor.³²⁰

A proposta ora examinada levava em conta esses aspectos do problema.

A concessão da medida sem prévia participação da parte contrária era admitida em caráter absolutamente excepcional, apenas em caso de extrema urgência ou se o conhecimento pelo réu pudesse torná-la ineficaz (art. 273, § 5º).

Ante a expressa determinação do legislador, deveria o juiz, ao examinar pedido de liminar, agir com rigor redobrado na análise do caso concreto, só atendendo à pretensão se absolutamente necessário para evitar prejuízo irreparável. Decisões de conteúdo antecipatório, proferidas sem a audiência da parte contrária, deveriam constituir absoluta exceção no sistema, somente aceitas quando imprescindíveis à preservação de valor jurídico considerado de grande relevância. A proliferação de liminares implica verdadeira banalização desse importante mecanismo, destinado a assegurar a efetividade do processo, transformando-o em fator de desequilíbrio entre as partes, muitas vezes com séria ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

“tutela provisória” e as espécies, “tutela cautelar” e “tutela antecipada”.

³²⁰. Cfr. Cap. V, nn. 44/49.

A efetividade do processo não pode ser buscada a qualquer custo, com sacrifício de garantias fundamentais de uma das partes. Técnicas processuais desse tipo desconsideram a própria isonomia constitucional.

Por essa razão, decisões *inaudita altera parte*, especialmente as de conteúdo antecipatório, devem ser concedidas com bastante parcimônia. Daí a advertência quanto ao alto grau de verossimilhança e à excepcionalidade da liminar.

Assegurou-se, ainda, prazo razoável para que a parte atingida pela antecipação de efeitos pudesse tomar as medidas adequadas à proteção de sua esfera jurídica. Além da possibilidade de interpor o recurso adequado, poderia ela pleitear o prosseguimento do processo (tutela antecipada incidental) ou propor a demanda cognitiva (tutela antecipada antecedente), visando ao exame profundo e julgamento do mérito.

Parece que tais providências garantiam suficientemente o devido processo legal.

Além do mais, a solução apresentada não diferia substancialmente do julgamento à revelia previsto no art. 330, inc. I, do CPC/73. Em ambos os casos, devido à omissão do réu, o autor obtinha resultado favorável mediante decisão precedida de cognição sumária e apta a tornar-se definitiva.

Aliás, a comparação entre esses dois fenômenos é interessante para melhor compreensão do que se pretendia com a modificação.

Verificada a revelia no processo de conhecimento, os fatos afirmados na inicial tornavam-se incontroversos e, por isso, independiam de prova (CPC/73, art. 334, inc. III). Eram tidos como presumidamente verdadeiros (CPC/73, art. 319), tornando possível o julgamento antecipado (CPC, art. 330, inc. II). A sentença era apta ao trânsito em julgado, tanto

quanto a resultante de cognição exauriente.

O Código de 2015 contém previsões idênticas (arts. 374, inc. III, 344 e 355, inc. II)

Segundo a a proposta apresentada pela comissão, sequer submetida a votação pelo Congresso, presentes os requisitos do art. 273 (verossimilhança em alto grau e perigo de dano ou intuito protelatório), o juiz poderia antecipar efeitos da tutela final, em princípio somente após a contestação, salvo em situações excepcionais. Verificada a preclusão e não tomando o réu a iniciativa de dar andamento ao processo, verificar-se-ia o fenômeno da coisa julgada.

A cognição realizada na segunda hipótese seria até mais profunda, pois levaria em conta a contestação. Mas em ambos os casos, somente se admitia e a imutabilidade material da decisão porque a parte contrária não se opusera ao pedido (revelia) ou à antecipação da tutela. Em síntese, não obstante precedida de cognição sumária nos dois casos, admitia -se a coisa julgada material em razão da omissão do réu.

Aliás, se o juiz concluísse, mesmo após a contestação, ser a alegação do autor altamente verossímil, normalmente estaria autorizado a proferir julgamento antecipado (CPC/73, art. 330, inc. I). Se houvesse perigo de dano ou intuito protelatório podia, concomitantemente, antecipar os efeitos da tutela final, o que implica afastar o efeito suspensivo da apelação.

Caso ele entendesse não ser possível o julgamento antecipado, mas admissível a antecipação, concederia a medida sumária que, não interposto recurso e não requerido o prosseguimento do processo, tornar-se-ia imutável por força da coisa julgada material.

Não havia, portanto, inovação substancial no sistema processual,

então em vigor, com a modificação proposta, que se aproximava bastante do tratamento dado à revelia.

Apenas para efeito de raciocínio, examino a sistemática resultante da proposta e o disposto no art. 273, § 6º, do Código revogado, isto é, a antecipação de tutela fundada na existência de parte incontroversa do pedido. Se o réu não impugnasse parte do pedido, podia ser antecipada a eficácia da tutela correspondente a essa parcela incontroversa. Verificado esse fenômeno, deveria incidir, a meu ver, a previsão do art. 273-B, § 2º do anteprojeto: preclusa a decisão e não requerido o prosseguimento do processo por qualquer das partes, dar-se-ia o trânsito em julgado. Com relação à parte controvertida, como o autor omitira-se quanto ao pedido de julgamento do mérito, conclui-se ter havido renúncia tácita ao direito, devendo o juiz extinguir o processo mediante sentença. Ao fazê-lo, levaria em conta a sucumbência de ambas as partes para o fim de fixar a responsabilidade pelas custas e pelos honorários.

Essas considerações destinam-se tão somente a trazer ao conhecimento dos leitores a solução proposta no anteprojeto para a estabilização da tutela antecipada, não adotada pelo legislador de 2015.

3.21. Antecipação prévia e incidental

Na legislação anterior, a antecipação de efeitos da tutela final devia ser requerida incidentalmente, no próprio processo em que se pleiteava a tutela definitiva. Não havia, pois, necessidade de demanda autônoma e, conseqüentemente, não se instaurava relação processual distinta.

Não havia previsão, porém, para dedução do pedido dessa

modalidade de tutela provisória em caráter antecedente, ou seja, antes da propositura da demanda visando à obtenção da tutela final e definitiva.

Já em relação à provisória cautelar, ou seja, aquela com conteúdo meramente conservativo, para a qual era necessária ação autônoma, admitia-se fosse requerida antes da demanda principal (art. 796). Iniciava-se, então, o processo cautelar, devendo o autor formular, em seguida, o pedido de tutela definitiva.

Não obstante a omissão do legislador, sempre entendi não estar excluída a possibilidade de a tutela antecipada ser requerida em caráter antecedente, mesmo porque muitas vezes a urgência é incompatível com o tempo necessário à preparação da demanda cognitiva. Pense-se, por exemplo, na sustação de protesto ou na separação de corpos – ambos provisórios com conteúdo antecipatório de efeitos, a meu ver. Nem sempre a parte já dispõe de todos os elementos necessários à propositura da demanda visando ao reconhecimento da nulidade do título ou à separação judicial. Mas, se não antecipados imediatamente os efeitos das respectivas tutelas finais, o dano a ser evitado pode consumir-se, muitas vezes em caráter irreversível.

Nesses casos, não via como impedir a antecipação em processo prévio, tal como ocorria com as cautelares conservativas antecedentes (CPC73/, art. 796).

Além do mais, havia situações em que não inexistia alternativa, senão o procedimento autônomo. Se, após interposta a apelação e antes da remessa dos autos ao tribunal, surgisse necessidade da antecipação dos efeitos da tutela recursal, deveria a parte pleiteá-la imediatamente.

Nesta, como em muitas outras situações verificada no âmbito do direito processual, a exigência da forma deve ser relevada. Se necessária a

antecipação dos efeitos da decisão recorrida, se os autos ainda não estivessem no Tribunal, só restava à parte pleitear a respectiva tutela naquela instância (CPC, art. 800, parágrafo único). A incidência desse dispositivo legal era aceita pela doutrina,³²¹ o que reforçava a tese segundo a qual, não obstante a resistência doutrinária, era artificial a tentativa de negar a identidade ontológica entre as medidas de urgência e provisórias.

Esse pedido de antecipação somente não podia ser feito nos autos principais por absoluta impossibilidade prática. Mas, ainda que formulado antes de iniciado o processo, o conteúdo da pretensão é idêntico: tutela antecipada destinada a assegurar o resultado útil do processo.

Esta conclusão decorria de premissa por mim adotada, em relação à natureza da tutela antecipada. Sempre defendi a inexistência de diferença substancial entre as modalidades de medida de urgência: conservativa e antecipatória. Muito embora distintas quanto à eficácia, ambas visam ao mesmo objetivo, pelo menos em face do sistema então em vigor, qual seja, o de assegurar a efetividade da tutela final, de que constituem mero instrumento.

O aspecto formal em nada influía na natureza da tutela. Ainda que requerida no bojo do processo cognitivo, caracterizava-se como provisória incidental. Além do mais, não se podia excluir definitivamente seja a antecipação requerida em procedimento autônomo. Desde que necessária a utilização dessa técnica em determinada situação concreta, a fim de assegurar a efetividade da tutela, devia ser admitida. Questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos.

³²¹. Cfr. Athos Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, p. 72.

Na proposta de alteração do Código de 1973 acima mencionada, além da estabilização da tutela antecipada, o que modifica fundamentalmente a substância do instituto, previu-se expressamente a possibilidade de a medida ser postulada em processo sumário autônomo (art. 273-A).

Embora originariamente provisória, a tutela antecipada sumária, concedida em caráter antecedente, poderia tornar-se preclusa e até transitar em julgado, transformando-se então em tutela final e definitiva. Bastava que nenhuma das partes propusesse a demanda de cognição exauriente (art. 273-B, §§ 1^a e 2^a).

O Código de 2015 adotou em parte essas propostas. Além de admitir a estabilização da tutela antecipada – sem conferir-lhe a possibilidade de adquirir a qualidade da coisa julgada (art. 304 e § 6º) – regulou expressamente o procedimento destinado ao pedido formulado em caráter antecedente. Ressalte-se, todavia, a inexistência de autonomia processual, pois a pretensão à tutela definitiva deve ser deduzida mediante mero aditamento da inicial, nos termos do art. 303, § 1º, inciso I.³²²

3.22. A tutela antecipada e o eventual processo de cognição exauriente

³²² Na I Jornada de Direito Processual Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em agosto de 2017, concluiu-se que: “Não ocorre estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, quando deferida em ação rescisória (Enunciado 43). No Seminário “O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil, promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (ENFAM)”, foi aprovado o Enunciado 27, nos seguintes termos: “Não é cabível ação rescisória contra decisão estabilizada na forma do art 304 do CPC/2015.”

Continuemos a comparar algumas soluções propostas no anteprojeto de reforma do Código de 1973 e o regime adotado pelo legislador de 2015.

Segundo o anteprojeto, concedida a antecipação, em procedimento prévio ou incidentalmente, embora preclusa a decisão, poderia qualquer das partes iniciar ou requerer o prosseguimento do processo de cognição exauriente.

Necessário verificar, portanto, a possível influência do julgamento desta demanda sobre a antecipação da tutela. As várias alternativas quanto ao resultado do julgamento devem ser examinadas.

Vejamos em primeiro lugar a tutela antecipada deferida em procedimento autônomo e a demanda de cognição plena proposta pelo autor. Se este processo fosse extinto sem julgamento do mérito, segundo o que dispõe o art. 273-D da proposta, ficaria mantida a eficácia da medida de urgência.

A solução, adotada em caráter genérico, não me parecia adequada, pois a mera preclusão incidente sobre a decisão não poderia prevalecer sobre algumas hipóteses em que não há exame do mérito, como as que contêm juízo de carência, por exemplo. Talvez a extinção do processo por alguma nulidade não devesse influir na antecipação. Mas essa conclusão não poderia ser aplicada às hipóteses de ilegitimidade, falta de interesse. Tais conclusões revelam-se absolutamente incompatíveis com a subsistência da antecipação.

Por isso, propus fosse modificada a redação do artigo, para excluir da previsão as sentenças incompatíveis com a tutela antecipada, como ocorre com as que decretam a carência, com exceção da falta de interesse-adequação. Neste caso, não há óbice a que subsista a tutela

sumária, pois a extinção deve-se a fator exclusivamente processual. Inexiste juízo de valor sobre aspectos da realidade material, o que não ocorre com as demais hipóteses de carência, em que a situação substancial é examinada, ainda que em tese, ou seja, à luz das afirmações feitas na inicial.³²³

Também a improcedência da demanda proposta pelo autor implicaria imediata cessação dos efeitos da tutela antecipada, por total incompatibilidade entre o juízo de cognição sumária e aquele proferido a final. Ainda que preclusa a decisão concessiva da antecipação, prevaleceria o julgamento de mérito, resultante de exame profundo da relação substancial.

Pela mesma razão, se movida pelo réu a ação, somente o resultado a ele favorável poderia influir na eficácia da decisão sobre a antecipação. A procedência da demanda cognitiva implicaria inexistência do direito verossímil. Entre a certeza de que não há direito passível de tutela e a plausibilidade reconhecida por decisão preclusa, deveria prevalecer a primeira.

Já a extinção do processo sem julgamento do mérito e a improcedência não afetariam a tutela de urgência.

Examinemos agora a antecipação obtida incidentalmente, ou seja, no curso do processo de cognição exauriente. Procedente o pedido formulado pelo autor, após cognição plena, haveria substituição da decisão concessiva da antecipação, sendo a sentença, nessa parte, imediatamente eficaz (CPC/73, art. 520, VIII).

A extinção do processo por alguma nulidade também não

³²³. Cfr. meu *Direito e processo*, pp. 85 e ss.

interferiria na eficácia da decisão interlocutória. Já a carência e a improcedência são manifestamente incompatíveis com a antecipação, que não pode subsistir. Inadmissível que a simples preclusão processual prevaleça sobre a inexistência do direito, a ilegitimidade de parte, a falta de interesse processual (exceto o interesse-adequação) e a impossibilidade jurídica do pedido (então considerada condição da ação). Como a decisão interlocutória concedendo a antecipação não transitara em julgado, visto que o processo se desenvolveu com vistas à cognição exauriente, a imutabilidade interna (preclusão) deveria ceder em face de sentença com ela incompatível.

Em conformidade com o Código de 2015, a antecipação de efeitos da tutela final (tutela antecipada) é modalidade de tutela provisória de urgência, ao lado da cautelar. Pode ser requerida incidentalmente ou em caráter antecedente (art. 294, parágrafo único).

Se pleiteada no curso do processo de cognição exauriente, independe do pagamento de custas (art. 395) e conserva sua eficácia até o final, inclusive durante eventual suspensão, salvo revogação ou modificação (art. 296 e parágrafo único).

Pode ser requerida também antes da propositura da demanda visando à tutela definitiva. Nesse caso, em conformidade com o disposto o art. 303, *caput*, o autor dirige petição ao juízo competente para o processo futuro (art. 299), formulando exclusivamente o pedido de tutela antecipada, embora deva fazer referência expressa à tutela final e à respectiva controvérsia, bem como à intenção de valer-se dessa técnica.

³²⁴Apresentará também os fundamentos para a urgência (perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo). Concedida a providência liminarmente, o processo seguirá seu curso com o aditamento da inicial, em 15 dias, para inclusão do pedido de tutela definitiva, sob pena de extinção do processo, e citação do réu (art. 303 e §§).

A estabilização da tutela antecipada só é admissível se requerida em caráter antecedente (art. 304). O pedido incidental não comporta essa figura. Muito menos a antecipação inerente à concessão da tutela da evidência. A previsão encontra-se no Capítulo II, reservado à tutela antecipada de urgência, requerida em caráter antecedente. Além disso, o art. 304 limita expressamente a estabilização à tutela provisória regulada no art. 303. Os dispositivos não comportam, pois, interpretação extensiva, mesmo porque a restrição é inequívoca.³²⁵

3.23. A nova configuração da tutela antecipada

³²⁴ Não há identidade entre os dois pedidos. Se concedida, a tutela antecipada possibilita à parte usufruir imediatamente dos efeitos da futura e eventual tutela definitiva, por força da qual, procedente o pedido, ser-lhe-á reconhecido o direito. Tutela antecipada e tutela final não se confundem. Contra, Araken de Assis, *Processo civil cit.*, p. 401.

³²⁵ Nesse sentido, acertadamente, Flávia Pereira Hill, *O regime da estabilização da tutela antecipada*, in *O novo processo civil brasileiro*, coletânea em homenagem ao Ministro Luiz Fux, Rio de Janeiro, GZ Editora, vol. I, 2018, p. 378. Contra, Teresa Arruda Alvim e outros, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, pp. 511. Os autores invocam o entendimento de Humberto Theodoro Jr., que não é repetido, todavia, no *Curso de Direito Processual cit.*, p. 705, publicado posteriormente. Embora considere tecnicamente mais adequada a admissibilidade da estabilização também na antecipação incidental, não foi essa a opção do legislador. Durante os trabalhos de elaboração do anteprojeto do Código, sugeri aos colegas da comissão essa alternativa, adotada no anteprojeto elaborado pela comissão indicada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, aqui já referido (v. n. 3.20) e da qual também participei, mas optou-se por não adotá-la. Diante do termos do art. 304, a ampliação configura interpretação *contra legem*.

Alguns anos antes da revogação do Código de 1973, considerando as propostas de alteração da técnica da tutela provisória pelo anteprojeto aqui examinado, teço algumas considerações, cuja manutenção considero pertinentes, pois facilitam a compreensão do sistema adotado pelo Código de 2015. Chamo a atenção, todavia, para o aspecto terminológico. Ao aproximar a tutela antecipada da cautelar, tinha por objetivo demonstrar a identidade ontológica entre essas modalidades de providência, razão pela qual considerava uma espécie da outra, ao lado da conservativa. Como já esclarecido anteriormente, o Código atual reconheceu a identidade, mas optou por terminologia diversa. Denominou o gênero de tutela provisória, da qual são espécies a antecipada e a cautelar.

Feito esse esclarecimento, reproduzo nos parágrafos seguintes as ideias sobre o tema, insistindo na finalidade levar ao conhecimento do leitor questões discutidas no regime anterior e solucionadas pela legislação em vigor. A técnica adotada pelo CPC/2015 eliminou polêmicas processuais meramente teóricas, sem qualquer utilidade prática:

“As reformas por que vem passando o processo destinam-se a dotá-lo de celeridade, sem abrir mão do valor segurança.

Tornar mais ágil o desenvolvimento da relação processual e assegurar a utilidade do resultado constituem objetivos visados pelo processualista. A via da tutela cautelar não conduz à solução da controvérsia, mas busca evitar que a tutela final seja completamente ineficaz, por violação irreversível do direito. Representa alternativa que,

sem influir na técnica reservada ao processo de conhecimento, busca garantir a efetividade da tutela final.

Esse necessário nexo de instrumentalidade entre a tutela cautelar e o provimento final revela-se evidente na modalidade cautelar conservativa, em que o conteúdo de cada uma delas é diverso. As consequências do arresto e da tutela satisfativa relativa ao direito de crédito violado, por exemplo, não se confundem. A eficácia do primeiro não atinge diretamente a segunda. Apenas assegura sua utilidade prática.

Já a instrumentalidade entre a denominada cautelar antecipatória e o mérito é uma questão de pura política legislativa.

No direito brasileiro em vigor, por exemplo, tanto a hipótese genérica da tutela antecipada (CPC, art. 273) quanto a tutela cautelar conservativa guardam nexo com a tutela de cognição plena, pois a eficácia do provimento provisório está condicionada à iniciativa e ao resultado do processo cognitivo (CPC, arts. 273, § 5º, e 808).

Tratando-se de cautelar antecipatória, todavia, seria perfeitamente possível disciplinar de forma diversa seu relacionamento com a tutela definitiva, tal como ocorre com a référé do direito francês e as einstweiligen Verfügungen germânicas.

A référé-provision torna-se definitiva se as partes, após a satisfação do direito, não manifestem interesse no prosseguimento do processo. Isso faz com que boa parte dos processos termine com tal decisão, pois o réu somente irá tomar a iniciativa de pleitear a sentença de mérito se estiver seguro quanto ao direito de reaver o que pagara injustamente.

Na Bélgica o sistema da tutela concedida antes de iniciado o processo cognitivo é semelhante (code judiciaire, art. 584), o mesmo

ocorrendo com a medida incidente (art. 19).

*Tais tutelas provisórias não têm natureza cautelar, pois possuem aptidão para transformar-se na regulamentação definitiva da relação material objeto do processo.*³²⁶

Embora interina e suscetível de trânsito em julgado, a decisão que as defere aproxima-se mais das denominadas tutelas sumárias não cautelares, pois não perde a eficácia diante de eventual extinção do processo.

A cautelar conservativa guarda relação de dependência total e inafastável com a tutela cognitiva ou executiva. O efeito prático dessa modalidade de medida de urgência não se confunde com aquele pretendido mediante a tutela final. O arresto e o sequestro apenas garantem a satisfação do crédito. São providências meramente assecuratórias, cuja eficácia não se confunde com a da tutela definitiva.

Já o conteúdo da tutela antecipada identifica-se, ainda que em parte, com o da tutela definitiva. Por isso, ela é satisfativa. A separação de corpos nada mais é do que a cessação provisória do dever de coabitação.

³²⁶. Segundo correta observação de Lea Querzola, característica fundamental da cautelar é o necessário e inafastável nexó com a tutela final, do qual é instrumento. Em razão disso, se a instrumentalidade deixa de ser essencial e assume caráter eventual, possibilitando a subsistência da decisão independentemente de outro pronunciamento sobre a relação de direito material, não pode ser considerado cautelar. Ela dá posição sustentada por alguns, segundo a qual a aptidão para tornar-se definitiva não compromete o caráter cautelar da medida, visto que funcionalmente concebida para ser instrumento de outra. Para a autora, a cautelaridade depende da instrumentalidade estrutural, caracterizada pela necessária vinculação entre a decisão provisória e a definitiva: “concependo Il provvedimento come non necessariamente vincolato, anche temporalmente, ad un altro provvedimento definitivo, altre all’elemento caratteristico della strumentalità propriamente e rigidamente intesa, verrebbe anche meno quello della provvisorietà, trattandosi di un provvedimento suscettibile, se non caducato o sostituito da un provvedimento definitivo, di produrre effetti *sine die*. Con ciò, dunque, negando le due caratteristiche che, da Calamandrei alla maggioritaria dottrina contemporanea, costituiscono il *proprium* della cautela” (cfr. *La tutela anticipatoria*, pp. 121-124, esp. nota 19).

Decretada a separação judicial, esse efeito, já obtido antecipadamente, torna-se definitivo. Os alimentos provisórios configuram antecipação do efeito prático da tutela condenatória.

As características principais da tutela antecipada, tal como regulada pelo art. 273 do Código de Processo Civil, são a provisoriedade e a relação de dependência com a tutela final, que a substitui. Se, por qualquer motivo, a tutela de cognição exauriente não for concedida ao beneficiário da antecipação, esta será automaticamente cassada.

Pode o legislador, todavia, regular de forma diversa o instituto da tutela de urgência antecipatória. Nada obsta seja adotada a provisoriedade eventual, o que acaba alterando a natureza da medida. Com a nova regulamentação, ela perde o caráter cautelar.

Esta é a novidade proposta pela comissão. Concedida a tutela antecipada, a cognição plena fica na dependência da provocação de qualquer das partes. Não formulado pedido nesse sentido, a consequência será a definitividade da providência concedida em caráter sumário. A decisão transitará em julgado, tornando-se imutável.

Pretende-se, com essa solução, reduzir o número de processos ordinários, pois haveria a tendência de a parte conformar-se com o resultado, principalmente se não tiver convicção sobre a possibilidade de modificação da tutela sumária.³²⁷

³²⁷. A solução genérica prevista no direito italiano para as cautelares antecipatórias é semelhante à adotada no Brasil. Sergio Chiarloni é adepto da técnica diversa, próxima da apresentada pela comissão, por entendê-la mais eficaz para o descongestionamento da via ordinária. Afirmo que, por ocasião da reforma de 1990, poderia o legislador ter optado por forma diversa de correlação necessária entre o provimento antecipatório e o processo de mérito, “scartando la scelta di sanzionare con l’inefficacia il primo nel caso di mancato inizio entro un certo termine del secondo. Non vedrei nulla di scandaloso in un sistema che, consentendo al giudice di provvedere in maniera provvisoria ed *anticipata* sulla tutela

Essa forma de tutela, idônea a produzir efeitos definitivos no plano material, sem guardar qualquer vínculo de instrumentalidade com outro tipo de provimento informado pela cognição exauriente, não constitui novidade, como já visto no decorrer do trabalho.

Há situações em que a tutela jurisdicional, não obstante a presença de características inerentes à tutela cautelar, tem natureza diversa, pois não é dotada de provisoriedade e de instrumentalidade. Não é o conteúdo antecipatório que a descaracteriza como cautelar, mas a definitividade de que é dotada.

Dois exemplos, extraídos do direito italiano, demonstram a existência dessa categoria de provimento judicial.

Um deles é a previsão do direito de resposta, a ser publicado pela imprensa. O legislador leva em conta aspectos inerentes ao direito material para determinar a urgência do pronunciamento judicial. A resposta somente será eficaz se contemporânea à informação contestada, pois a memória do público não é eterna.³²⁸

Apesar da menção à tutela cautelar, a urgência aqui verificada não conduz a essa modalidade de medida. Embora presente o periculum in

giurisdizionale, in base ad una delibazione sommaria del relativo bisogno, lasci poi al controinteressato l'iniziativa di chiedere un eventuale provvedimento definitivo di accertamento. Cose del genere avvengono con soddisfazione di tutti, sia in Francia con il procedimento di *référé*, sia in Germania con le *einstweiligen Verfügungen*, tanto per citare esempi a noi vicini" ("Prime riflessioni", p. 673).

³²⁸. Lotario Dittich examina essa hipótese, que, a seu ver, representa tutela sumária não cautelar, exatamente porque o provimento, embora fundado no art. 700 do c.p.c., tem natureza definitiva (cfr. "Dalla tutela cautelare", pp. 672 e ss.). E explica a razão da urgência: "il pregiudizio derivante dalla pubblicazione di una notizia falsa o comunque offensiva tende a diminuire progressivamente sino a divenire del tutto irrilevante dopo il trascorrere di un certo lasso di tempo, variabile a seconda dell'importanza dei fatti o della persona coinvolta" (p. 677).

mora, a publicação imediata da resposta, mediante cognição sumária, satisfaz definitivamente o próprio direito material, inexistindo nexos com futuro provimento de mérito. Não se trata de assegurar a atuação prática do direito, mas de atuá-lo.

A cognição cautelar leva à probabilidade de existência do direito e à necessidade de preservá-lo. A tutela sumária não cautelar é a própria declaração do direito.

Embora haja referência ao art. 700 do código italiano, o pronunciamento é dotado de autonomia, desvinculado de um futuro juízo ordinário de mérito.

Parece-me possível a existência de tutela cautelar antecipatória, mas esta deve guardar nexos de funcionalidade com o provimento futuro.

O mesmo ocorre com a legislação pertinente à indenização concedida em favor de arrendatários ou locatários de terrenos pela devolução ao proprietário autorizado a neles construir.³²⁹

Também as decisões reguladas pelos artigos 186-bis e 186-ter do cpc representam verdadeira tutela condenatória antecipada, destinada a permitir a imediata produção dos efeitos executivos do provimento condenatório final, com a consequente satisfação do direito. Não

³²⁹. Cfr. Lotario Dittrich, “Dalla tutela cautelare”, pp. 685 e ss. A regra prevê forma de tutela imediata em favor do proprietário que efetuou o pagamento da indenização pleiteada pelo locatário, para obter a devolução do imóvel. Desnecessária a demonstração de perigo de dano, nem o pronunciamento urgente está vinculado a outro destinado a solucionar a lide. Por isso, conclui Lotario Dittrich que a regra não apresenta nenhuma das características da tutela cautelar urgente: “non ha la finalità di evitare il realizzarsi di un danno nel tempo necessario per il giudizio di merito; concorre senza zone di sovrapposizione con l’ordinaria tutela cautelare; presuppone un accertamento tendenzialmente pieno della fattispecie giuridica sottoposta alla cognizione del giudice; infine non postula nessun collegamento funzionale con un successivo giudizio di merito: tutte caratteristiche di un procedimento *non* cautelare, avente natura típica e funzionalmente autonoma rispetto al giudizio di merito” (p. 691).

configuram, todavia, pronunciamentos de natureza cautelar porque, embora precedidos de cognição sumária, são potencialmente aptos a se tornar definitivos, o que revela a ausência da instrumentalidade e da provisoriedade, características essenciais dessa modalidade de tutela.

Em todas essas situações, os pronunciamentos antecipatórios e interinos não adquirem estabilidade, sendo impossível pensar-se na imutabilidade decorrente da coisa julgada em relação aos efeitos por eles produzidos. Isso decorre da sumariedade da cognição que os antecede. Todavia, podem tornar-se estáveis, mesmo que extinto o processo sem concessão da tutela condenatória.

Ainda que a ausência de controvérsia em relação ao valor pleiteado autorize, no direito italiano, apenas a antecipação do provimento condenatório, sem dispensá-lo ao final do procedimento, essa modalidade de tutela interina não se identifica com a cautelar, pois podem seus efeitos sobreviver à extinção do processo, fenômeno inadmissível em sede de tutela assecuratória, essencialmente instrumental e provisória.

Tais peculiaridades geram certa perplexidade no momento da classificação da tutela assim concedida. Aponta-se seu caráter misto, pois possui aspectos dos provimentos autônomos de cognição sumária e dos cautelares.³³⁰

Fenômeno análogo verifica-se no direito inglês. Admite-se que medidas, em princípio provisórias, assumam caráter definitivo, com

³³⁰. Segundo Comoglio: “Forse, la soluzione più accettabile – ancorché non del tutto appagante – è quella che tenta di porre l’accento sul carattere ‘misto’ dell’ordinanza di condanna anticipata, collocandola a mezza via tra i provvedimenti autonomi a cognizione sommaria, capaci di acquisire una stabilità *pro judicato*, ed i provvedimenti che, nel differenziarsi (per una strumentalità loro propria) da quelli cautelari *strictu sensu*, dovrebbero comunque reputarsi, in ragioni della loro istituzionale provvisorietà, interinali ed anticipatori” (“I provvedimenti anticipatori”, p. 320).

*aptidão para representar a decisão final sobre o litígio. Isso porque as partes acabam se contentando com aquela solução inicial, que entendem como indicativo de como será a decisão definitiva. Na grande maioria dos casos, portanto, não se chega ao trial.*³³¹

Essas soluções revelam a tendência de sumarização da atividade cognitiva do juiz, em razão da irritante demora na entrega da tutela jurisdicional pela via ordinária.

A proposta apresentada preserva o devido processo legal e, ao mesmo tempo, confere maior grau de efetividade à tutela. Concedida a antecipação, possibilita-se a ambas as partes provocar a atividade jurisdicional, visando à cognição exauriente. Somente se nenhuma delas formular o pedido, a decisão sumária tornar-se-á definitiva, transitando em julgado. Não há, portanto, violação ao contraditório e à ampla defesa.

Esta sistemática, reitera-se, não constitui novidade no sistema processual brasileiro.

O título executivo extrajudicial torna possível a obtenção de tutela satisfativa sem prévia atividade cognitiva. Os atos executivos só serão suspensos se houver provocação do sujeito passivo, mediante embargos à execução. Se não, o processo de execução prosseguirá até a satisfação do autor.

Também a tutela monitória, não opostos embargos ao mandado, transforma-se em título executivo judicial independentemente de cognição exauriente sobre o mérito. Ao examinar a inicial, o juiz limita-se a verificar os pressupostos processuais e as condições da ação. Só haverá

³³¹. Cfr. Vincenzo Varano, “Tendenze evolutive”, pp. 56-57.

exame profundo do mérito, se o réu formular pedido nesse sentido.

A grande diferença entre tais mecanismos e a proposta de estabilização da tutela antecipada é a coisa julgada.

Para conferir coerência ao sistema, talvez deva o legislador prever decisão para que, não havendo embargos, o mandado monitório transforme-se em título judicial, dotando-o de imutabilidade própria da coisa julgada (CPC, art. 1.102c). Também não há óbice a que a lei, não opostos embargos pelo executado, preveja decisão a ser proferida no curso do processo de execução, admitindo como certo o débito previsto em título extrajudicial, que se transformaria em judicial e adquiriria imutabilidade inerente à coisa julgada.

De qualquer modo, já existe no sistema sentença apta ao trânsito em julgado e não precedida de cognição plena: julgamento fundado no art. 330, inc. I, do Código de Processo Civil.

A opção pela admissibilidade de provimentos sumários, proferidos sem motivação, encontra exemplos no decreto injuntivo do direito italiano e alemão, bem como na référé francesa.

Como já observado, a tutela sumária fundada no alto grau de probabilidade da existência do direito, em princípio provisória, mas com possibilidade de tornar-se definitiva, cabendo a quem teve de suportar seus efeitos a iniciativa do processo, não representa necessariamente violação aos princípios fundamentais do devido processo legal.

A ideia, em última análise, tem em vista a tutela do direito provável, verossímil, afirmado pelo autor. Cabe a qualquer das partes, se quiser, provocar a atividade cognitiva plena e exauriente do juiz.

É preciso cuidado, todavia, para não transformar o instituto em mecanismo de proteção exagerada do autor, conferindo-lhe verdadeiro

privilégio, com sério comprometimento do princípio da isonomia.

Não raro, fatores econômicos podem contribuir para que o autor apresente versão verossímil e acabe obtendo, muitas vezes em caráter liminar, a tutela sumária. Nesse caso, a eficácia definitiva da medida, se não pleiteada a tutela final por qualquer das partes, acaba por agravar as consequências decorrentes da possível desigualdade entre os sujeitos do processo. Nem sempre aquela mais fraca terá condições de provocar o juízo de certeza, preferindo suportar os efeitos da tutela de urgência injusta.

Além desse aspecto, relacionado ao princípio da isonomia, setores da doutrina discordam da solução, porque identificam diferença entre o juízo de verossimilhança, próprio da tutela cautelar, e a cognição necessária à concessão da tutela sumária não cautelar.³³²

A tutela sumária não cautelar deve ser adotada, como já visto, em casos específicos, principalmente em relação a direitos absolutos, submetidos a risco de dano irreparável. Aqui, os valores em conflito autorizam solução radical, ainda que dela possa advir prejuízo para a parte contrária.

³³². Luigi Montesano, após sustentar, à luz do ordenamento italiano, ser substancialmente diverso o conteúdo probatório necessário a que o juiz conceda uma ou outra modalidade de tutela, observa que a solução de admitir a transformação da tutela sumária cautelar em definitiva pode favorecer o mais forte em detrimento do mais fraco. Suas observações constituem verdadeiro alerta aos que se preocupam tão-somente com a rapidez, como se esse fosse o único valor passível de proteção em sede processual. Pondera o autor que o pedido sucessivo de tutela cognitiva ordinária, necessário a que não perca eficácia a medida urgente, favorece a parte economicamente mais frágil, que não teve condições de defender-se a contento e foi vítima de providência possivelmente injusta. Ela “troverebbe garanzia nell’onere, non lieve, gravante sull’avversario, di dimostrare con gli strumenti dell’istruttoria normale il diritto cautelato ma inesistente. É innegabile comunque che la necessità, per chi abbia ottenuto la cautela, di riconquistarsi la vittoria in via di cognizione ordinaria, è un forte deterrente all’uso del procedimento cautelare per costringere la parte più debole a soddisfare ingiuste pretese” (“Strumentalità e superficialità”, p. 315).

Mas, ao menos em princípio, trata-se de solução excepcional, adequada apenas à tutela daqueles valores relevantes do ser humano, cuja ofensa pode comprometer a própria vida. Não se deve admitir a sumarização como regra, pois haveria risco de retrocesso a fases já ultrapassadas do fenômeno processual, em que princípios importantes, como igualdade, ampla defesa, contraditório, eram desconhecidos.

A urgência deve ser atendida, como regra, mediante aquela tutela provisória e instrumentalmente ligada a outra, esta indispensável para a realização do devido processo legal. A tutela cautelar, conservativa ou antecipatória, é a solução a ser adotada em caráter genérico.

A denominada provisoriedade eventual constitui solução de compromisso. Trata-se de medida originariamente instrumental, pois basta a iniciativa da parte interessada para fazer com que a tutela de cognição plena passe a ser essencial. Mas é também potencialmente definitiva, visto que a omissão poderá transformá-la em decisão final.

Com a advertência quanto à liminar (CPC, art. 273, § 5º, da proposta) e com a concessão de prazo razoável para a provocação do juízo de certeza, preserva-se adequadamente o devido processo legal.

O que não se admite é a lentidão do processo servir de fundamento para o abandono completo da técnica da cognição ordinária, que incorpora garantias fundamentais das partes. Perigosa, pois, admissibilidade da tutela de cognição sumária, especialmente se não adotadas medidas destinadas a manter o equilíbrio entre as partes, pois corre-se o risco de conferir privilégios a pessoas em detrimento de outras, o que implica tratá-las desigualmente.³³³

³³³. A advertência é de Tarzia, que também aponta para o risco da sumarização do processo

De mais a mais, a cognição plena não é, por si só, a razão determinante da lentidão do processo. A crise do sistema tem outras raízes, a maioria delas de natureza extraprocessual. Por isso é preciso ponderar bem sobre a conveniência, em cada caso, de se afastar a cognição plena e as garantias que a acompanham.”

Estas considerações aplicam-se ao regime da tutela antecipada, tal como regulada pelo Código de 2015, com duas ressalvas: a estabilização é fenômeno diverso da coisa julgada, pois a respectiva decisão pode ser impugnada no prazo de dois anos, independentemente de ação rescisória; ela só é admissível se a tutela antecipada for requerida em caráter antecedente.

3.24. Síntese da proposta apresentada no anteprojeto e o Código de Processo Civil de 2015

Em princípio, as técnicas de cognição sumária, que possibilitam seja a tutela concedida de forma mais rápida, não esgotam a função jurisdicional. É necessária a regulamentação da fase posterior ao pronunciamento, em que a cognição seja exauriente e o contraditório pleno.

Não importa se a realização do contraditório diferido verifica-se no mesmo processo, tal como ocorre no sistema em vigor (arts. 294,

(cfr. “Considerazione comparative”, pp. 243-244 e 249). A doutrina Argentina, ao tratar da tutela sumária, representada pelas medidas autosatisfativas, além de ressaltar o caráter excepcional da solução, adverte para o perigo de que o mecanismo, se adotado indiscriminadamente, acabe comprometendo o resultado do processo (v. Marcela García Solá, “Medidas autosatisfactivas”, pp. 271-273).

parágrafo único e 303) ou depende da instauração de outro, cujo ônus pode ser atribuído apenas a quem sofre as consequências da antecipação ou a ambas. Inadmissível é a abolição completa das garantias inerentes à segurança jurídica, não o diferimento.

Tendo em vista o sistema de controle das decisões judiciais, principalmente a possibilidade de suspensão imediata dos efeitos da decisão recorrida (CPC/2015, arts. 1.015, I e 1.019, I), talvez seja correto afirmar que o contraditório, mesmo em face de medidas liminares, é praticamente imediato.

Aliás, na técnica do título executivo extrajudicial o contraditório é não só posterior à constrição patrimonial do devedor como, também, se apresenta em linha de eventualidade. A oposição de embargos pelo executado implica o exercício, por parte dele, do direito de ação. Caso não o faça, a execução segue seu curso, sem cognição da relação material.

É verdade que a penhora não importa satisfação do crédito. Constitui apenas o ato inicial do processo expropriatório, que somente se consuma com a alienação do bem e a entrega do dinheiro ao exequente. Mas, de qualquer forma, já representa a invasão do patrimônio do devedor, antes de qualquer atividade cognitiva. A razão de ser está na probabilidade de existência do direito, que o legislador considera suficiente para autorizar a constrição.

A técnica processual da tutela sumária ou provisória nada mais é do que a transferência desse juízo de valor ao julgador. Cabe a ele, verificando a verossimilhança do direito e a necessidade de antecipar provisoriamente sua satisfação, conceder a tutela de urgência.

Essa transferência, todavia, pode ser feita de várias maneiras, ou seja, há mecanismos diversos para concretizá-la.

É possível o legislador já prever as situações em que ele entende adequada a satisfação antecipada e provisória, deixando para o juiz tão-somente o exame da probabilidade do direito (tutela da evidência, antecipação de tutela possessória).

Outras vezes a tutela antecipada tem como pressupostos o perigo de dano e a verossimilhança (CPC/2015, arts. 294 e 300).

Também o abuso do direito de defesa ou intuito protelatório do réu pode justificar a tutela provisória, desde que verossímil o direito afirmado (CPC, art. 311, I). Aqui, compete ao juiz verificar a presença dos dois requisitos.

Todas possuem aspectos comuns: são provisórias e instrumentais, isto é, destinam-se a afastar perigo de ineficácia da tutela definitiva ou final.

No anteprojeto, a controvérsia apenas parcial era outra razão para justificar a antecipação de efeitos (CPC, art. 273, § 6º). No Código de 2015, autoriza o julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356, I).

Ao lado dessa categoria de tutela provisória existem aquelas aptas a se tornar definitivas, ou seja, que prescindem de outro provimento jurisdicional, ainda que precedidas de cognição sumária (a tutela monitória, por exemplo).

Insiste-se, todavia, no alerta contra a generalização do processo de cognição sumária, como se a segurança jurídica, representada pelas garantias do devido processo constitucional, fosse o grande mal do processo moderno.

O exagero e a radicalização são perigosos, pois levam a soluções

fundadas em apenas um dos múltiplos aspectos do problema. O processo civil brasileiro é lento, mas essa deformação não pode ser creditada exclusivamente à possibilidade de ampla participação dos sujeitos parciais durante o procedimento, tentando influir no resultado.

Evidentemente, não se podem eleger a segurança jurídica e as garantias do processo como valores absolutos. Nessa área da atividade humana, como, de resto, em quase tudo na vida, o relativismo predomina. O culto exagerado aos princípios pode levar ao enrijecimento do processo, fenômeno também não desejado.

Mas também não vamos adotar solução diametralmente oposta, considerando a rapidez, com a consequente sumariedade da cognição, como único valor a ser perseguido no processo. Temos de refletir bem sobre o alto preço a ser pago por essa opção extrema, que pode comprometer a segurança oferecida pelo instrumento estatal de solução de controvérsias. O processo justo (*equo*) não é apenas aquele que permite soluções rápidas. Esse é apenas um dos valores, mas há outros dotados de igual importância.

A excessiva sumarização do processo de conhecimento, como técnica genérica de luta contra o tempo, pode comprometer de forma inaceitável as garantias de segurança. O ideal, portanto, é o equilíbrio entre os valores contrastantes do processo.³³⁴

Para atendê-lo, a tutela provisória representa solução adequada, principalmente se admitida a hipótese de antecipação de efeitos.

Resultado idêntico teremos com a moderna construção da tutela sumária provisória, adotada pelo legislador de 2015, que tem como

³³⁴. Cfr. Comoglio, Ferri e Taruffo, *Lezione*, p. 584.

espécies a tutela cautelar (meramente conservativa) e a tutela antecipatória (de caráter satisfativo).

Esse modelo de soluções urgentes e provisórias vem atendendo de forma suficiente à necessidade de urgência, sem comprometer as garantias constitucionais do processo. O sistema de freios e contrapesos de que é dotado afasta o risco de dano causado pela demora e ao mesmo tempo evita dano injustificável a quem não tem a obrigação de suportá-lo. Também assegura a compensação se esse resultado indesejado ocorrer.

Não se pode negar, todavia, que a cognição exauriente constitui exigência muitas vezes dispensável. É suficiente, para assegurar a igualdade das partes e o devido processo legal, conferir eventualidade a essa atividade jurisdicional posterior à medida de urgência, como ocorre com a monitória e com a execução fundada em título executivo extrajudicial. Em ambas, somente haverá exame do mérito se a parte requerer. Aliás, o próprio processo de cognição plena pode encerrar-se após cognição sumária e a sentença transitar em julgado (CPC, art. 355, inciso II).

Em todos esses casos, confere-se proteção ao direito plausível, atribuindo-se a uma das partes o ônus de provocar a cognição plena.

É exatamente essa a fórmula adotada pela proposta da comissão encarregada de elaborar o anteprojeto de modificação do Código de 1973, em boa parte recepcionada pelo Código de 2015. Se presentes os requisitos necessários à antecipação – e a verossimilhança é exigida sempre – pode o juiz conceder a tutela sumária, cuja provisoriedade passa a depender exclusivamente das partes. Se nenhuma delas pleitear a tutela de cognição

exauriente, a decisão, originária e eventualmente provisória, torna-se definitiva.

Mantém-se, todavia, a exigência da reversibilidade (CPC/2015, art. 300, § 3º). As soluções urgentes devem ser, em princípio, provisórias, ou seja, passíveis de modificação posterior, possibilitando a volta ao *status quo* caso a tutela final seja denegada. Esta é sempre necessária, para permitir, ainda que de forma postergada, a efetivação do contraditório e da ampla defesa, enfim, do devido processo legal.

Adotou-se no Brasil mecanismo análogo ao introduzido no sistema processual italiano. A antecipação urgente de efeitos da tutela final, concedida em caráter antecedente, passa a ter caráter sumário não cautelar, se o réu não impugnar a decisão e o autor contentar-se com a solução, mesmo se já aditada a inicial, nos termos do art. 303, § 1º, I. Essa providência, aliás, é imprescindível, sob pena de extinção do processo (art. 303, II). O juízo de mérito precedido de cognição plena torna-se meramente eventual.³³⁵

A tutela provisória de urgência, com conteúdo meramente conservativo, mantém o caráter instrumental e essencialmente assessório. É a cautelar pura, no entender de alguns, pois tem função essencialmente processual, não atingindo o plano do direito substancial.

Já a outra modalidade de tutela sumária, com eficácia antecipatória, pode ser instrumental e provisória ou não. Se, após sua concessão, inexistente impugnação da decisão pelo réu, o autor dispensar o juízo de cognição plena, ela assumiria a condição de tutela final e

³³⁵. As conclusões da comissão constituída pelo governo italiano, então presidida pelo saudoso processualista Giuseppe Tarzia, estão publicadas na *Rivista di Diritto Processuale* 4, 1996, em especial pp. 1.016-1.017, item XXVIII.

definitiva, apta à estabilização. Pleiteada, todavia, a tutela de cognição exauriente, a decisão antecipatória permaneceria provisória e manteria a natureza instrumental.

A tutela sumária com conteúdo antecipatório passaria a ser, portanto, eventualmente provisória. Nasceria com essa configuração, embora apta a tornar-se final e adquirir a qualidade da coisa julgada. Provisória eventual e potencialmente definitiva.

Como já visto em diversas passagens, isso implicaria, na verdade, segundo entendimento de grande parcela da doutrina, perda da natureza cautelar da tutela antecipada, que passaria a ter caráter sumário não cautelar.³³⁶

Não importa tanto o aspecto terminológico, mesmo porque o Código de 2015 reserva a expressão cautelar para a tutela provisória com conteúdo conservativo. Daí a relevância de identificar o fenômeno previsto na lei em vigor. A antecipação de efeitos da tutela final pode ou não ser instrumental e provisória. Tudo depende da vontade das partes. O pedido de tutela fundada em cognição plena tem o condão de conferir-lhe essas características. Preclusa para o réu a possibilidade de deduzir essa pretensão, e desde que o autor concorde, a tutela antecipada tornar-se-á

³³⁶. V. nota 6. Como observa Lea Querzola, possível concluir que, se a provisoriedade da tutela cautelar decorre de seu caráter necessariamente instrumental a uma tutela definitiva, “una volta che questo suo tratto distintivo sai venuto meno, allora anche la necessaria provvisorietà del provvedimento, che della strumentalità è corollario, possa seguire la stessa sorte” (*La tutela anticipatoria*, p. 196). Mas essa tutela cautelar não instrumental, segundo ela, não existe e nem se equipara às denominadas sentenças com predominante função executiva. Ela nasce com natureza cautelar, mas pode perder a característica fundamental dessa modalidade de tutela. A autora o considera como “provvedimento decisorio sommario di cognizione a contenuto anticipatorio (...) che si potrebbe inquadrare nella categoria dei provvedimenti anticipatori ed autonomi di condanna a cognizione speciale e sommaria” (ob. cit., p. 228).

definitiva. A imutabilidade da decisão sumária decorre diretamente do comportamento omissivo das partes, que, presumidamente, aceitaram o resultado.³³⁷

A introdução no sistema de nova modalidade de tutela diferenciada constitui mais uma tentativa destinada a obter maior celeridade na entrega da tutela jurisdicional, conferindo-lhe efetividade, sem sacrifício de garantias essenciais à segurança do instrumento estatal de solução de controvérsias, como igualdade, contraditório e ampla defesa.³³⁸

3.25. Tutela provisória antecipada requerida em caráter antecedente: estabilização e recurso

Tanto a tutela provisória antecipada quanto a cautelar podem ser requeridas antes de deduzido o pedido definitivo, como no curso de processo já existente.

Tratando-se de tutela provisória de urgência, na espécie antecipada e requerida em caráter antecedente, o legislador dotou-a de relevante especificidade. Ela pode torna-se definitiva se a parte cuja esfera jurídica é atingida pelos efeitos da decisão não interpuser recurso (art.

³³⁷. Cfr. Lea Querzola, *La tutela anticipatoria*, pp. 200 e 206.

³³⁸. Sobre tutela diferenciada, cfr. Capítulo I, n. 5 e “As formas diferenciadas de tutela”, pp. 61-124. Como bem observa Cândido Dinamarco em relação à tutela diferenciada pela sumariedade da cognição, “em substância o que há de particular nesses casos é o *processo* e não a tutela em si mesma. Esta é diferenciada somente pela maior *celeridade* na oferta de resultados, porque os resultados oferecidos são substancialmente os mesmos que se poderiam obter por outras vias. O processo em si mesmo é que apresenta elementos estruturais internos peculiares e, portanto, *diferenciados*” (*Instituições*, vol. III, pp. 739-740).

304),³³⁹ embora haja entendimento segundo o qual a irresignação pode ser manifestada mediante outros meios, como a simples impugnação dirigida ao juiz.³⁴⁰

Não obstante adotada por parcela considerável da doutrina, respeitosamente, divirjo dessa orientação. Se o réu não agravar, verifica-se a estabilização da tutela antecipada. Equipara-se à não interposição a ausência de requisitos de admissibilidade do recurso, cujo reconhecimento tem natureza declaratória. É consequência da não observância, pelo réu, do ônus de recorrer.

A lei utiliza o termo “recurso” em sentido técnico-processual.³⁴¹ Trata-se da única via apta a afastar a incidência do art. 304, *caput* e § 1º. Significa, pois, a necessidade de o réu agravar da decisão, sendo insuficiente mera impugnação, que equivaleria a pedido de reconsideração

³³⁹ Segundo entendimento reproduzido no Enunciado 28, aprovado no Seminário O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil, promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (ENFAM): “Admitido o recurso interposto na forma do art. 304 do CPC/2015, converte-se o rito antecedente em principal para apreciação definitiva do mérito da causa, independentemente do provimento ou não do referido recurso.”

³⁴⁰ Nesse sentido: “*embora o caput do artigo 304 do CPC/2015 determine que ‘a tutela antecipada, concedida nos termos do artigo 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso’, a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada*” (REsp 1.760.966/SP, Rel. Ministro MARCO AURELIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 4/12/2018, DJe 7/12/2018, sem grifos no original).

³⁴¹ Além disso, como muito bem observa Araken de Assis, emprega o verbo “interpor”, próprio para designar a ação de recorrer (Processo civil brasileiro, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. II, tomo II, 2ª edição, p. 495). Humberto Theodoro Jr., ao tratar do tema, limita-se a apontar o recurso como meio adequado para impedir a estabilização (Curso de direito processual civil, Rio de Janeiro, Forense, vol. I, 59ª edição, pp. 706/707).

e não suspende o prazo recursal.³⁴²

Nada obsta, todavia, tendo em vista seu caráter provisório, seja a medida revogada pelo juiz, porque convencido pelos argumentos deduzidos pelo réu. Decorrido o prazo e não interposto o agravo, todavia, verifica-se a preclusão. Se o autor não promover o aditamento ou dele desistir, dar-se-á a estabilização e a consequente extinção do procedimento prévio.

Esses efeitos somente não se verificam se, apesar da ausência de recurso, o autor aditar a inicial a insistir no prosseguimento do processo (art. 303, § 1º, inciso I). Somente nessa hipótese poderá haver contestação (incisos II e III), motivo pelo qual, ausente o recurso, apenas o autor pode impedir a estabilização.

Trata-se de instituto semelhante à coisa julgada formal, pois implica imutabilidade do ato judicial no próprio processo. É possível alterá-lo mediante demanda autônoma, a ser proposta no prazo de dois anos. Se o vencimento do prazo para interposição do recurso contra a decisão concessiva da tutela antecipada ocorrer antes daquele fixado para o aditamento, verificada também a omissão do autor, o processo será extinto (§ 1º).³⁴³

³⁴² Os embargos de declaração não têm, em princípio, o condão de obstar a estabilização, pois destinam-se a eliminar obscuridade, omissão ou erro material, não a modificar a decisão. Eventual efeito infringente (art. 1024, § 4º) deve ter como causa a correção de um desses vícios. Considero arriscada a opção por essa via, com o fim evitar a consequência legal, salvo se o juiz alterar a decisão. Caso contrário, a parte terá de interpor o recurso adequado, ou seja, agravo de instrumento. Por isso, discordo, respeitosamente, do entendimento de Flávia Perreira Hill (O regime da estabilização da tutela antecipada, in O novo processo civil brasileira, coletânea em homenagem ao Ministro Luiz Fux, Rio de Janeiro, GZ Editora, vol. I, 2018, pp. 380/381).

³⁴³ Em julgamento posterior ao referido na nota anterior, adotou-se entendimento diverso. Segundo a Ministra Regina Helena Costa, não merece “*guardar o argumento de que a estabilidade apenas seria atingida quando a parte ré não apresentasse nenhuma resistência, porque, além de caracterizar o alargamento da hipótese prevista para tal fim, poderia*

A ausência de previsão específica, incide o disposto no art. 231, I e II. Da intimação deverá constar o prazo para a interposição do agravo e a consequência pelo descumprimento desse ônus processual. Justifica-se a exigência formal, visto que o réu não está representado nos autos por advogado e não tem o dever de compreender os aspectos relacionados à técnica processual. Aplicam-se, por analogia, as regras concernentes à citação.

Reitere-se: se o réu não agravar e o autor aditar a inicial, pleiteando a tutela final e definitiva, não haverá estabilização nem sentença sem exame do mérito.

A técnica da estabilização destina-se a evitar o prosseguimento do processo, na hipótese em que o comportamento de ambas as partes revelar concordância com o resultado até então provisório. Nesse caso, ele transforma-se em definitivo, ao menos em relação àquele processo.

Se a antecipação versar apenas sobre alguns efeitos da tutela final e o réu não interpuser recurso, o autor terá duas alternativas. Concordar com a estabilização daqueles efeitos tão somente ou insistir nos demais, o que implica prosseguimento do processo, subsistindo o caráter provisório da tutela antecipada, com incidência do disposto no art. 296. A estabilização só se justifica se desnecessária a tutela final.

Se o prazo do recurso terminar antes daquele estabelecido para o

acarretar o esvaziamento desse instituto e a inobservância de outro já completamente arraigado na cultura jurídica, qual seja, a preclusão". E concluiu: "embora a apresentação de contestação tenha o condão de demonstrar a resistência em relação à tutela exauriente, tal ato processual não se revela capaz de evitar que a decisão proferida em cognição sumária seja alcançada pela preclusão, considerando que os meios de defesa da parte ré estão arrolados na lei, cada qual com sua finalidade específica, não se revelando coerente a utilização de meio processual diverso para evitar a estabilização, porque os institutos envolvidos – agravo de instrumento e contestação – são inconfundíveis." (REsp 1797365/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA

aditamento e o réu não o interpuser, o autor tem a possibilidade de realizá-lo e insistir no prosseguimento do processo para obtenção da tutela final. Se ele aditar a inicial antes de vencido o prazo para o agravo, pode contentar-se com a tutela de urgência e desistir da definitiva, o que implicará estabilização e extinção do processo.

Em síntese. Tendo em vista a finalidade da estabilização, ela somente ocorrerá se não houver agravo do réu e se o autor não aditar a inicial ou desistir do aditamento, o que implicará a extinção do processo. Embora inexistente o recurso, pode o aditamento ser realizado ou mantido, caso em que o processo terá continuidade e a tutela de urgência não se estabilizará. A estabilização e a extinção do processo, portanto, são fenômenos eventuais e facultativos.

Essa possibilidade inexistia no Código anterior, pois a concessão da medida dava-se no próprio processo cognitivo, que continuava seu curso normal até a decisão final, quando a antecipação era confirmada ou cassada. (CPC/73, art. 273, I). Por isso, aliás, critiquei o entendimento segundo o qual a tutela antecipada não guardava dependência instrumental com processo futuro e incidia sobre o próprio bem da vida pretendido pelo autor. Em consequência, afirmava-se, não teria natureza cautelar tutela cujo escopo não fosse garantir a eficácia prática da ação de conhecimento,³⁴⁴ mediante preservação de coisas ou proteção de situações emergenciais, ante o temor do dano (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), o que justificaria admitir-se a cognição sumária e o juízo de mera

HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/10/2019, DJe 22/10/2019).

³⁴⁴. Melhor dizer da tutela cognitiva, pois a ação é o mero direito de pedir a prestação jurisdicional.

probabilidade.³⁴⁵

Por esse prisma, a distinção entre antecipação da tutela, denominada de medida provisória satisfativa, e tutela cautelar deveria ser feita em função do regime procedimental a que cada uma delas estava sujeita. A antecipação podia ser deferida no próprio processo cognitivo, enquanto a cautelar dependeria de “ação própria” (isto é, devia, em princípio, ser requerida em procedimento autônomo).³⁴⁶

A meu ver, essa observação, ainda que correta, não influía no eventual caráter cautelar de determinada tutela jurisdicional, visto que em inúmeras situações admitia-se a concessão de medida puramente conservativa, sem qualquer conteúdo antecipatório, no próprio processo de conhecimento ou de execução.³⁴⁷

Assim, a autonomia procedimental não poderia ser adotada como critério para caracterizar a natureza cautelar da medida, nem a descaracterizava o fato ser requerida em caráter incidental. Tratava-se de meras circunstâncias, não de elementos essenciais à natureza da tutela.

A suposta diferença, pois, fundava-se em falsa premissa. A tutela antecipada era instrumental a outra tutela, a ser provavelmente deferida a final do mesmo processo. Duas tutelas, uma provisória e instrumental, outra definitiva, podiam ser concedidas na mesma relação processual. A inexistência de autonomia procedimental não afastava, segundo posição por mim adotada, o caráter cautelar da tutela antecipada.

³⁴⁵. Cfr. Rodolfo de Camargo Mancuso, “Tutela antecipada”, p. 176.

³⁴⁶. Cfr. Teori Albino Zavascki, “Medidas cautelares e medidas antecipatórias”, pp. 23 e ss.; “Antecipação da tutela e colisão”, p. 164.

³⁴⁷. Cfr. CPC/73, arts. 125, 266, 653, 793, 804, 1.000, par. ún., 1.001 e 1.018, par. ún.

O fato de não estar condicionada ao resultado de outro processo não lhe retira o caráter cautelar. Como toda tutela dessa natureza, ela depende de outra, final e definitiva, não importando se a concessão ocorre em procedimento autônomo ou no mesmo. Esse aspecto formal é irrelevante para identificação da natureza da tutela, pois há, e nunca ninguém negou, típicas cautelares sem autonomia procedimental.³⁴⁸

Antes da adoção desse instituto pelo legislador, obtinha-se a antecipação de efeitos da decisão final mediante cautelar satisfativa autônoma, como já visto. Nesse sistema não era raro que a solução provisória da controvérsia acabasse tornando-se definitiva.³⁴⁹

Ao alterar a redação do art. 273 do Código anterior, para regular a tutela antecipada, teria o legislador processual, no entender de muitos, purificado o processo cautelar, orientando-o para atender à sua finalidade clássica, de instrumento destinado a tutelar o direito sem satisfazê-lo. Em razão disso, todas as medidas assecurativas, que implicassem antecipação dos efeitos da tutela de mérito, não mais poderiam ser requeridas em ação cautelar, salvo as exceções legais, como alimentos provisionais.³⁵⁰

³⁴⁸. Segundo Mancuso, a cautelar ficava na dependência do resultado da demanda principal, de onde se extraíam a provisoriedade e a referibilidade da medida. Já a tutela antecipada não estava condicionada ao resultado de outro processo, pois era concedida na própria relação cognitiva, razão por que seria interina ou temporária, antes que provisória (“Tutela antecipada”, p. 176). A questão não pode, todavia, ser tratada pelo prisma formal. A cautelaridade deve ser extraída de aspectos substanciais da tutela, não da base procedimental em que é proferida.

³⁴⁹. Arruda Alvim faz essa observação, invocando lição de Fritz Baur. Indica, ainda, inúmeros exemplos de cautelares no direito alemão, todas fundadas no § 940 do CPC, que permite ao juiz disciplinar provisoriamente relação jurídica em casos de urgência. Também aponta para a utilização dessa via no direito norte-americano, em que se admite a *injunction* para obtenção de tutelas urgentes. O que se verifica é que todas essas medidas têm natureza satisfativa e nem por isso deixam de ser tratadas como tutelas cautelares (“Tutela antecipatória”, pp. 85-86).

³⁵⁰. Cfr. Teori Albino Zavascki, “Medidas cautelares e medidas antecipatórias”, p. 28; Luiz

Como afirmei, a conclusão parecia-me fundada em premissa inadequada. Ainda que a antecipação de efeitos da tutela final devesse, a partir da nova redação do art. 273, ser requerida no próprio processo cognitivo, nada obstava fosse ela considerada como modalidade de tutela cautelar. A autonomia procedimental não constitui critério científico para identificação da natureza da tutela jurisdicional. Não só existem medidas cautelares independentes de procedimento próprio, como há tutelas simultaneamente cognitivas e executivas, como as possessórias.

Ressalvado o aspecto terminológico, o Código de 2015 seguiu a orientação aqui defendida. A tutela provisória de urgência, com conteúdo satisfativo (antecipada) ou conservativo (cautelar), é requerida na própria fase cognitiva do processo, em caráter antecedente ou incidental. Não há mais relação processual autônoma para tanto. Idêntico é o regime procedimental da tutela provisória não urgente – denominada *da evidência* (arts. 294 e ss.).

Embora todas sejam caracterizadas pela provisoriedade, a tutela de urgência antecipada pode adquirir estabilidade, em razão do que fica dispensada a tutela fundada em cognição exauriente. Tal se dá porque as partes, expressa ou tacitamente, aceitam os efeitos antecipados à luz de cognição sumária (art. 304).

Apesar de o pedido de tutela provisória não implicar novo processo, duas observações se fazem necessárias.

Como o legislador prevê a hipótese de a medida ser pleiteada antes de deduzido o pedido de tutela final, ou seja, em caráter antecedente, há regras regulamentando esse procedimento prévio, que versará

exclusivamente sobre a tutela provisória, embora a parte deva fazer menção a aspectos relacionados ao pedido principal (arts. 303, *caput* e 305, *caput*). Examinada a respectiva pretensão, a inicial deve ser acrescida dos dados pertinentes à tutela definitiva (arts. 303, §§ 1º, I e 6º, e 308).

Completados os elementos da demanda, o processo seguirá seu curso.

Também haverá procedimento autônomo se a tutela provisória for requerida em grau de recurso CPC, art. 299, parágrafo único).

3.26. Estabilização e demanda autônoma de impugnação

Conforme já esclarecido, o Código de 2015 não adotou a solução prevista no primeiro anteprojeto destinado a regular a tutela antecipada, consistente na equiparação entre estabilização e coisa julgada. Não interposto recurso contra a decisão proferida no procedimento antecedente, a tutela antecipada torna-se estável. Tal fenômeno, todavia, não implica imutabilidade da eficácia do ato no plano substancial. Concedida a tutela antecipada em caráter antecedente, inexistente recurso do réu e aditamento da inicial pelo autor (ou desistência de aditamento realizado), a decisão estabiliza-se, com a consequente extinção do processo. Não haverá exame do mérito precedido de cognição exauriente (art. 304, § 1º).

Como a decisão é fruto de cognição sumária, a omissão das partes quanto à continuidade do processo e a consequente estabilização não impedem a impugnação desse resultado mediante demanda autônoma (art. 304, § 2º).

A estabilização equivale, portanto, à preclusão ou à coisa julgada formal. Torna-se imutável naquele processo, mas não impede seja reexaminada a relação de direito material, inclusive para cassação da eficácia da própria decisão estabilizada, bem como de seus efeitos (art. 304, § 6º). O legislador vale-se de expressões indicativas da amplitude dos fundamentos admissíveis na demanda autônoma: revisão, reforma ou invalidação. O reexame compreende toda e qualquer alegação, de direito material ou processual. É admitido, portanto, de forma ilimitada, o que afasta o instituto da coisa julgada, cuja desconstituição só é possível nas hipóteses restritas da rescisória (art. 966).

Não se verifica, também, o efeito preclusivo inerente à coisa julgada (art. 508), podendo as partes valer-se de qualquer alegação ou defesa, deduzidas ou deduzíveis.

Enquanto não acolhida a pretensão desconstitutiva, permanece intacta a eficácia da decisão estabilizada (art. 304, § 3º). Nessa demanda, todavia, poderá ser concedida a antecipação dos efeitos da revisão:

“Caso a demanda destinada a rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada seja ajuizada tempestivamente, poderá ser deferida em caráter liminar a antecipação dos efeitos da revisão, reforma ou invalidação pretendida, na forma do art. 296, parágrafo único, do CPC/2015, desde que demonstrada a existência de outros elementos que

ilidam os fundamentos da decisão anterior” (Enunciado n. 26 do Seminário “O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil”, organizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM)).

A competência para a demanda cognitiva, visando a deconstituir a tutela estabilizada, está preventa, ou seja, é do juízo em que ela foi concedida. Para instrução da inicial, qualquer das partes pode pleitear o desarquivamento dos respectivos autos, antes ou no curso do processo (art. 304, § 4º).

O prazo para a propositura da ação é de dois anos (art. 304, § 5º). Após, a imutabilidade da estabilização torna-se absoluta, ou seja, equivale àquela inerente à coisa julgada material, embora restrita ao efeito antecipado. Estudos específicos sobre o tema concluem pela existência de diferença entre os dois institutos, mesmo após o decurso do prazo, pois a estabilização não é dotada de eficácia preclusiva, tal como a coisa julgada, pois concedida sem prévia declaração da existência do direito. Como visto, a decisão é fruto de juízo de probabilidade, não de certeza. Daí, seria admissível a discussão da relação prejudicial, além de inexistente a eficácia preclusiva³⁵¹.

Em princípio, salvo se verificada a hipótese do art. 503, § 1º, a questão prejudicial não é alcançada pelos limites objetivos da coisa julgada. Além do mais, as exceções

³⁵¹ Cf. Heitor Vítor Mendonça Filho, *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*, inédito; Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, *Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada*, inédito.

reguladas nesse dispositivo não se aplicam se houver limites cognitivos (§ 2º), como ocorre com a concessão da tutela antecipada, fundada em juízo de verossimilhança, não de certeza. Em consequência, por esse aspecto, não há diferença entre coisa julgada material e estabilização.

Quanto à eficácia preclusiva (art. 508) de fato, a amplitude dos fenômenos é diversa. A coisa julgada material impede a discussão, em futura demanda, de qualquer ponto ou questão, com o objetivo de atingir o objeto da demanda anterior, cuja sentença tornou-se imutável. Todos os fundamentos podem ser novamente discutidos e reapreciados, desde que não se vise a resultado incompatível com a parte da sentença alcançada pela coisa julgada. Nessa medida, não obstante transitada em julgado a decisão, é possível, em processo posterior, rediscutirem-se as questões incidentes e os fundamentos da decisão, desde que o objeto do novo processo seja outro. A lei veda esse reexame se a finalidade for a obtenção de julgamento praticamente conflitante com o anterior, ou seja, cujos dispositivos sejam antagônicos, visto ser esse o limite objetivo da coisa julgada. Por força da eficácia preclusiva da coisa julgada, portanto, essa discussão somente é vedada se o objetivo com a nova demanda for atacar a parte dispositiva da decisão.

À luz dessas premissas, passa-se ao exame da tutela antecipada após decorridos dois anos da estabilização.

Sem dúvida, o efeito estabilizado não pode ser cancelado após esse prazo, visto que, extinto o respectivo direito, inadmissível a demanda

constitutiva (art. 304, § 5º). Ele permanecerá imutável mesmo se a própria relação de direito material for objeto de outro processo e o resultado seja com ele logicamente incompatível. Assim, antecipado o pagamento de pensão mensal, um dos pedidos deduzidos em demanda condenatória fundada em ato ilícito, decorridos dois anos da estabilização, essa obrigação não será passível de cancelamento, ainda que, em processo futuro, versando sobre outras consequências do mesmo ato (dano moral, por exemplo), conclua-se pela inexistência do ilícito civil. Trata-se de eficácia preclusiva idêntica àquela estabelecida para a coisa julgada (art. 508). Interpretação diversa, salvo engano, limita excessivamente o alcance do disposto no art. 304, §§ 5º e 6º).

Tal entendimento aplica-se também a eventual demanda visando à restituição de importância paga por força de antecipação dos efeitos, proposta após dois anos da estabilização. Posição contrária implica retirar completamente a eficácia prática desse instituto. No prazo legal, a decisão estabilizada pode ser discutida em ação autônoma, inclusive para demonstrar a ausência de causa para o pagamento. Admitir, todavia, essa discussão após o decurso do biênio vai de encontro ao disposto no art. 304, §§ 5º e 6º. A relação prejudicial, na medida em que não submetida a cognição exauriente e cuja existência não fora declarada na decisão antecipatória dos efeitos, pode ser questionada mesmo após os dois anos, para outros fins. Jamais com o objetivo de cassar a tutela provisória. O efeito antecipado, embora fundado em cognição sumária, não é mais suscetível de alteração.

Mas, se a demanda futura visar à devolução da importância paga espontaneamente, com fundamento no enriquecimento sem causa, visto

que a tutela antecipada, estabilizada há mais de dois anos, versa sobre a mesma prestação, há quem sustente a admissibilidade da pretensão, pois inaplicável ao instituto da estabilização a eficácia preclusiva (art. 508). Haveria, portanto, quanto ao grau de imutabilidade, diferença entre estabilização e coisa julgada.³⁵²

Para reflexão dos eventuais leitores, apresente algumas ponderações a respeito da questão. Em conformidade com o disposto no art. 304, § 6º, a decisão concessiva de tutela antecipada não é apta ao trânsito em julgado, mas os efeitos estáveis somente podem ser afastados mediante demanda autônoma, para cuja propositura fixa-se o prazo de dois anos. Nessa medida, a decisão geradora de efeitos estáveis somente pode ser atacada pela via adequada e no prazo legal. Após, embora não se trate de coisa julgada, essa estabilização não mais pode ser afastada. Extingue-se o direito à alteração (§ 5º).

Pois bem. Diante desse quadro, estabilizada a tutela em razão da qual ao réu foi determinado o pagamento de importância em dinheiro, após dois anos não há como obter declaração de inexistência da dívida com fundamento em qualquer fato extintivo da obrigações ocorrido antes da antecipação (novação, compensação, prescrição). Mas, segundo entendimento descrito acima, seria possível a repetição do indébito, se a extinção estiver fundada em pagamento espontâneo anterior. Qual a razão dessa diferença, se todas as situações configuram enriquecimento sem causa do credor? Assim, não parece haver razão plausível para o tratamento diferenciado.

³⁵² Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, Estabilização da tutela antecipada, pp. 207/208,

Admite-se a possibilidade de decisões incompatíveis com a tutela estabilizada,³⁵³ mas desde que essa incompatibilidade seja lógica, não prática. Nada obsta, portanto, o reconhecimento da inexistência da obrigação com fundamento em que, mediante cognição sumária, concedeu-se a antecipação, com o fim de impedir outros efeitos dela decorrentes. A devolução do valor pago espontaneamente, todavia, implica inviabilizar praticamente a eficácia da tutela antecipada, estabilizada há mais de dois anos. Aliás, indevida não foi a quitação voluntária, visto que devido o respectivo valor, mas a antecipação, coberta, todavia, pela estabilização.

Em conclusão, a eficácia prática da antecipação estabilizada, esgotado o prazo para a demanda cognitiva visando a desconstituí-la, é idêntica à da coisa julgada.

Não obstante respeitável entendimento em sentido contrário³⁵⁴, mesmo se considerada a estabilização definitiva — após dois anos — fenômeno análogo à coisa julgada,³⁵⁵ não há ofensa à Constituição, por violação ao devido processo legal. Do ponto de vista das garantias constitucionais do processo, inexistente diferença entre o julgamento antecipado em razão da revelia (arts. 344 e 355, II) e a tutela antecipada. Ambos são realizados exclusivamente à luz dos argumentos apresentados pelo autor. A imutabilidade a eles conferida pelo legislador processual decorre da omissão do réu, a quem foi facultada a oportunidade para

³⁵³ Como afirma Bruno Lopes, com razão (ob. e pp. cit.).

³⁵⁴ Daniel Mitidiero, *Breves comentários ao NCPC*, obra coletiva, São Paulo, RT, 3. ed., p. 877.

³⁵⁵ Segundo Araken de Assis, trata-se efetivamente de coisa julgada, o que, a seu ver, não vai de encontro ao sistema (cfr. *Processo civil brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. II, tomo II, 2ª edição, p.494)

apresentar defesa. Nos dois casos, a cognição feita pelo juiz é sumária, pois leva em consideração apenas os elementos apresentados na inicial³⁵⁶. Cabe ao réu impugnar a decisão, e o legislador assegura-lhe essa possibilidade. Se não o faz, sujeita-se às consequências legais, cuja constitucionalidade decorre da observância do devido processo legal, especialmente no que se refere ao contraditório e à ampla defesa.

De mais a mais, nada obsta a fixação, pelo legislador ordinário, de prazos para o exercício de direitos, cuja não observância implica perda da possibilidade de exigí-los, porque extinta a pretensão (prescrição) ou porque eles deixam de existir (decadência).³⁵⁷

3.27. Tutela cautelar requerida em caráter antecedente: aspectos procedimentais

A tutela provisória cautelar, tal como ocorre com a antecipada, pode ser requerida incidentalmente ou em caráter

³⁵⁶ Cf. Bedaque, Estabilização das tutelas de urgência. In: *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, DPJ, 1995, p. 677-678.

³⁵⁷ Como observa, com a precisão de sempre, Humberto Theodoro Jr., Curso de direito

anterior (art. 294, parágrafo único).

A técnica adotada pelo legislador, em relação ao pedido formulado antes de deduzida a pretensão definitiva é semelhante para as duas espécies de tutela de urgência. O procedimento prévio inicia-se com a apresentação de petição inicial, cujos requisitos são praticamente os mesmos em ambas as hipóteses (arts. 303 e 305). As exigências visam a possibilitar ao juiz a verificação da necessidade e adequação da tutela cautelar pretendida. Ao indicar a lide e seu fundamento, o autor terá de descrever os aspectos essenciais da controvérsia de direito material. Em seguida, deduzirá o suposto direito e a tutela jurisdicional definitiva a ser requerida oportunamente. Com esses dados, o julgador terá condições de avaliar a verossimilhança dos fatos e a probabilidade de existência do direito à tutela jurisdicional final.

Por fim, a inicial deve conter também os elementos indicadores do perigo de dano ou do risco ao resultado final do processo. A tutela cautelar, como espécie de tutela provisória de urgência, destina-se a afastar a possibilidade de algum acontecimento comprometer a utilidade da prática da decisão final. De nada adianta o reconhecimento do direito deduzido pelo autor, se ele não puder usufruí-lo. A condenação ao pagamento de determinada importância em dinheiro, por exemplo, somente produzirá os efeitos desejados no plano material se o devedor tiver patrimônio suficiente para responder pela obrigação. Caso contrário, as medidas coercitivas destinadas a efetivar praticamente a tutela condenatória (cumprimento de sentença) restarão frustradas.

Daí por que será necessária, muitas vezes, a adoção de

providências visando a evitar que o devedor, antes mesmo da provável condenação, dilapide seus bens e acabe tornando inútil a tutela jurisdicional definitiva. Necessário, pois, conservar parcela suficiente do patrimônio, para assegurar

Nessa fase inicial, a controvérsia limita-se à pretensão cautelar formulada em caráter antecedente. O pedido principal será discutido posteriormente.

Nessa medida, realizada a citação, o réu deve apresentar resposta em 5 dias (art. 306), limitada a impugnação à admissibilidade da tutela de urgência cautelar, porque ausentes os requisitos necessários à sua concessão. Os argumentos da contestação, portanto, visam a tornar controvertidos a verossimilhança do direito a ser postulado em caráter definitivo e a inexistência de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

A contestação deve apontar, ainda, os meios de prova cuja produção o requerido pretende.

Com relação ao *fumus boni iuris* (verossimilhança, probabilidade), não basta impugnar a existência do direito e dos fatos, visto que tal discussão exige cognição exauriente da controvérsia, inadmissível nessa fase do procedimento. É necessário demonstrar que a possibilidade de acolhimento da pretensão é remota, quer porque os fatos são inverossímeis, quer em razão da manifesta ausência de subsunção ao direito objetivo material. A cognição do juiz é sumária, superficial. Por isso, não é suficiente negar os fatos ou o direito. Deve o réu procurar convencer o julgador de que é mínima a probabilidade de acolhimento do pedido final.

Cabe a ele, também, negar o fato apontado pelo autor

como ensejador do perigo de dano ou demonstrar que, não obstante verdadeiro, o risco afirmado inexistente. A atividade cognitiva, aqui, não é sumária. Como a controvérsia sobre a existência ou não do *periculum in mora* não diz respeito ao litígio a ser objeto de exame na fase subsequente do processo, o juiz deve conhecê-la com a profundidade necessária à formação de juízo de certeza a respeito.

Se houver controvérsia fática não passível de esclarecimento mediante as provas apresentadas pelo autor e pelo réu, a fase inicial do processo, destinada tão somente à verificação do direito à tutela cautelar, prosseguirá com a fase instrutória.

Não obstante a realização de atos probatórios e da posterior decisão a respeito do pedido de tutela provisória, não se trata de processo autônomo, de natureza cautelar. Esse fenômeno, ao menos em princípio, não existe mais no sistema processual brasileiro. A pretensão à tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, se pleiteada em caráter antecedente, dá origem a fase do processo, caracterizada pela cognição sumária.

Em seguida, com a dedução do pedido definitivo, passa-se à fase destinada à cognição exauriente da situação de direito material.

O legislador aplicou ao revel o efeito da presunção de veracidade dos fatos afirmados (art. 307). Incide, todavia, a limitação imposta pelo art. 345, que enumera situações não passíveis do efeito da revelia. Não há razão para solução diversa.

Nessa medida, se houver litisconsórcio no polo passivo do procedimento cautelar antecedente e um dos corréus contestar o pedido,

afasta-se a presunção legal (art. 345, I). A regra, todavia, comporta uma ponderação. Tratando-se de litisconsórcio simples ou comum, a contestação de um somente beneficiará os demais se os argumentos de defesa forem comuns. Se disserem respeito apenas a quem ofereceu resposta, os outros estarão sujeitos ao efeito da revelia (art. 117).

Da mesma forma, se o direito material a ser discutido oportunamente for indisponível, a revelia não gera presunção de veracidade em relação aos fatos afirmados na fase destinada à verificação do pedido de tutela cautelar (art. 345, II). Idêntica a conclusão se essa pretensão não vier acompanhada de documento essencial à prova do respectivo fato (art. 345, III), embora essa hipótese deva ser analisada à luz da orientação jurisprudencial, cuja tendência é amenizar o rigor da exigência. Por fim, se os fatos relatados pelo autor, quer com relação à plausibilidade do direito, quer quanto ao perigo de dano, forem inverossímeis ou estiverem em contradição com a prova, também não se verifica o efeito da revelia (art. 345, IV).

Apresentada a defesa, incidem os dispositivos concernentes ao procedimento comum (art. 307, parágrafo único), previstos na Parte Especial, Livro I, Título I, Capítulo I.

A regra, todavia, é desnecessária e equívoca. Incide, evidentemente, sobre a situação superveniente à apresentação do pedido principal, nos termos do art. 308. Deduzida a pretensão à tutela definitiva, observar-se-á o procedimento comum, se for o caso, pois é possível que a situação se subsuma a uma das hipóteses de procedimento especial.

Além disso, entre a contestação e a formulação do pedido de tutela final, acontecimentos podem exigir do juiz providências não previstas no capítulo reservado ao procedimento comum. Se verificada

uma das situações reguladas no art. 309, ele decidirá pela cessação dos efeitos da tutela cautelar. Nada obsta, também, sejam apresentados, pelo réu, argumentos que o convençam da desnecessidade da medida. Em síntese, o parágrafo único nada acrescenta e é impreciso.

Convém destacar que, até então, o processo encontra-se na fase destinada tão somente à verificação do direito à tutela provisória. A definitiva será requerida no prazo do art. 308, sob pena de cessação dos efeitos da cautelar (art. 309, I). Se indeferida a medida provisória, nada impede a continuidade do processo, com vistas ao exame do direito à tutela final, salvo se reconhecida a decadência ou prescrição (art. 310). Embora o legislador seja omissivo quanto ao prazo para a dedução desse pedido pelo autor, incide a regra do art. 308, *caput*, pois não se justifica aguardar-se indefinidamente a iniciativa. Intimado do indeferimento, deverá o autor deduzir o pedido principal, dando prosseguimento ao processo.

Na linha da técnica adotada pelo legislador quanto a cumulação das tutelas provisórias e definitivas em um único processo, deve o requerente deduzir o pedido principal em até 30 dias após efetivada a tutela cautelar (art. 308, *caput*), com o consequente prosseguimento da relação processual única.

Embora nada obste sejam ambas as tutelas requeridas conjuntamente (art. 308, § 1º), se formulado o pedido cautelar em caráter antecedente, ao deduzir a pretensão principal no prazo legal, o autor deverá expor os respectivos fatos e fundamentos jurídicos (§ 2º), além das demais exigências concernentes à inicial previstas no art. 319. O acréscimo não implica novas custas.

Pelo novo sistema, portanto, ambas as tutelas, provisória cautelar

e definitiva, constituem objeto de um único processo.do

Não foi feliz o legislador, todavia, ao disciplinar o aditamento da inicial de modo diverso daquele previsto para a tutela antecipada antecedente, inclusive no que se refere ao prazo. Em razão desse tratamento diferenciado, pode surgir, e certamente surgirá, interpretação restritiva quanto à fungibilidade entre as duas espécies de tutela provisória de urgência.

Tendo em vista as dificuldades existentes quanto à exata caracterização dessas medidas, sugere-se a flexibilização dos respectivos procedimentos, devendo o juiz, antes de adotar qualquer providência que possa dificultar a obtenção da tutela de urgência, alertar a parte sobre as providências a ser adotadas em relação ao aditamento. Espera-se, assim, não se retorne à inócua discussão sobre a diferença entre tutela cautelar e tutela antecipada.

A tutela cautelar, espécie de tutela provisória de urgência, caracteriza-se por sua eficácia meramente conservativa. As medidas judiciais que compõem essa categoria não implicam antecipação de qualquer dos efeitos da tutela final. Limitam-se a assegurar a produção desses mesmos efeitos, se concedida a tutela definitiva.

Requerida e concedida antes de formulado o pedido destinado a solucionar a controvérsia (cautelar antecedente), sua eficácia perdurará, em princípio, até o final do processo. Mas há acontecimentos cuja ocorrência impõem a revogação da tutela cautelar e, conseqüentemente, fazem cessar seus efeitos (art. 296). Encontram-se descritos no art. 309: a não observância dos prazos para formulação do pedido principal e para efetivação da tutela tutela cautelar concedida em caráter antecedente cessará a eficácia da medida (incisos I e II); e a rejeição do pedido

principal, pois não pode subsistir medida precedida de cognição sumaríssima e fundada em juízo de probabilidade do direito afirmado na inicial ante o resultado de improcedência da tutela definitiva, precedido de exame mais profundo da relação de direito material (inciso III).

Com relação à última hipótese, o legislador, acertadamente, não considera compatível com o resultado final a manutenção dos efeitos gerados pela antecipação, que pressupõem direito provável, que agora, diante da cognição exauriente, mostrou-se inexistente.

Mesmo se omissa a sentença sobre a revogação dos efeitos antecipados, pressupõe-se essa consequência. Haverá cessação automática da eficácia da medida de urgência, que estava condicionada ao deferimento da tutela definitiva no processo de conhecimento.

Revogada a tutela antecipada em razão da improcedência, eventual apelação não terá efeito suspensivo em relação a esse capítulo (art. 1.012, V), ou seja, a cessação da eficácia é imediata.

Nada impede, porém, dirija-se o apelante ao tribunal, mediante simples petição, e solicite a antecipação de efeitos da tutela recursal pleiteada, cuja concessão implica manter a eficácia da tutela antecipada anteriormente concedida em primeiro grau. Compete ao relator da apelação o exame desse pedido (art. 932, II).

Se por qualquer desses motivos cessar a eficácia da tutela antecipada, o pedido não mais poderá ser renovado, salvo se a parte trazer fundamentos novos. Trata-se de preclusão consumativa, pois a concessão exauriu o direito à tutela antecipada, cuja eficácia cessou por omissão de quem foi beneficiado pela medida (parágrafo único).

A concessão da cautelar, espécie de tutela provisória de urgência, com conteúdo meramente conservativo, depende da presença de dois

requisitos: a verossimilhança e o perigo de dano. Se presentes, o pedido será atendido. Caso contrário, denegado. Trata-se, portanto, do mérito da cautelar³⁵⁸, cujo exame não implica, evidentemente, qualquer juízo de valor definitivo sobre a existência ou não do direito a ser eventualmente tutelado a final.

Nessa medida, nada obsta que o autor, embora indeferida a medida cautelar inicialmente pleiteada, deduza a pretensão principal, visando a obter a tutela definitiva. Seu direito pode perfeitamente existir, apesar de inverossímeis os fatos ou inexistente risco à utilidade do resultado final. O exame necessário à verificação do direito à tutela final será realizado posteriormente, mediante cognição exauriente.

Essa conclusão é expressamente afastada se o indeferimento da tutela provisória estiver fundado na decadência ou na prescrição, fatos extintivos do direito ou da pretensão, pelo decurso do prazo legal para o respectivo exercício (art. 310).

Resta saber qual o grau de imutabilidade da decisão de improcedência do pedido cautelar, no curso do processo. Parece óbvio que não está a parte impedida formulá-lo novamente, com novos fundamentos.

Mas a dúvida reside na possibilidade ou não de reiterá-lo, sem qualquer alteração. Em caso de cessação da eficácia (art. 309, *caput*, I a III), há vedação expressa (art. 309, parágrafo único). Além disso, se o legislador ressalvou apenas a possibilidade de a parte formular o pedido de tutela final, mesmo se indeferida a cautelar, teria optado pela imutabilidade da respectiva decisão.

³⁵⁸ Cf. Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 163.

A meu ver, não é esse o entendimento adequado. A revogabilidade da tutela provisória é ampla, independentemente do caráter incidental ou antecedente da medida. Admitida essa premissa, a mesma solução deve ser adotada em relação ao indeferimento. A única restrição está prevista no art. 309, parágrafo único.

A parte, evidentemente, tem o ônus de recorrer da decisão de improcedência, sob pena de preclusão. Mas não há óbice a que o juiz, no curso do processo, reconsidere sua posição e conceda a cautelar. Prevalece, portanto, a natureza provisória da tutela. Ao julgador somente será vedado o reexame da questão se houver decisão do Tribunal em recurso interposto pela parte. Reconhece-se, todavia, ser controvertida a matéria.³⁵⁹

Outro aspecto relevante refere-se ao procedimento a ser adotado quanto ao pedido de tutela definitiva, em caso de improcedência da cautelar postulada em caráter antecedente. Parece-me deva ser aplicada, analogicamente, a regra do art. 308, com as necessárias adaptações. O sistema adotou a ideia do processo único, mesmo nas hipóteses em que a tutela de urgência seja requerida de forma antecedente.³⁶⁰ Não vejo razão para adotar procedimento diverso apenas porque indeferida essa medida, até para ser possível aplicar o benefício da isenção das custas.³⁶¹

³⁵⁹ V. n. 2.6.

³⁶⁰ Contra, Araken de Assis, *Processo civil cit.*, p. 607.

³⁶¹ Para Humberto Theodoro, se indeferida a tutela cautelar requerida em caráter

4. Tutela da evidência

A primeira hipótese legal de tutela da evidência é exatamente o abuso do direito de defesa ou manifesto intuito protelatório da parte (art. 311, inciso I), prevista no Código de 1973 pelo art. 273, inciso II).

Na previsão do art. 300, verifica-se a necessidade de urgência na concessão da tutela jurisdicional provisória, o que justifica a antecipação de seus efeitos³⁶² ou a prática de medidas conservativas destinadas a assegurar a utilidade do resultado final.

Na situação descrita pelo inciso I, do art. 311, denominada tutela antecipada sancionatória pela doutrina,³⁶³ a razão de ser da antecipação é

antecedente, a petição com pedido de tutela definitiva dará origem a novo processo (Curso cit., p. 680). Não parece ser essa, todavia, a técnica adotada pelo legislador ao regular a tutela provisória. A intenção foi eliminar a duplicidade de processos e nesse sentido deve ser interpretado o art. 310, salvo melhor juízo e respeitado o entendimento do mestre.

³⁶² Na corretíssima observação de Arruda Alvim, a hipótese prevista no art. 273, inciso I, do Código de 1973, “é filiada a claras motivações das cautelares satisfativas, que sempre guardaram forma reversível, informadas pela urgência (por uma urgência concretizada e específica, defluente da situação do autor, envolvendo a sobrevivência ou a utilidade de sua pretensão)” (“Tutela antecipatória”, p. 12). Aliás, o ilustre processualista de São Paulo parece apoiar a opinião de Ferruccio Tommaseo, segundo a qual a antecipação dos efeitos da tutela é perfeitamente possível em sede cautelar. Daí referir-se ele a cautelar *stricto sensu*, para identificar aquelas medidas em que não está presente o caráter satisfativo. Nelas verifica-se apenas o escopo de proteger a pretensão de uma das partes, mediante providências que não se confundem com a sentença de mérito, mas são idôneas a afastar o perigo criado pela outra parte, que compromete o equilíbrio processual (cfr. ob. cit., p. 13 e Cap. 5, nota 128).

³⁶³ Sobre essa hipótese de antecipação, cfr. estudo realizado por Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, *Tutela antecipada sancionatória, passim*.

completamente outra, não vinculada ao perigo concreto de dano.³⁶⁴

Identifica-se no réu postura assemelhada à litigância de má-fé, já regulada pelos arts. 79/80 do Código. Abuso do direito de defesa ou intuito protelatório – expressões análogas – são manifestações concretas da litigância de má-fé.³⁶⁵

De fato, a possibilidade de os efeitos serem antecipados em razão do comportamento assumido pelo réu, consistente em apresentar defesa despida de seriedade, não está ligada a perigo de dano concreto. Destina-se tão somente a agilizar o resultado do processo, pois a verossimilhança do direito afirmado pelo autor é reforçada pela inconsistência dos argumentos utilizados pelo réu em sua resposta. Ou seja, a existência do direito é provável não só pelos argumentos deduzidos na inicial, como por aqueles apresentados na defesa.³⁶⁶

Nesse caso, diante da forte probabilidade de que o direito exista e

³⁶⁴. Interessante a comparação feita por Arruda Alvim com o art. 83, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, para concluir que a semelhança existe apenas com o inciso I do art. 273 do CPC/73, ambos com função idêntica no sistema. Sustenta, todavia, com inteira razão, a aplicabilidade do inciso II do mesmo dispositivo às situações reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor, porque: “a) o sistema do CPC é subsidiário do CDC; b) o sistema do CDC é intencionalmente mais protetivo, e, de uma forma geral, efetivamente o é; c) se o sistema do CPC avançou mais do que o CDC é certo que o sistema daquele aplicar-se-á a este, onde este não avançou tanto quanto aquele” (“Tutela antecipatória”, p. 23). Acrescentaria, ainda, em abono à tese, que a hipótese hoje reproduzida no art. 311, inciso I, configura sanção imposta ao comportamento temerário do réu. Mais uma razão para aplicá-la ao sistema do Código de Defesa do Consumidor, construído de forma a beneficiar o autor, parte considerada hipossuficiente.

³⁶⁵ Araken de Assis, com razão, aponta certa sobreposição entre as hipóteses descritas pelo legislador, mediante conceitos juridicamente indeterminados, cujo significado o autor busca esclarecer (Direito processual, p. 501/508). Como são empregados termos abertos, sem conteúdo jurídico preciso, a redundância, de certa forma, contribui para a determinação das situações abrangidas pelo dispositivo, facilitada pela precisa explicação do eminente processualista, que aborda vários comportamentos do réu subsumíveis na previsão do art. 311, inciso I.

³⁶⁶. Cfr. Arruda Alvim, “Tutela antecipatória”, p. 23; Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Perfil dogmático*, p. 13.

da ausência de seriedade da resposta, entendeu o legislador possibilitar a produção imediata de efeitos da tutela pleiteada, a fim de evitar dano maior para o autor, com a demora do processo. A postura incorreta do réu autoriza essa solução provisória, não se justificando seja o autor apenado com o retardamento indevido do provimento jurisdicional.

Na verdade, utilizou-se o legislador da técnica da antecipação provisória mediante cognição sumária, para punir ilícito processual.³⁶⁷

Essa modalidade de tutela da evidência comporta mais algumas considerações.

Sua admissibilidade está condicionada a dois requisitos. Imprescindível a prova da verossimilhança, ou seja, a inicial deve ser instruída com elementos probatórios suficientemente fortes para formar a convicção do juiz a respeito da existência do direito afirmado pelo autor. Diante desse quadro, o acolhimento da pretensão revela-se altamente provável.³⁶⁸

Ao lado do conteúdo probatório favorável ao autor, verifica-se a fragilidade da resposta do réu, que deduz argumentos inaplicáveis ao caso

³⁶⁷. Nesse sentido Marcelo Lima Guerra, *Estudos*, pp. 100-101. Tanto quanto *prova inequívoca da verossimilhança*, o *abuso do direito de defesa* e o *propósito protelatório* constituem expressões vagas, abertas, de difícil delimitação objetiva. Nessas situações, cabe ao intérprete, valendo-se de elementos jurídicos e metajurídicos, buscar o significado do vocábulo. Por isso, não procurei estabelecer os contornos desses termos, valendo-me apenas de alguns parâmetros, como os arts. 16 a 18 do Código, para determinação do sentido de abuso do direito de defesa. Tentativa de fixar o sentido das locuções foi realizada por Antônio Cláudio da Costa Machado, *A tutela antecipada na reforma*, pp. 360 e ss. V. tb. Marcelo M. Bertoldi, “Tutela antecipada”, pp. 308 e ss. e Athos Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, pp. 33-35.

³⁶⁸ Nesse sentido, o enunciado 47, da I Jornada de Direito Processual Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em agosto de 2017: “A probabilidade do direito constitui requisito para concessão da tutela da evidência fundada em abuso do direito de defesa ou em manifesto propósito protelatório da parte contrária.”

concreto ou procura valer-se do processo apenas para protelar a solução final.

Se a defesa é abusiva ou protelatória, o juiz poderá indeferir as provas eventualmente requeridas (CPC, art. 370, parágrafo único).

Ora, diante dos elementos de convencimento trazidos com a inicial e da absoluta carência de seriedade da defesa, normalmente haverá condições para o julgamento antecipado (CPC, art. 355, inciso I).

O abuso do direito de defesa aqui previsto pode gerar, portanto, não apenas a antecipação dos efeitos da sentença, mas o julgamento antecipado.

Significa dizer que a antecipação de tutela prevista no art. 311, inciso I, servirá, na grande maioria dos casos, para tornar imediatamente eficaz a sentença, afastando o efeito suspensivo do recurso.

Isso porque a atitude do demandado revela inexistir seriedade na defesa, tornando admissíveis as afirmações feitas pelo autor. Eventual requerimento de provas, por desnecessária a providência, deve ser indeferido. Daí a possibilidade de o julgador antecipar o próprio julgamento.

De fato, a caracterização do abuso do direito de defesa, somada à prova trazida pelo autor, normalmente permitirá ao juiz proferir a sentença de mérito e, concomitantemente, determinar a imediata eficácia da sentença, ainda que a apelação possua efeito suspensivo. Essa providência também pode se verificar em sede recursal.

Teremos caso de, nos limites em que a antecipação se efetivar, provimento judicial plenamente eficaz, ainda que provisoriamente, no próprio processo de conhecimento, mesmo que interposto o recurso

cabível contra a sentença (art. 1.012, inciso V).³⁶⁹

A previsão da tutela da evidência constitui mecanismo análogo a outros já existentes no sistema para situações específicas, como a liminar possessória, em que a antecipação do resultado prático não tem por objetivo assegurar sua utilidade, mas aumentar o grau de efetividade. Não há necessidade de demonstração do perigo de dano para que essa providência seja adotada.³⁷⁰ O legislador de 2015 simplesmente conferiu sistematização a essa modalidade de tutela provisória.

A antecipação de efeitos da tutela possessória, admissível nas demandas fundadas em ofensa datada de menos de ano e dia, também prescinde de outros requisitos, além da verossimilhança demonstrada na inicial ou mediante justificação (CPC, arts. 558 e 562). Isso não exclui, todavia, a adoção da tutela de urgência nos procedimentos ordinários, versando posse. Basta estejam presentes os requisitos necessários à antecipação prevista em caráter genérico no art. 300. O fato de haver previsão específica de antecipação, com requisitos próprios, não obsta seja a medida concedida, se presentes os requisitos exigidos pela regra geral.³⁷¹

³⁶⁹. “Nesta hipótese a antecipação, em essência, importará portanto afastar o efeito suspensivo normal do recurso, permitindo-se a realização prática do determinado no provimento judicial recorrido” (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “Alcance e natureza”, p. 115; *Perfil dogmático*, p. 14; *A tutela de urgência*, p. 11). V. tb. Marcelo M. Bertoldi, “Tutela antecipada”, p. 329. Inaceitável, todavia, seu entendimento a respeito da concessão da medida na sentença configurar decisão interlocutória, especialmente à luz da legislação vigente. O legislador processual não distingue os atos decisórios do juiz pelo conteúdo, mas por seus efeitos no processo.

³⁷⁰. Cfr. Nélson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil*, p. 789, nota 2 ao art. 804. Para Betina Rizzato Lara, que somente admite a cautelar satisfativa se ligada a perigo concreto de dano, a antecipação de efeitos da tutela, em caso de abuso do direito de defesa, é medida unicamente satisfativa (cfr. “A satisfatividade no âmbito das liminares”, p. 149).

³⁷¹. Com a devida vênia, equivocada a posição segundo a qual a tutela antecipada é inviável

É preciso insistir na necessidade de serem corretamente compreendidos os fundamentos da tutela sumária.

A técnica da antecipação provisória nem sempre está vinculada à existência do perigo concreto, pois pode levar em conta circunstâncias diversas. Algumas vezes o legislador considera a situação de direito material e conclui pela conveniência de se adiantar efeitos da tutela final, pois entende que o autor não precisa aguardar o término do processo para poder usufruir de seu provável direito.

Outras vezes a antecipação se deve a aspectos puramente processuais, como o comportamento inadequado do réu (art. 311, inciso I).

Em qualquer das situações, porém, verifica-se que a intenção do legislador é proteger o autor do dano marginal do processo, ou seja, daquele prejuízo inerente ao tempo normal e necessário a toda solução judicial. Não se cogita, aqui, de risco de dano excepcional, causado por outro fator e que esteja a ameaçar a efetividade da tutela definitiva.

Nos casos de antecipação fundada em abuso de defesa a cognição é sumária e a medida, provisória. Apenas não se exige a ameaça concreta à efetividade da tutela definitiva.

nas hipóteses de posse velha, pois implicaria extinção do procedimento especial (v. AI 870.850-7-SP, 1ª TACSP, 8ª C., rel. Juiz Antonio Carlos Malheiros, j. 15.9.99). A previsão geral não se confunde com a especial, que prescinde do perigo de dano concreto ou do comportamento protelatório do réu. Se um desses requisitos se verificar, nada impede a antecipação de efeitos da tutela possessória, nos termos do art. 300. Pela mesma razão, não se pode aceitar o entendimento de que não cabe tutela antecipada nos processos de despejo, porque o legislador teria definido taxativamente as hipóteses de medida de urgência no art. 59, § 1º, da Lei 8.245, de 18.10.91 (AI 460.373-6, 2ª TACSP, rel. Juiz Laerte Sampaio, j. 8.5.96, v.u.). Nas hipóteses descritas no referido dispositivo, a antecipação de efeitos da tutela final pode ser concedida liminarmente, desde que o autor preste caução. Não se exigem prova inequívoca da verossimilhança e risco de dano ou comportamento inadequado do réu (CPC, art. 273, incisos I e II). Se tais requisitos estiverem presentes, a tutela antecipada pode e deve ser concedida em situações diversas das estabelecidas no art. 59. Nesse sentido, Athos Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, p. 100.

Mas o escopo da regra outro não é senão o de preservar o mais possível essa efetividade. Quanto antes puder o autor valer-se dos efeitos práticos de seu direito, maior correspondência haverá entre a solução judicial e aquela espontânea. Nessa medida, maior a efetividade do processo.

Por isso, não parece acertado afastar o caráter instrumental dessas medidas antecipatórias, apenas pela ausência de ameaça visível. Também aqui adota-se solução provisória, visando a preservar o mais possível o resultado útil da atividade jurisdicional do Estado.

A única diferença entre tais modalidades de provimento e as denominadas tutelas de urgência antecipadas consiste na necessidade, quanto a estas, de ficar demonstrado o perigo de dano. Nas primeiras, outras circunstâncias foram consideradas pelo legislador para autorizar medida de conteúdo idêntico, a saber, antecipatório de efeitos.

No caso do art. 311, inciso I, entendeu-se injustificável tivesse o autor de aguardar o final do processo, diante da postura inadequada do réu. Para preservar o mais possível a utilidade do provimento definitivo, autoriza-se a antecipação provisória de seus efeitos.

Embora não exista perigo causado por algum acontecimento extraordinário, há o risco sempre presente do dano marginal, que o legislador houve por bem eliminar, em consequência do abuso da defesa ou do intuito protelatório do réu. Se o réu age dessa forma, por que sujeitar o autor às agruras do procedimento comum, para somente depois conceder-lhe a tutela? Entendeu-se conveniente a antecipação dos efeitos, não apenas como punição ao réu, mas também e principalmente como meio de assegurar integralmente o direito do autor.

Razões de ordem prática ou teórica aconselham a distinção entre

antecipações provisórias, fundadas em perigo de dano concreto, daquelas, também provisórias, cuja causa imediata é outra, mas que visam a atingir o mesmo objetivo, isto é, garantir a efetividade do resultado.

Na Itália o abuso do direito de defesa autoriza a tutela sumária nitidamente não cautelar; já no Brasil a técnica adotada é mais próxima das tutelas sumárias provisórias.³⁷²

O mais importante é verificar que as antecipações dessa natureza, todas elas, têm em comum o caráter de provisoriedade. Não são aptas a eliminar definitivamente a crise do direito material, mas apenas assegurar que esse objetivo seja alcançado com a maior efetividade possível.³⁷³

Na antecipação regulada no inciso I do art. 311, ligada ao abuso do direito de defesa ou ao propósito protelatório do réu, o legislador houve por bem aplicar sanção ao sujeito passivo da relação processual, ante seu comportamento inadequado. Permitiu a adoção de medida provisória e instrumental, com todas as características da cautelar, sem o requisito do *periculum in mora*.

Deve-se atentar para o fato de que, na prática, como já observado, essa modalidade de antecipação normalmente será concedida na própria

³⁷². Proto Pisani entende superado o critério proposto por Calamandrei para distinguir a tutela sumária cautelar da não cautelar. Afirma que, diante da necessidade de afastar o *pericolo di tardività del provvedimento principale*, ou seja, de obter provimentos urgentes para garantir determinados direitos de conteúdo predominantemente não patrimonial, que não suportariam o estado de insatisfação pelo tempo necessário ao desenvolvimento do processo de cognição plena, o ordenamento pode utilizar duas técnicas diferentes: a do provimento cautelar antecipatório e a do provimento sumário *tout court* (cfr. *Appunti sulla giustizia civile*, p. 251).

³⁷³. Por isso não se pode aceitar a afirmação de que, concedidas tais medidas, tornam-se irrevogáveis (cfr. Marcelo Lima Guerra, *Estudos*, p. 110). Se assim for, essas antecipações se confundiriam com o próprio resultado final, o que não corresponde à realidade, pois, tanto quanto aquela prevista no inciso I, incidem elas apenas sobre os efeitos da tutela, não podendo substituí-la. Somente esta representa a solução jurídica e definitiva para o litígio.

sentença final, apenas para retirar o efeito suspensivo de eventual apelação. Isso porque a configuração concreta da hipótese legal permitirá, quase sempre, o julgamento antecipado do pedido (CPC, art. 355).

Como a consequência processual mais importante, nesse caso, é exatamente a eficácia imediata da sentença, deve o juiz fundamentar adequadamente a antecipação, esclarecendo os motivos por que considera configurado o abuso do direito de defesa.

Não se pode perder de vista, para a correta aplicação das regras relativas à antecipação dos efeitos da tutela final, que a providência está sempre ligada à efetiva necessidade. Nessa linha, somente deve ser concedida quando imprescindível para assegurar a efetividade do processo.

Tratando-se de abuso do direito de defesa, portanto, somente se justifica a incidência da tutela antecipada se desse comportamento resultar atraso indevido na entrega da tutela. A mera dedução de razões completamente infundadas não autoriza a antecipação.³⁷⁴

A tutela da evidência também é admissível a os fatos puderem ser demonstrados documentalmente e a pretensão estiver amparada em tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (art. 311, inciso II).³⁷⁵ O grau de verossimilhança da hipótese

³⁷⁴. Teori Albino Zavascki, “Antecipação da tutela e colisão”, p. 154. A hipótese do inciso II pode ser aplicada a situações em que um dos pedidos formulados cumulativamente é incontroverso, devendo o processo prosseguir apenas para exame dos fatos impugnados. A impossibilidade de o autor usufruir desde logo da parte não impugnada de sua pretensão mostra-se injusta. O réu, valendo-se da técnica processual, acaba prorrogando indevidamente o cumprimento da obrigação. Estivesse ele imbuído de propósitos sérios, cumpriria a parte da pretensão não discutida. Por isso, parece-me perfeitamente possível sujeitá-lo à antecipação de efeitos, como meio de amenizar o dano suportado pelo titular de um direito reconhecido, cuja satisfação somente seria possível no final do processo. Essa é a posição sustentada por Marinoni, com argumentos irresponsáveis, que merecem apoio irrestrito (cfr. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado*, pp. 70 e ss. e 146 e ss.).

³⁷⁵ Segundo o Enunciado 48, aprovado na I Jornada de Direito Processual Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em agosto de

descrita no dispositivo é elevadíssimo. O pedido está fundado em fatos cuja veracidade é comprovada mediante prova documental. Além disso, a subsunção deles a regras do ordenamento jurídico material já foi reconhecida em decisões consideradas vinculantes (cfr. art. 927). Nada mais razoável do que o reconhecimento da evidência do direito afirmado, com antecipação dos efeitos da tutela pleiteada.

Nessa hipótese, a antecipação dos efeitos não está relacionada a possível deficiência da defesa. O legislador contenta-se com a probabilidade revelada pela coincidência, fundada em prova documental, entre a tese jurídica sustentada pelo autor e entendimento jurisprudencial vinculante.

O meio de prova apontado pelo legislador, por si só, confere maior segurança à veracidade do fato e, portanto, à tese jurídica sustentada pelo autor. Associado a esse resultado, a subsunção dela a orientação fixada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante autoriza a antecipação dos efeitos da probabilíssima tutela final. Se confirmada a conclusão inicial, ao menos quanto ao conteúdo da tutela provisória, eventual apelação não será dotada de efeito suspensivo (CPC, art. 1.012, inciso V).

2017, outros precedentes também autorizam a medida: “É admissível a tutela provisória da evidência, prevista no art. 311, II, do CPC, também em casos de tese firmada em repercussão geral ou em súmulas dos tribunais superiores.” Do Enunciado 30, aprovado no Seminário O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil, promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (ENFAM), consta: “É possível a concessão da tutela da evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 quando a pretensão autoral estiver de acordo com orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou com tese prevista em súmula dos tribunais, independentemente de caráter vinculante.”. Nesse mesmo Seminário, aprovou-se o Enunciado 31, segundo o qual: “A concessão da tutela da evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 independe do trânsito em julgado da decisão paradigma”.

A dupla exigência afasta a possibilidade de a tutela ser concedida apenas com fundamento na evidência fática decorrente da prova documental.

Ainda com fundamento em conjunto probatório robusto, representada por documento do contrato de depósito, em demanda com pedido de reipersecutório, ou seja de devolução do bem móvel do qual é proprietário, que se encontra sob a guarda de outrem, admissível seja determinada a imediata entrega do objeto custodiado, sob pena de multa (inciso III).³⁷⁶ Tanto quanto no inciso II, não se cogita de defesa inconsistente.

Por fim, mais uma vez por força de prova documental, à qual o réu não oponha outra, da mesma natureza, capaz de gerar dúvida razoável sobre a veracidade dos fatos constitutivos do direito afirmado pelo autor, autoriza o legislador a concessão da tutela da evidência (inciso IV).

Aqui, a tutela da evidência está fundada em dois requisitos: documento suficiente para demonstrar a verossimilhança do direito e ausência de outro, capaz de comprometer essa convicção.

Demonstrada, portanto, por esse meio de prova, a causa de pedir remota deduzida pelo autor, consistente na relação material (causa de pedir ativa) e aqueles em razão dos quais a pretensão é exigível (causa de pedir passiva), admite-se o deferimento da tutela fundada na evidência. Necessário, todavia, que os documentos sejam suficientes para demonstrar a verossimilhança do direito pretendido, bem como o réu, ao apresentar

³⁷⁶ Nos termos do Enunciado 26, aprovado no Seminário “O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil”, promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (ENFAM): “Para concessão da tutela da evidência prevista no art. 311, III, do CPC/2015, o pedido reipersecutório deve ser fundado em prova documental do contrato de depósito e também da

resposta, não traga prova capaz de elidir a probabilidade de acolhimento do pedido. Em outras palavras, verifica-se a evidência do direito sempre que o conjunto probatório anexado à inicial, constituído por documentos, for suficiente para formar, no espírito do julgador, convicção de que é grande a possibilidade de os fatos afirmados pelo autor subsumirem-se em regras do ordenamento jurídico, mesmo porque o réu não opôs prova capaz de gerar dúvida razoável a esse respeito.

Em síntese, se a inicial vier acompanhada de prova documental apta a demonstrar os fatos alegados pelo autor e o réu, ao contestar, não apresentar elementos capazes de comprometer a credibilidade dos documentos, a probabilidade de existência do direito torna-se bastante elevada, salvo se a situação descrita não se subsumir ao ordenamento jurídico material. Se a pretensão, em tese, amparada por regras substanciais, como os fatos estão demonstrados documentalmente e o réu não apresentou alegação suficiente para infirmar esse quadro, o acolhimento da demanda é praticamente certo. Essa conclusão é possível mesmo à luz de cognição sumária ou superficial.

Aliás, a situação descrita no inciso IV aproxima-se muito do disposto no art. 355, I, que autoriza o julgamento antecipado. Essa tutela definitiva somente não será concedida se ainda houver necessidade de instrução. Se a prova documental for suficiente para formar o convencimento do juiz sobre a existência do direito, o juízo será de certeza, não de verossimilhança. Ainda que complexa a questão de direito, não se justifica o prosseguimento da fase cognitiva.

As hipóteses previstas nos incisos II e III, por descreverem

mora.”

situações nas quais o conjunto probatório anexado à inicial é suficiente para revelar a verossimilhança das alegações, autorizam seja a providência concedida liminarmente (art. 311, parágrafo único). Nesses casos, a evidência não decorre do comportamento do réu, mas simplesmente do alto grau de probabilidade decorrente da prova apresentada pelo autor.

Essa regra, segundo alguns, é inconstitucional, pois violaria as garantias do contraditório e da ampla defesa. Não me parece seja assim, mesmo porque há outros dispositivos com idêntica previsão, em situações nas quais inexistente a urgência.³⁷⁷ Basta lembrar a possibilidade de o juiz conceder proteção possessória, *inaudita altera parte* (CPC, art. 562). Nessas situações, embora inexistente o perigo de dano, o legislador autoriza a liminar em função da natureza do direito material, da força conferida à prova documental ou da existência de tese firmada em enunciado vinculante. Apesar ausente o risco, por razões também relevantes e justificáveis, a liminar é possível. Medidas análogas estão previstas também nos arts. 678 do Código de Processo Civil (liminar em embargos de terceiro) e 59, § 1º, da lei n. 8.245, de 18.10.1991 (Locação).

Não parece, com o devido respeito a quem sustenta o contrário, estar o legislador perdido ou confuso, sem saber o que estava fazendo, pois

³⁷⁷ Com razão, portanto, Cássio Scarpinella Bueno, Novo Código de Processo Civil anotado, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 232. No mesmo, Araken de Assis, para quem não se trata de decisão surpresa, pois as hipóteses legais referem-se a situações anteriores ao processo, sendo lícita a concessão de liminar (cfr. Processo civil brasileiro, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. II, tomo II, 2ª edição, pp. 512/513. Contra, Lia Carolina Batista Cintra, Tutela antecipada fundada na evidência no novo Código de Processo Civil, in Garantismo Processual. Garantias constitucionais aplicadas ao processo, Brasília, Gazeta Jurídica, 2016, pp. 74/78). Não obstante a consistência dos argumentos invocados pela jovem processualista, pondero tratar-se de situações excepcionálissimas, dotadas de elevado grau de verossimilhança assegurado pelas rigorosas exigências legais, que não permitem a generalização da providência. Não diferem de outras hipóteses também especiais, como as mencionadas no texto, em relação às quais não se cogita de inconstitucionalidade.

faltaria racionalidade ao dispositivo.³⁷⁸ A tutela da evidência destina-se à proteção provisória de direito, cuja verossimilhança é passível de identificação pelo comportamento do réu ou, excepcionalmente, pelo conjunto probatório juntado com a inicial. O exame desses elementos, não obstante realizado mediante cognição sumária, pois anterior à defesa, é suficiente não para formação do juízo de certeza, mas de probabilidade. Em alguns casos, expressamente previstos pelo legislador, cujas regras não comportam interpretação extensiva, é possível afirmar tratar-se de direito altamente provável.

Cognição sumária não pressupõe, como se afirma, defesa indireta, incontrovérsia quanto aos fatos constitutivos. Nesses casos, eles sequer são examinados com profundidade, pois o juiz se limita a considerá-los verdadeiros por ausência de impugnação.³⁷⁹ A sumariedade cognitiva pode, sim, realizar-se apenas à luz da inicial. Basta lembrar a tutela de urgência concedida liminarmente, porque presente, além do perigo de dano, a probabilidade do direito (art. 300). Ora, nada obsta a autorização dessa medida se, embora inexistente o risco, os elementos dos autos evidenciem, de plano, verossimilhança em alto grau, em casos específicos, excepcionais,³⁸⁰ previstos expressamente pelo legislador, tanto no art. 311, quanto em dispositivos esparsos no Código e na legislação extravagante. Se até mesmo atos constritivos podem ser realizados antes de apresentada a defesa, porque o suposto direito é representado por documento (títulos executivos extrajudiciais), não há razão para apontar inconstitucionalidade no parágrafo único do art. 311, bem como em outros dispositivos análogos.

³⁷⁸ Assim entendem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. IV, 2016, pp. 274 e ss.

³⁷⁹ Ob. cit., p. 275.

As hipóteses de tutela da evidência descritas no art. 311, bem como aquelas previstas em dispositivos esparsos do Código e na legislação extravagante, implicam a antecipação de efeitos da tutela final. Mas há situações em que se admite a tutela provisória conservativa (cautelar), apenas com fundamento na verossimilhança do direito.³⁸¹

³⁸⁰ Correta a ressalva de Robson Renault Godinho, Comentários cit., p. 488.

³⁸¹ A observação é de Humberto Theodoro Júnior, que menciona como exemplos o arresto (CPC, art. 830), o sequestro (CF, art. 100, § 6º), separação de bens do espólio (CPC, arts. 643, parágrafo único e 627, 3º) e levantamento do depósito em ação consignatória (CPC, art. 545, § 1º).