

CASSIO SCARPINELLA BUENO

Curso  
Sistematizado de  
**DIREITO  
PROCESSUAL  
CIVIL**

Tutela antecipada  
Tutela cautelar  
Procedimentos  
cautelares específicos

6ª edição  
Revista e atualizada

4

# DADOS DE COPYRIGHT

## **Sobre a obra:**

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

## **Sobre nós:**

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: [xlivros.com](http://xlivros.com) ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

***Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.***



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP  
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª,  
das 8:30 às 19:30

E-mail [saraivajur@editorasaraiva.com.br](mailto:saraivajur@editorasaraiva.com.br)  
Acesse [www.editorasaraiva.com.br/direito](http://www.editorasaraiva.com.br/direito)

## **FILIAIS**

### **AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE**

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

### **BAHIA/SERGIPE**

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-  
0959 – Salvador

### **BAURU (SÃO PAULO)**

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 –  
Bauru

### **CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO**

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85)  
3238-1331 – Fortaleza

### **DISTRITO FEDERAL**

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 /  
3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

### **GOIÁS/TOCANTINS**

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62)

3224-3016 – Goiânia

**MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO**

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo

Grande

**MINAS GERAIS**

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo

Horizonte

**PARÁ/AMAPÁ**

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91)

3241-0499 – Belém

**PARANÁ/SANTA CATARINA**

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

**PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS**

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 –

Recife

**RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)**

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 –

Ribeirão Preto

**RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO**

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21)

2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

**RIO GRANDE DO SUL**

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 –

Porto Alegre

**SÃO PAULO**

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-21791-1

Bueno, Cassio Scarpinella  
Curso sistematizado de direito processual civil,  
vol. 4 : tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos  
cautelares específicos / Cassio Scarpinella Bueno. — 6. ed.  
rev. e atual. — São Paulo : Saraiva, 2014.  
Bibliografia.  
1. Medidas cautelares - Brasil 2. Processo civil - Brasil  
3. Tutela jurisdicional I. Título.  
CDU-347.919.6(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Tutela antecipada e tutela cautelar : Direito processual civil 347.919.6(81)
2. Brasil : Tutela cautelar : Direito processual civil e tutela antecipada 347.919.6(81)

**Diretor editorial** Luiz Roberto Curia

**Gerente editorial** Thaís de Camargo Rodrigues

**Assistente editorial** Poliana Soares Albuquerque

**Produtora editorial** Clarissa Boraschi Maria

**Preparação de originais** Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan /  
Bernardete de Souza Maurício / Flavia Gutterres Falcão de Oliveira

**Projeto gráfico** Lais Soriano

**Arte e diagramação** Isabel Gomes Cruz

**Revisão de provas** Amélia Kassis Ward  
**Serviços editoriais** Camila Artioli Loureiro / Marília Cordeiro  
**Capa** Muiraquitã Editoração Gráfica  
**Produção gráfica** Marli Rampim  
**Produção eletrônica** Ro Comunicação

**Data de fechamento da edição: 4-11-2013**

**Dúvidas?**

Acesse [www.editorasaraiva.com.br/direito](http://www.editorasaraiva.com.br/direito)

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

O autor é Mestre, Doutor e Livre-docente em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da PUCSP. Professor de Direito Processual Civil nos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da PUCSP. Membro e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual. Integrou a Comissão Técnica de Apoio à elaboração do relatório-geral na revisão do projeto do novo Código de Processo Civil no âmbito do Senado Federal e participou dos Encontros de Trabalho de Juristas sobre o mesmo Projeto no âmbito da Câmara dos Deputados. Advogado.

O que nós vemos das cousas são as cousas.  
Por que veríamos nós uma cousa se houvesse outra?  
Por que é que ver e ouvir seria iludirmo-nos  
Se ver e ouvir são ver e ouvir?

O essencial é saber ver,  
Saber ver sem estar a pensar,  
Saber ver quando se vê,  
E nem pensar quando se vê  
Nem ver quando se pensa.

Mas isso (tristes de nós que trazemos a alma vestida!),  
Isso exige um estudo profundo,  
Uma aprendizagem de desaprender  
E uma sequestração na liberdade daquele convento  
De que os poetas dizem que as estrelas são as freiras eternas  
E as flores as penitentes convictas de um só dia,  
Mas onde afinal as estrelas não são senão estrelas  
Nem as flores senão flores,  
Sendo por isso que lhes chamamos estrelas e flores.

(Alberto Caeiro)

A *Ela*, porque “*sonhar é preciso*” (...)

# ABREVIATURAS

- AASP—Associação dos Advogados de São Paulo  
AC-QO—Questão de Ordem em Ação Cautelar  
ACi—Apelação Cível  
ADC—Ação Declaratória de Constitucionalidade  
ADI—Ação Direta de Inconstitucionalidade  
AgRg na MC—Agravo Regimental na Medida Cautelar  
AgRg no Ag—Agravo Regimental no Agravo de Instrumento  
AgRg no AREsp—Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial  
AgRg no REsp—Agravo Regimental no Recurso Especial  
AgRg nos EDcl no AgRg no Ag—Agravo Regimental nos Embargos de  
Declaração no Agravo Regimental no Agravo de  
Instrumento  
CC—Conflito de Competência  
CF—Constituição Federal  
coord.—coordenação  
CPC—Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973)  
CPP—Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de  
1941)  
CTN—Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966)  
Des.—Desembargador(a)  
DJ—Diário da Justiça  
DJe—Diário da Justiça eletrônico\*  
DJE—Diário da Justiça Eletrônico  
EC—Emenda Constitucional  
EDcl no AgRg no REsp—Embargos de Declaração no Agravo Regimental no  
Recurso Especial  
EDcl no REsp—Embargos de Declaração no Recurso Especial  
EResp—Embargos de Divergência no Recurso Especial  
FGTS—Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

IBDP—Instituto Brasileiro de Direito Processual  
INSS—Instituto Nacional do Seguro Social  
j.m.v.—julgamento por maioria de votos  
j.un.—julgamento unânime  
MC—Medida Cautelar  
MS—Mandado de Segurança  
Min.—Ministro  
n.—número  
ns.—números  
org.—organizador  
p.—página  
Rcl—Reclamação  
RE—Recurso Extraordinário  
RE-AgR—Agravo Regimental no Recurso Extraordinário  
reimp.—reimpressão  
REsp—Recurso Especial  
RMS—Recurso em Mandado de Segurança  
s/ed.—sem editora  
SS-AgR-segundo—Segundo Agravo Regimental na Suspensão de Segurança  
STA-AgR-AgR—Agravo Regimental no Agravo Regimental na Suspensão da  
Tutela Antecipada  
STF—Supremo Tribunal Federal  
STJ—Superior Tribunal de Justiça  
Súm.—Súmula  
SUS—Sistema Único de Saúde  
TJRS—Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul  
TJSP—Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo  
tir.—tiragem  
v.—veja  
v.g.—*verbi gratia*



\* O número que segue à abreviatura refere-se ao exemplar do Diário da Justiça e a data é a da sua *disponibilização* na página do Tribunal. Quando não indicado nenhum número, a data é a da *publicação* do Diário da Justiça.

*Abreviaturas*

*Nota à 6ª edição*

*Nota à 5ª edição*

*Nota à 4ª edição*

*Nota à 3ª edição*

*Nota à 2ª edição*

## **INTRODUÇÃO**

1. Objeto de estudo
2. O estudo da tutela jurisdicional como eixo metodológico
3. Plano de trabalho

## **PARTE I — TUTELA ANTECIPADA**

### **Capítulo 1 — Pressupostos**

1. Considerações iniciais
2. O “dever-poder geral de antecipação”
  - 2.1. Pedido da parte
  - 2.2. Prova inequívoca
  - 2.3. Verossimilhança da alegação
    - 2.3.1. Confronto com o *fumus boni iuris* e com o “fundamento relevante”
  - 2.4. Dano irreparável ou de difícil reparação
  - 2.5. Abuso de direito de defesa ou propósito protelatório do réu
  - 2.6. Perigo de irreversibilidade do provimento antecipado

### **Capítulo 2 — Dinâmica da tutela antecipada**

1. Considerações iniciais
2. Prazo
3. Legitimidade

- 4. Fundamentação
- 5. Revogação e modificação
- 6. Estabilização da tutela antecipada

### **Capítulo 3 — Antecipação da tutela, sentença e recursos**

- 1. Considerações iniciais
- 2. Relações entre tutela antecipada e sentença
- 3. Tutela antecipada antes da sentença: o art. 520, VII
  - 3.1. Antecipação da tutela “na” sentença
  - 3.2. Antecipação parcial da tutela e sentença de procedência total
  - 3.3. Antecipação total da tutela e sentença de procedência parcial
  - 3.4. Antecipação total da tutela e sentença de improcedência total
  - 3.5. Antecipação da tutela, agravo de instrumento e sentença
  - 3.6. Antecipação da tutela não confirmada pela sentença
- 4. Tutela antecipada na sentença
  - 4.1. Pedido
  - 4.2. Pressupostos
  - 4.3. Recursos
  - 4.4. Posturas a serem assumidas pelo réu
- 5. Tutela antecipada após a sentença
- 6. Uma proposta de interpretação para o art. 520, VII
- 7. Dever-poder geral de antecipação na fase recursal

### **Capítulo 4 — Cumprimento da tutela antecipada**

- 1. Considerações iniciais
- 2. Efeitos antecipáveis
- 3. “Conforme sua natureza” e “no que couber”
  - 3.1. Tutela jurisdicional não executiva e executiva
  - 3.2. Tutela antecipada de urgência
  - 3.3. Tutela antecipada sem urgência
- 4. Observância do art. 475-O
- 5. Observância dos arts. 461 e 461-A
- 6. O cumprimento da tutela antecipada na sentença

7. A responsabilidade pelo cumprimento da decisão antecipatória da tutela

## **Capítulo 5 — Tutela antecipada e pedido incontroverso (art. 273, § 6º)**

1. Considerações iniciais

2. Pedido incontroverso

3. Irreversibilidade do provimento

4. Cumprimento

5. A decisão antecipatória da tutela para os fins do art. 273, § 6º

6. Coisa julgada

## **Capítulo 6 — Tutela antecipada nas obrigações de fazer, não fazer e dar coisa**

1. Considerações iniciais

1.1. Os parágrafos únicos do art. 249 e do art. 251 do Código Civil

2. Tutela antecipada e art. 461

2.1. Aplicação subsidiária do art. 273

2.2. Pressupostos

2.3. Fundamentação

2.4. A “audiência de justificação”

2.5. Cumprimento

2.6. Revogação ou modificação da tutela antecipada

3. Tutela antecipada e art. 461-A

## **Capítulo 7 — Tutela antecipada no direito processual público**

1. Considerações iniciais

2. A aplicabilidade do art. 273 e do § 3º do art. 461 aos casos de “direito processual público”: o art. 1º da Lei n. 9.494/1997

3. O trânsito em julgado para pagamentos devidos pela Fazenda Pública

4. No “direito processual tributário”

5. O “pedido de suspensão”

## **Capítulo 8 — Fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar**

1. Considerações iniciais

2. Um critério útil de distinção entre “tutela antecipada” e “tutela cautelar”

3. O § 7º do art. 273

#### 4. Pressupostos para conversão

4.1. Especificamente a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação” e o *fumus boni iuris*

4.2. A fungibilidade da tutela antecipada com as “cautelares nominadas”

### **PARTE II — TUTELA CAUTELAR**

#### **Capítulo 1 — Teoria geral da tutela cautelar**

##### 1. Considerações iniciais

1.1. A “tutela cautelar”

##### 2. O “processo cautelar”

2.1. Nota crítica

##### 3. A “ação cautelar”

##### 4. Mérito

##### 5. Características

5.1. Preventividade

5.2. Provisoriedade

5.3. Autonomia

5.4. Cognição sumária

5.5. Instrumentalidade

5.6. Revogabilidade e modificabilidade

5.7. Fungibilidade

5.8. Referibilidade

##### 6. Classificação

6.1. Quanto à tipicidade

6.2. Quanto ao momento

6.3. Quanto ao objeto

6.4. Quanto à produção de efeitos

##### 7. Duração

##### 8. Revogação ou modificação

##### 9. Cessação

##### 10. Coisa julgada

##### 11. Cumprimento

## 12. Responsabilidade objetiva

### **Capítulo 2 — Dever-poder geral de cautela**

#### 1. Considerações iniciais

#### 2. Conteúdo

#### 3. Dever-poder geral de cautela e “tipicidade”

#### 4. Atuação oficiosa do magistrado

#### 5. Momentos de exercício

#### 6. A executividade inerente às decisões que veiculam o dever-poder geral de cautela

#### 7. Restrições

#### 8. Responsabilidade decorrente do exercício do dever-poder geral de cautela

### **Capítulo 3 — Procedimento cautelar**

#### 1. Considerações iniciais

#### 2. Características: brevidade

##### 2.1. Autonomia

#### 3. Petição inicial

##### 3.1. Competência

###### 3.1.1. Competência no caso de recurso

##### 3.2. Partes

###### 3.2.1. Intervenção de terceiros

##### 3.3. A “lide e seu fundamento”

##### 3.4. *Fumus boni iuris e periculum in mora*

##### 3.5. Provas

##### 3.6. Outras exigências

##### 3.7. Juízo de admissibilidade

##### 3.8. Liminar

#### 4. Caução

#### 5. Citação e respostas do réu

##### 5.1. Fluência do prazo

#### 6. Fase ordinatória

7. Fase instrutória

8. Sentença

8.1. Custas e honorários advocatícios

9. Apelação

9.1. Demais recursos

## **Capítulo 4 — O dever-poder geral de cautela na fase recursal**

1. Considerações iniciais

2. Competência

3. Pressupostos

4. Procedimento

## **Capítulo 5 — Tutela cautelar no direito processual público**

1. Considerações iniciais

2. Um paralelo com o mandado de segurança

3. Intimação da concessão da “medida liminar”

4. Cautelares satisfativas

5. No “direito processual coletivo”

6. No “direito processual tributário”

7. Não executividade imediata da sentença

8. O “pedido de suspensão”

## **PARTE III — PROCEDIMENTOS CAUTELARES ESPECÍFICOS**

### **Capítulo 1 — Introdução**

1. Considerações iniciais

2. A ausência de um critério classificatório uniforme no Livro III do Código de Processo Civil

3. A subsistência das “cautelares nominadas”

### **Capítulo 2 — Arresto**

1. Considerações iniciais

2. Bens arrestáveis

3. Petição inicial

3.1. *Periculum in mora*

3.2. *Fumus boni iuris*

4. Audiência de justificação
5. Citação e respostas do réu
6. Fases ordinatória e instrutória
7. Sentença e coisa julgada
8. Conversão do arresto em penhora
9. Suspensão
10. Cessação

**Capítulo 3 — Sequestro**

1. Considerações iniciais
2. *Periculum in mora*
3. Procedimento
4. Depósito

**Capítulo 4 — Caução**

1. Considerações iniciais
2. Por iniciativa de quem deve prestar a caução
3. Por iniciativa de quem deve receber a caução
4. Reforço
5. Pelo não residente ou ausente do País

**Capítulo 5 — Busca e apreensão**

1. Considerações iniciais
2. Petição inicial
3. Audiência de justificação
4. Cumprimento do mandado

**Capítulo 6 — Exibição**

1. Considerações iniciais
2. Hipóteses de cabimento
3. Procedimento
4. Em face de terceiro

**Capítulo 7 — Produção antecipada de provas**

1. Considerações iniciais

2. Objeto

3. Petição inicial

3.1. Competência

3.2. Medida liminar

4. Oitiva da parte e das testemunhas

5. Realização da perícia

6. Sentença

7. Prazo para o “processo principal”

### **Capítulo 8 — Alimentos provisionais**

1. Considerações iniciais

2. Hipóteses

3. Petição inicial

4. Competência

5. Antecipação da tutela

6. Procedimento

### **Capítulo 9 — Arrolamento de bens**

1. Considerações iniciais

2. Petição inicial

2.1. Legitimidade ativa

3. Antecipação da tutela

4. Procedimento e concessão do pedido

5. Diligências

### **Capítulo 10 — Justificação**

1. Considerações iniciais

2. Citação dos interessados

3. Petição inicial

4. Oitiva das testemunhas

5. Sentença

### **Capítulo 11 — Protestos, notificações e interpelações**

1. Considerações iniciais

2. Protestos

2.1. Petição inicial

2.2. Intimação

2.3. Protesto contra a alienação de bens

2.4. Exercício de defesa

2.5. Destino dos autos

3. Notificações e interpelações

## **Capítulo 12 — Homologação do penhor legal**

1. Considerações iniciais

2. Natureza da medida

3. Petição inicial

4. Defesa

5. Sentença

## **Capítulo 13 — Posse em nome do nascituro**

1. Considerações iniciais

2. Petição inicial

3. Sentença

## **Capítulo 14 — Atentado**

1. Considerações iniciais

2. Hipóteses de cabimento

3. Petição inicial

4. Sentença

## **Capítulo 15 — Protesto e apreensão de títulos**

1. Considerações iniciais

2. Protesto de títulos e contas judicialmente verificadas

2.1. Dúvidas ou dificuldades na realização do protesto

3. Apreensão de títulos

3.1. Finalidade da medida

3.2. Prisão

3.3. Sentença

## **Capítulo 16 — Outras medidas provisionais**

1. Considerações iniciais

## 1.1. Procedimento

2. Obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida
3. Entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos
4. Posse provisória dos filhos, nos casos de separação judicial ou anulação de casamento
5. Afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais
6. Depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral
7. Afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal
8. Guarda e educação dos filhos, regulado o direito de visita
9. Interdição ou demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público

Apêndice 1 — Pequeno glossário de Direito Processual Civil

Apêndice 2 — Uma breve incursão no “novo Código de Processo Civil”

Bibliografia consultada e citada

Sites consultados

## NOTA À 6ª EDIÇÃO

É extremamente recompensador redigir a nota, ainda que breve, que abre a 6ª edição do volume 4, do meu *Curso sistematizado de direito processual civil*.

De pronto, agradeço – e muito – os comentários com relação ao trabalho que têm chegado a mim por variadas formas; seja em uma conversa depois de alguma palestra ou aula em algum lugar do Brasil, um e-mail ou um bate-papo na sala de professores na minha querida PUCSP com meus caríssimos colegas de magistério. Agradeço não só os elogios, mas também as críticas que, sobretudo quando negativas, fazem-me pensá-lo e repensá-lo, aperfeiçoando-o, esclarecendo-o e complementando-o. Transformando-o, por isso mesmo, em um livro *vivo* que, felizmente, vem ganhando a cada ano uma nova edição sempre com algo mais a ser dito, debatido ou analisado. Incentivos como esses seriam o bastante para justificar uma nova edição.

É desejável, contudo, ir além. Também a justificam a necessidade de inserir novas e interessantes decisões dos nossos Tribunais que querem, sempre, ilustrar a matéria exposta ao longo do volume. Com relação aos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, quis deixar mais claros os casos que foram julgados (ou estão prontos para o serem) como “Recursos Especiais Repetitivos”, já que, para eles, em rigor, deve ser aplicada a disciplina constante do art. 543-C do Código de Processo Civil, exposta no n. 4.4 do Capítulo 11 da Parte I do volume 5 deste *Curso*. Não obstante as observações críticas lá tecidas – mormente quanto à duvidosa possibilidade de *lei* delegar competência *constitucionalmente* fixada para julgamento do Recurso Especial –, o destaque é relevantíssimo justamente por causa do regime diferenciado de observância da decisão tomada pelo STJ quando adotada aquela técnica de julgamento pelos demais Tribunais.

Com relação ao Projeto de Novo Código de Processo Civil, o Apêndice respectivo traz breves comentários comparativos aos Projetos aprovados no Senado Federal (PLS n. 166/2010) e na Comissão Especial da Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010) sem veicular, contudo, os textos respectivos.

A efetiva comparação entre o Projeto a ser aprovado no Plenário da Câmara dos Deputados – que vem sendo chamado de “Emenda Aglutinativa Substitutiva Global” – e o Projeto aprovado no Senado Federal, com os respectivos textos, é tarefa que desenvolvo em outro trabalho meu especialmente dedicado a tanto: *Projetos de novo Código de Processo Civil: comparados e anotados – Senado Federal (PLS 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL 8.046/2010)*, no prelo da Editora Saraiva.

Para cá e neste momento, sem a conclusão dos trabalhos legislativos, justifica-se a mesma ressalva que fechou a Nota Introdutória da edição anterior: tal circunstância não é – e nem pode ser – óbice para o estudo do direito processual civil vigente. Ainda é tempo de e para estudar o Código de Processo Civil em vigor, sistematizando-o, como aqui se propõe, desde o “modelo constitucional do direito processual civil”.

A finalidade do Apêndice, por isso mesmo, esgota-se em *informar* o leitor a respeito das propostas centrais do Projeto de Novo Código de Processo Civil, tendo presente o que já foi aprovado no Senado em dezembro de 2010 e o que, ao tempo de fechamento desta edição, ainda pendia de aprovação no Plenário da Câmara dos Deputados a partir do que foi aprovado na Comissão Especial, instituída para debater o Projeto naquela Casa Legislativa.

O *Curso* como um todo tem objetivo diverso. Ele quer, como sempre quis, ir além: ele quer *formar* um pensamento contemporâneo (“neconcretista”) do direito processual civil brasileiro desde os primeiros momentos em que o estudante de Direito tem contato com a matéria. Um pensamento que não se contenta (e não se conforma) com a mera *informação*, tão fácil e disponível na atualidade, mas que a trabalha (e a retrabalha) para permitir uma adequada *formação* dos futuros profissionais do Direito.

Assim, e só assim, melhores dias para o direito processual civil e para o papel que ele *deve* desempenhar em um Estado Constitucional virão. Inclusive – e nem poderia ser diferente – na geração de mais pensamento crítico sobre as tantas questões que ele apresenta e, como também não poderia deixar de ser, no exercício diuturno e responsável de cada uma das funções essenciais à Administração da Justiça.

*Cassio Scarpinella Bueno*

4 de novembro de 2013

## NOTA À 5ª EDIÇÃO

É muito gratificante redigir a breve nota que abre a 5ª edição do volume 4, deste *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*.

Esta nova edição, a exemplo das dos outros volumes do *Curso*, vem revista pelas mais recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre os temas aqui enfrentados, inclusive pelas respectivas novas súmulas daquele Tribunal.

Com relação ao Projeto de Novo Código de Processo Civil, cabe dizer que, à época em que foi fechada esta edição, os trabalhos de revisão perante a Câmara dos Deputados não estavam, ainda, concluídos, sendo prematura, por isto, a veiculação do Relatório-Geral até então elaborado.

A ausência da conclusão dos trabalhos legislativos sobre um *novo* Código de Processo Civil, contudo, não é — e nem pode ser — óbice para o estudo do direito processual civil vigente. É este, e não aquele, o objetivo do presente trabalho, que vem sendo perseguido pelas edições anteriores e, como sua receptividade parece demonstrar, tem conseguido alcançar.

Em suma: ainda é tempo (e necessário e indispensável) de e para estudar o Código de Processo Civil em vigor, sistematizando-o, como aqui se propõe, desde o “modelo constitucional do direito processual civil”.

*Cassio Scarpinella Bueno*

## NOTA À 4ª EDIÇÃO

A cada novo ano uma nova edição. É com esse pensamento que vem a público a 4ª edição do vol. 4 deste *Curso sistematizado de direito processual civil*, dedicado ao exame da “tutela antecipada”, da “tutela cautelar” e dos “procedimentos cautelares específicos”.

Ainda é tempo de pensarmos, todos, no Código de Processo Civil *reformado*, no Código de Processo Civil vigente. O Projeto de novo Código de Processo Civil tramita na Câmara dos Deputados sob o número 8.046/2010 e ainda não vejo razão para tratar do direito *projetado*, sem o perigo de *confundir* o leitor, estudante ou estudioso do direito processual civil, sobre o que é *de lege lata* e o que é *de lege ferenda*. Até porque a função exercida pela Câmara dos Deputados para os fins do *caput* do art. 65 da Constituição Federal não parece querer ser meramente homologatória dos trabalhos desenvolvidos pela Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto de novo Código de Processo Civil e do substitutivo que, em seu lugar, foi aprovado pelo Senado Federal (PLS n. 166/2010). As notícias a respeito da tramitação legislativa do Projeto, em especial aquelas disponibilizadas por aquela própria Casa Legislativa, dão conta de intenso debate entre os parlamentares responsáveis pela condução dos trabalhos, a Comissão de especialistas nomeada, a exemplo do que ocorreu no Senado Federal, para auxiliar nos trabalhos legislativos, e os mais diversos setores do Estado e da sociedade civil. E mais: modificado o Projeto no âmbito da Câmara dos Deputados, seu retorno para o Senado Federal é impositivo em função do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal. Tudo para que o processo legislativo seja o *devido*, em consonância com o “modelo constitucional” respectivo.

Por isso, temos, ainda aqui, de nos concentrar no direito vigente e na necessidade de sua *sistematização*. Evidentemente que esse comportamento não exclui a necessidade de efetiva *participação* no processo legislativo, iniciativa que, no exato limite das minhas possibilidades e capacidade, tenho tido a oportunidade e o privilégio de vir tomando. O que quero destacar,

apenas e tão somente, é que não acho oportuno *mesclar* duas frentes de trabalho que se mostram bastante diferentes. Decididamente não é a proposta deste *Curso*. Suficiente, por isso, o Apêndice 2, que passou a incorporar o volume desde a 3ª edição, e que deve ser lido para matar a sede *informativa*; não, contudo, a *formativa*. Querirão saciar esta as edições futuras deste *Curso*, na exata medida em que o processo legislativo seja concluído e, evidentemente, em que o caríssimo leitor mostre interesse em saber o que este *Curso* terá a dizer a respeito da necessária — sempre necessária e indispensável — *sistematização* de um novo Código de Processo Civil.

Esta nova edição vem enriquecida, em consonância com a pertinência dos temas aqui discutidos, com as Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com as Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal e com recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça. Tudo para ilustrar mais adequadamente a exposição facilitando a sua compreensão.

*Cassio Scarpinella Bueno*  
novembro de 2011

## NOTA À 3ª EDIÇÃO

O ano de 2010 viu a 2ª edição do vol. 4 deste *Curso sistematizado de direito processual civil* esgotar-se rápida e completamente. A Editora Saraiva solicitou-me, por isso, a preparação de uma nova edição, que agora vem a público.

Ela traz alguns novos julgados, buscando, com a iniciativa, ilustrar, um pouco mais, momentos da exposição feita, seguindo, no particular, o norte da edição anterior.

Nessa nova edição o que vem sendo chamado de “novo Código de Processo Civil” é trazido como um Apêndice. Entendo que é prematuro para um trabalho que quer, antes de tudo, lidar com o direito processual *vigente*, analisando-o e sistematizando-o a partir do “modelo constitucional do direito processual civil” expor o que será, oportunamente, *um* novo Código de Processo Civil brasileiro. É o caso de esperarmos, todos, participando, evidentemente, através da conclusão do “processo *legislativo*”. Até lá, não há outra postura, para trabalho com o propósito deste, que não a de (ainda) voltarmos a nossa atenção ao direito vigente, querendo tirar dele o seu melhor, realizando e concretizando o tão propalado “modelo constitucional”. Ir além parece querer especular com as propostas que estão sendo debatidas no foro adequado. Longe de orientar, desorientam; longe de informar, desinformam e, pior, não formam; traem, portanto, o objetivo de um curso, qualquer que seja ele.

Que a *escolha* retratada pelo parágrafo anterior não soe fora de seu contexto. Não se trata de criticar o Anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux e relatado pela Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, nem de querer ser indiferente a ele; também não se trata de deixar de levar em conta as discussões travadas a seu respeito no Senado Federal e as modificações lá introduzidas, que culminaram na aprovação do PLS 166/2010 por aquela Casa Legislativa em meados de dezembro de 2010. Trata-se, apenas, de enaltecer a importância do debate, institucional inclusive, daquela proposta na tramitação que uma

lei, qualquer lei, *deve ter* em nosso “modelo constitucional”. Processo, vale insistir sobre o que este *Curso*, desde o princípio, fez e faz questão de tratar no n. 1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1, não é algo exclusivo do Poder Judiciário, do exercício da função jurisdicional pelo Estado-juiz. É algo inerente à atuação de todo o Estado; ao menos de modelos de Estado como é o nosso, democrático e de direito.

O clamor por um novo e “imediato” Código de Processo Civil talvez mostre o quanto estamos, todos nós, desacostumados com o “*processo legislativo*”; talvez habituados demais — e de forma perigosamente indiferente — às constantes edições de Medidas Provisórias sobre os mais variados temas, inclusive sobre o direito processual civil<sup>1</sup>. Menos mal que não são mais reedições de reedições de medidas provisórias, graças ao art. 1º da Emenda Constitucional n. 32/2001. Mas, mesmo assim, nem sempre há *relevância e urgência* a justificar a edição de diversos daqueles atos com *força de lei*; no passado, no presente e, certamente, também no futuro. Objetivamente falando, não há nenhuma relevância e menos ainda urgência na aprovação de um novo Código de Processo Civil. Deixemos as nossas duas Casas Legislativas falarem a seu respeito a partir do excelente Anteprojeto que foi apresentado ao Senado Federal. Ouçamos a sociedade, ouçamos as Instituições, jurídicas ou não. Ouçamos a academia. E tenhamos consciência de que, nesse meio tempo, mesmo com a aprovação do Substitutivo pelo Senado Federal, o melhor a fazer é compreender adequadamente o direito *posto*, tal qual vigente, que tem que ser lido, construído e compreendido para ser aplicado, desde a Constituição Federal. Até para que, desse prisma de análise, possamos contribuir, de alguma forma *pensada e refletida* para um novo Código de Processo Civil.

No momento oportuno será o caso de *sistematizar* também um novo Código de Processo Civil. Não é esse, vale a ênfase, o momento para um trabalho com a missão e com o papel que este *Curso* quer desempenhar e, graças ao bom leitor, vem desempenhando, nos últimos anos e nas suas sucessivas edições.

Como decorrência do quanto consta dos parágrafos anteriores, duas medidas mostram-se mais que suficientes para permitir que este *Curso* e a sistematização nele proposta dialoguem *suficientemente* com o que está em discussão no Congresso Nacional: a primeira é a exposição, com a

necessária brevidade, dos pontos centrais propostos pelo Substitutivo ao Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, tal qual aprovado pelo Senado Federal, que dizem respeito à matéria tratada ao longo do volume; a segunda é transcrever os respectivos dispositivos daquele Projeto de Lei. Para tanto, volta-se o já anunciado Apêndice 2.

Quero agradecer, uma vez mais, a todos aqueles que, direta ou indiretamente, dedicaram alguma consideração ou alguma palavra ao trabalho. Que esta 3ª edição seja tão bem recebida quanto a anterior e como os demais volumes deste *Curso sistematizado de direito processual civil*, que, neste ano de 2011, chega, finalmente, a sua versão completa, tal qual idealizada, com os seus 7 volumes, cada um deles voltado, única e exclusivamente, à missão de tornar mais eficiente o exercício da função jurisdicional civil, lida, pensada, entendida e sistematizada a partir do “modelo constitucional de direito processual civil”.

Tanto mais importantes, sinceras e cabíveis as palavras do parágrafo anterior diante da escolha que os formandos da Faculdade de Direito da PUCSP, no ano de 2010, fizeram ao escolher o meu nome para Patrono de sua Turma. Não posso e não quero deixar de *retribuir* aquela homenagem: quero homenagear aqui aqueles que me homenagearam. Vocês foram os primeiros a estudar direito processual civil por este *Curso*. Vocês, mais que todos, viram e experimentaram a construção de cada um desses volumes e cada uma das ideias neles contidas. Muito obrigado a todos vocês pelo reconhecimento do meu trabalho; ao completar a elaboração de todos os volumes do *Curso*, não poderia querer experimentar, com vocês, outra sensação; não poderia querer coisa diversa. Que vocês possam, ao seguir o seu próprio caminho, colher frutos e flores das sementes que plantamos juntos, ainda melhores do que aqueles que agora vocês me dão. E que vocês sejam, a partir do que conversamos nestes últimos quatro anos, instrumentos decisivos na realização do Direito. Instrumentos afinadíssimos ao diapasão constitucional, aptos a tocar não só a mais bela das melodias mas, também, senão principalmente, a bem harmonizá-la. Sejam felizes sempre.

*Cassio Scarpinella Bueno*  
outubro de 2010



1 Para quem se interessar ou desejar se aprofundar nessa temática que, em outro trabalho, tive a oportunidade de chamar de “Contrarreforma do Código de Processo Civil”, elegendo a Medida Provisória n. 2.180-35/2001 (ainda vigente) como pano de fundo, tomo a liberdade de indicar a leitura do livro, de minha autoria, *O poder público em juízo*, publicado pela Editora Saraiva, cuja edição mais recente, a 5<sup>a</sup>, é de 2009.

## NOTA À 2ª EDIÇÃO

Considerando a boa acolhida da 1ª edição do vol. 4 deste *Curso sistematizado de direito processual civil*, entendi ser importante preparar uma nova edição não só para, revisando o texto, deixar algumas ideias, noções e conclusões mais claras, mas também — e principalmente —, desenvolver mais demoradamente alguns pontos e introduzir alguns novos julgados do STF e do STJ que, desde o fechamento editorial anterior, chegaram a meu conhecimento e que se mostraram importantes para ilustrar melhor a exposição dos temas tratados ao longo do volume e as conclusões alcançadas. Uma nova edição também se justificou diante da promulgação da Lei n. 12.016/2009, que vem sendo chamada de “nova lei do mandado de segurança”, que traz importantes questões para o tema versado ao longo desse volume como diversas passagens querem evidenciar.

Por ora, só me resta agradecer a todos aqueles que, direta ou indiretamente, dedicaram alguma consideração ou alguma palavra ao trabalho. Todas elas foram recebidas como verdadeiro *incentivo* para aprimorar, sempre e cada vez mais, este *Curso* que só quer tornar menos complicado e mais efetivo o exercício da função jurisdicional civil, inclusive no que diz respeito ao tema da “tutela antecipada” e da “tutela cautelar”.

Que esta 2ª edição seja tão bem recebida quanto a anterior e como os demais volumes deste *Curso sistematizado de direito processual civil*.

Cassio Scarpinella Bueno  
outubro de 2009

## 1. OBJETO DE ESTUDO

Uma dificuldade que convém ser exposta desde o início deste volume, até porque se trata de dificuldade inexistente nos demais, é a adequada compreensão do que o Código de Processo Civil, em seu Livro III, chama de “processo cautelar”. Nele, diferentemente do que se dá com relação aos seus Livros I e II, mormente quando analisados da perspectiva original daquele estatuto legislativo, não existe qualquer homogeneidade classificatória.

Pelo contrário, como se lê do n. 7 da Exposição de Motivos, de seu idealizador, Alfredo Buzaid:

“Ainda quanto à linguagem, cabe-nos explicar a denominação do Livro III. Empregamos aí a expressão *processo cautelar*. Cautelar não figura, nos nossos dicionários como adjetivo, mas tão só como verbo, já em desuso. O projeto o adotou, porém, como adjetivo, a fim de qualificar um tipo de processo autônomo. Na tradição do nosso direito processual era a função cautelar distribuída por três espécies de processos, designados por preparatórios, preventivos e incidentes. O projeto, reconhecendo-lhe caráter autônomo, reuniu os vários procedimentos preparatórios, preventivos e incidentes sob fórmula geral, não tendo encontrado melhor vocábulo que o adjetivo cautelar para designar a função que exercem. A expressão processo cautelar tem a virtude de abranger todas as medidas preventivas, conservatórias e incidentes que o projeto ordena no Livro III, e, pelo vigor e amplitude do seu significado, traduz melhor que qualquer outra palavra a tutela legal.

As razões de nossa preferência por essa expressão se fundam também no precedente legislativo português, cujo Código de Processo Civil consagrou (arts. 381 e segs.) e no uso corrente da doutrina nacional e portuguesa. No direito italiano, argentino e uruguaio também a doutrina manifestou o seu assentimento à expressão processo cautelar”.

Assim, não há como discordar de boa parcela da doutrina de que o Livro III do Código de Processo Civil não apresenta nenhuma possibilidade de estudo ou análise que parte de critério uniforme.

Como bem escreve Ovídio Baptista da Silva a respeito:

“As considerações precedentes — o autor tratava da necessidade de se equipar o Judiciário com instrumentos de pronta resposta ao dano, como a ‘sentença *mandamental*’ — autorizam-nos afirmar que nem toda a *tutela urgente* pode ser definida como cautelar. Federico Carpi (*La Tutela Urgente, Atti del XV<sup>o</sup> Congresso Nazionale* (Bari), 1985, p. 37) e Giovanni Arieta (*I Provvedimenti d’Urgenza*, pp. 84 e segs.) mostram que a denominada *tutela urgente* pode apresentar-se sob três modalidades distintas de proteção jurisdicional, a saber: *a*) tutela propriamente cautelar; *b*) tutela concedida através de liminares satisfativas, sob forma de medidas provisórias, de tipo interdital, a ser depois confirmadas ou revogadas pela sentença que vier a ser proferida no ‘processo principal’; *c*) formas de *tutela satisfativa autônoma*, por dispensarem a propositura de uma demanda plenária subsequente, a ser ajuizada, como nas duas hipóteses anteriores, por quem haja obtido a tutela urgente satisfativa. Por outro lado, como se sabe, até a introdução em nosso sistema das denominadas *antecipações de tutela*, dos arts. 273 e 461, as três modalidades de proteção jurisdicional tiveram como veículo exclusivo o processo cautelar” (*Do processo cautelar*, p. 86-87).

É correto, por isso mesmo, concluir que, dentre os “processos cautelares” que ocupam o Livro III do Código de Processo Civil, existem não só aqueles que se baseiam expressa ou implicitamente em uma situação de urgência, na necessidade de *preventividade* da intervenção jurisdicional, portanto, mas também em medidas que seriam as “verdadeiras cautelares” e que têm, apenas e tão somente, seu *procedimento* extremamente simplificado e concentrado quando comparado aos procedimentos comuns, mesmo ao que o *caput* do art. 272 disciplina como “procedimento *sumário*”.

O que se tem, por trás das diversas hipóteses tratadas pelo Livro III do Código, são, alternativamente, situações em que a tutela jurisdicional deve ser prestada com vistas à obtenção do resultado útil de um *outro* processo e também situações em que a lei autoriza o magistrado a decidir brevemente,

agindo diretamente no próprio plano do direito material. É o que se pode chamar, dentre outros nomes, de “ações sumárias”, “tutelas sumárias”, “processos sumários não cautelares”, “processos materialmente sumários” ou, mais amplamente, “tutelas diferenciadas”. Dentre tais medidas, inclusive, é possível discernir aquelas que sequer poderiam ser compreendidas como hipóteses de “jurisdição *contenciosa*”, mas que, mais apropriadamente, deveriam ser compreendidas como “jurisdição *voluntária*” (v. n. 4 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1).

Importaria, à luz dessas considerações, distinguir o que, não obstante sua expressa previsão naquele local do Código, seria ou não “cautelar” e, conseqüentemente, poderia, consoante a sistematização do próprio Código, ser chamado de “processo cautelar”, em contraposição ao “processo de conhecimento” e ao “processo de execução”.

A iniciativa, contudo, parece ser inglória. Não há, do ponto de vista *ontológico*, pelo menos jurídico, o que possa ser entendido como “cautelar” em contraposição ao “não cautelar”.

Se, é certo, o que parece ser mais claro para boa parte da doutrina que se debruçou sobre o assunto, que a “verdadeira cautelar” para o Livro III do Código caracteriza-se, precipuamente, pela *provisoriedade* e *instrumentalidade* (v. n. 5.2 do Capítulo 5 da Parte II) e, nesse sentido, como medida incapaz de satisfazer o direito material mas, apenas e tão somente, de assegurar o resultado útil de uma pretensão a ser reconhecida ou satisfeita oportunamente (em *outro* processo), não há nenhum consenso na doutrina processual civil brasileira sobre a aplicação destas características às diversas medidas previstas entre os arts. 812 e 889, as “cautelares *nominadas*”, inclusive com relação às que podem ser adotadas com base no art. 798, as “cautelares *inominadas*”. Talvez — e trata-se de mera observação — a compreensão do “arresto” e do “sequestro” como “verdadeiras cautelares” rendam ensejo a maior consenso entre os autores e a jurisprudência. O mesmo, contudo, não pode ser dito com relação a todas as outras medidas lá previstas.

Com a generalização do instituto da “antecipação da tutela” pela Lei n. 8.952/1994, que introduziu o art. 273 no Código de Processo Civil, o assunto tornou-se ainda mais propício para discussões: quais as diferenças objetivamente constatáveis entre a *provisoriedade* e a *instrumentalidade* de

uma “cautelar”, que se destina a assegurar o resultado útil de um processo jurisdicional e de uma “tutela antecipada”, que se volta à fruição imediata de um direito reconhecido jurisdicionalmente? Como conciliar, para o direito processual civil brasileiro, a clássica compreensão de Piero Calamandrei (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 39) de que as “decisões antecipadas e provisórias de mérito” compõem um dos quatro grupos de “provimentos cautelares”? O que dizer da doutrina de Andrea Proto Pisani (*Lezioni di diritto processuale civile*, p. 656-657) sobre os “provimentos cautelares *satisfativos*” e os “provimentos cautelares *antecipatórios*”? Afinal, a compreensão de uma “cautelar *satisfativa*” é contradição nos próprios termos porque cautelares, para o serem, só podem assumir função *conservativa*?

Mesmo fora da inegável influência do direito processual civil italiano e de sua doutrina e apenas para ilustrar um pouco mais as preocupações do parágrafo anterior com a recente experiência dos países iberoamericanos, como entender, assumindo a ideologia reinante no Livro III do Código de Processo Civil brasileiro e de sua construção mais tradicional, o art. 381º, 1, Código de Processo Civil português segundo o qual: “Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado”?

Menos para responder e mais para contextualizar adequadamente estas e tantas outras questões que poderiam ser formuladas a respeito das mesmas preocupações, é que este *Curso*, coerentemente com a *teoria geral* proposta pelo volume 1, prefere tratar do tema de perspectiva diversa, dando o primeiro plano da exposição à “tutela jurisdicional”, deixando de lado a concepção de que há um “processo” ou uma “ação” cautelar. O que deve haver, do ponto de vista do dano, é uma *tutela jurisdicional* apta a evitá-lo — uma tutela jurisdicional preventiva, portanto, verdadeiramente *inerente* ao exercício da função jurisdicional — e que, tradicionalmente, foi concebida para ser prestada, única, exclusiva e acriticamente, em um “específico processo”, o “processo cautelar”.

É esta — e não qualquer outra — a única forma de conceber, como parte integrante do “modelo constitucional do processo civil”, um direito

fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que não distingue as técnicas que podem ser empregadas para atingir os desideratos dos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal (v. n. 1 do Capítulo 8 da Parte I). Trata-se de entendimento que encontra eco não só na doutrina nacional (v.g.: José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumária e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 173-174 e 221; Teori Albino Zavascki, *Antecipação da tutela*, p. 60-71; João Batista Lopes, *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, p. 19-31, e Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 200-210), mas também na estrangeira (v.g.: Italo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, p. 63-67; Giorgetta Basilico e Massimo Cirulli, *Le condanne anticipate nel processo civile di cognizione*, p. 20-28; Maria Fernanda dos Santos Maças, *A suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos e a garantia constitucional da tutela judicial efectiva*, p. 21-30; Joan Picó I Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, p. 40 e ss., e Teresa Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal civil*, p. 517) quando voltada a examinar dispositivos similares em suas próprias Constituições nacionais.

## **2. O ESTUDO DA TUTELA JURISDICIONAL COMO EIXO METODOLÓGICO**

Importa, à luz do fecho do número anterior, rememorar a proposta de classificação da tutela jurisdicional feita pelo volume 1 do *Curso* para robustecer a importância de dar a ela o lugar de primazia entre os “temas fundamentais” do direito processual civil.

A partir da perspectiva da ocorrência do dano, coerentemente com o que dispõe o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o n. 8.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1 propõe a distinção entre a “tutela jurisdicional *preventiva*” e a “tutela jurisdicional *repressiva*”.

Nessa perspectiva, a “tutela *repressiva*” busca criar condições para que a *lesão* a direito seja devidamente *reparada* pela intervenção do Estado-juiz repondo as coisas no estado anterior na medida das possibilidades concretas (ou, ao menos, criando condições para tanto); a “tutela *preventiva*”, por sua

vez, busca, com a atuação do Estado-juiz, evitar a ocorrência de lesão, imunizando a situação de ameaça.

É no contexto da “tutela jurisdicional *preventiva*” que o n. 8.1.1.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1 trouxe à tona o tema relativo à “tutela de urgência”, com menção expressa à “tutela cautelar” e à “tutela antecipada” prestada com fundamento no art. 273, I. Em ambas as hipóteses, é irrecusável a necessidade da presença de um elemento *constante* que legitima a pronta e imediata atuação do Estado-juiz, que é a “*urgência*”, isto é, a *necessidade* de atuação jurisdicional *antes* da consumação do dano. A tutela jurisdicional justifica-se, nessa perspectiva, para evitar que o *tempo* necessário para o reconhecimento e realização prática do direito seja, ele próprio, fator de inibição da própria atividade a ser desenvolvida jurisdicionalmente, aplicação escorreita, portanto, do quanto apresentado pelo n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1.

Graças ao elemento *constante* destacado pelo parágrafo anterior, aliado à circunstância da enorme dificuldade doutrinária e jurisprudencial em distinguir, por este critério, a “tutela *cautelar*” da “tutela *antecipada*” (com fundamento no art. 273, I, é importante ressaltar), é que diversos autores (v., por todos, José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência [tentativa de sistematização]*, p. 170-172) preferem tratar aquelas duas classes como diferentes espécies de um mesmo gênero, a “tutela de *urgência*” ou, como prefere este *Curso*, “tutela *preventiva*”. Tal referência tem o grande mérito de viabilizar que ambas sejam prestadas *indistintamente*, o que responde não só a profunda inquietação doutrinária sobre o assunto, mas também — e principalmente — a uma necessidade prática que tem assento expresso no “modelo constitucional do processo civil”, e que encontra eco no plano infraconstitucional no § 7º do art. 273. A este assunto volta-se, especificamente, o n. 4 do Capítulo 8 da Parte I.

Levando-se em conta o *momento* de prestação da tutela jurisdicional, esta pode ser classificada em *antecipada* e em *ulterior* consoante o instante procedimental em que os efeitos práticos da tutela jurisdicional são liberados, isto é, autorizados a serem experimentados no plano exterior ao processo (v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). São casos de “tutela *antecipada*” todos aqueles em que a lei permite ao *magistrado* modificar as

escolhas feitas pelo legislador quanto aos momentos mais adequados ou necessários para liberar a eficácia de suas decisões. A “tutela *ulterior*”, em consonância com esse mesmo critério, caracteriza-se porque seus efeitos práticos são experimentados apenas nos instantes desejados e previamente valorados em abstrato pelo legislador.

Outro critério proposto é o que distingue a tutela jurisdicional pela necessidade, ou não, de sua confirmação. Para tanto, a tutela jurisdicional pode ser *provisória* ou *definitiva* consoante a decisão que a veicule precise, ou não, de confirmação pelo próprio juízo que a proferiu ou por juízo diverso (v. n. 8.3 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). A “tutela *provisória*” é prestada para durar durante o tempo necessário ao proferimento de uma outra decisão que passará, ela própria, a regular aquela mesma situação, *substituindo-a*. A “tutela *definitiva*”, por seu turno, é aquela que, não obstante poder ser objeto de recurso, carece de qualquer outra deliberação jurisdicional para regular a situação jurídica que legitima a sua concessão.

A tutela jurisdicional também pode ser classificada — e é assim que a maioria da doutrina o faz quando trata de um “processo de conhecimento” e de um “processo de execução” — a partir da *atividade* desempenhada pelo magistrado. São espécies dessa classe a “tutela jurisdicional *cognitiva*” e a “tutela jurisdicional *executiva*” (v. n. 8.4 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1).

O critério apresentado pelo n. 8.5 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1 leva em conta os *efeitos* da tutela jurisdicional — sua *eficácia* —, buscando, com a iniciativa, o desenvolvimento de um *novo* critério classificatório apto a substituir a distinção usual entre “tutelas” (ou, na perspectiva tradicional, *ações* ou *sentenças*) declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas *lato sensu* e mandamentais. Para tanto, importa distinguir a “tutela jurisdicional *executiva*” da “tutela jurisdicional *não executiva*”.

Considerando que as distinções rememoradas pelos parágrafos anteriores nada mais são do que a aplicação de determinados critérios classificatórios, é inegável que alguns são mais úteis ao desenvolvimento dos temas tratados ao longo do volume do que outros. Para cá, importa sobretudo, o estudo da “tutela *preventiva*” e da “tutela *antecipada*”.

Isto não quer dizer, contudo, que as demais classificações não serão, consoante as exigências da exposição, referidas. É o que se dá, de forma

bem clara, com a “tutela *provisória*”, analisada, a partir do art. 475-O, pelo Capítulo 6 da Parte I do vol. 3, e que impõe seu exame também a respeito das regras de responsabilização decorrente do art. 273, § 3º (v. n. 7 do Capítulo 4 da Parte I), e do art. 811 (v. n. 12 do Capítulo 1 da Parte II) e dos modos de *cumprimento* das tutelas jurisdicionais obteníveis a partir do art. 273 e do Livro III do CPC, que não se podem furtar da análise das *técnicas* disponíveis ao magistrado para tanto, a partir da classificação proposta pelo n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1, estudadas ao longo do vol. 3.

### 3. PLANO DE TRABALHO

Após as ressalvas que ocupam os números anteriores que devem ser mais bem compreendidas como justificativas é que se explica o título dado ao presente volume 4 e que se apresenta o plano de trabalho nele desenvolvido.

“Tutela antecipada” é o instituto previsto genericamente — mas não exclusivamente — no art. 273. Trata-se de um verdadeiro “dever-poder geral de antecipação” que permite ao magistrado liberar os efeitos práticos de suas decisões consoante as necessidades de cada caso concreto que chegue ao seu conhecimento, modificando as opções que, a respeito, fez o legislador. É este o objeto de que se ocupa a Parte I.

“Tutela cautelar”, tema desenvolvido pela Parte II, corresponde, em larga escala, ao que a doutrina em geral chama de “poder geral de cautela” ou “ação cautelar inominada”. Seu fundamento infraconstitucional é o do art. 798, verdadeiro “*dever-poder geral de cautela*” que autoriza o magistrado a adotar medidas provisórias que se mostrem adequadas a assegurar a fruição útil e oportuna do direito da parte — e não propriamente o resultado útil de um “outro processo”, como comumente se sustenta —, enfatizando a necessidade de sua proteção imediata.

Os “procedimentos cautelares específicos”, de que se ocupa a Parte III, correspondem à análise de cada uma das figuras disciplinadas pelo Capítulo II do Livro III do Código de Processo Civil. Aqui, o nome utilizado pelo Código, ao descrever uma série de procedimentos diferenciados sem nenhum rigor metodológico — tal qual destaca expressamente o n. 7 de sua Exposição de Motivos (v. n. 1, *supra*) —, permite a descrição suficiente e isenta de qualquer pré-conceito de toda a matéria de que se ocupam os arts. 812 a 889, dando destaque, como parece ser suficiente, à *tutela*

*jurisdicional* a ser obtida pela atuação do Estado-juiz em consonância com os *procedimentos* lá disciplinados.

---

# **Parte I**

## **TUTELA ANTECIPADA**

# CAPÍTULO 1

## Pressupostos

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A chamada “tutela antecipada” deve ser entendida como a possibilidade da precipitação da produção dos efeitos práticos da tutela jurisdicional, os quais, de outro modo, não seriam perceptíveis, isto é, não seriam sentidos no plano exterior ao processo — no plano material, portanto —, até um evento futuro: proferimento da sentença, processamento e julgamento de recurso de apelação com efeito suspensivo e, eventualmente, seu trânsito em julgado. Antecipa-se, diante de determinados pressupostos legais, a produção dos efeitos da tutela jurisdicional cujo momento, tradicionalmente, vincula-se à existência de sentença de procedência não recorrida ou, quando menos, sujeita a apelação despida de efeito suspensivo.

É concebível, por isso mesmo, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional até o instante em que a sentença ou o acórdão, por imposição do sistema jurídico, surtirem, eles próprios, seus efeitos no plano material.

Assim, em todos aqueles casos que não se amoldam aos incisos do art. 520 (v. n. 4.2 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 5) ou às disposições da legislação processual civil extravagante que retiram o efeito suspensivo da apelação, a mera sujeição da sentença ao recurso de apelação (que tem efeito suspensivo) faz com que a sentença *não* produza seus efeitos. Quando interposta a apelação, esse estado de ineficácia perdura até que o Tribunal *ad quem* a julgue. Como eventual recurso especial e extraordinário não têm, *ex lege*, efeito suspensivo, o acórdão que julgar a apelação produz seus efeitos de pronto. Nesse caso, é até esse instante que é possível antecipar os efeitos da tutela jurisdicional.

Em casos em que a sentença produz, de imediato, seus efeitos, isto é, em todos aqueles casos em que a apelação *não tem* efeito suspensivo, é correta a conclusão de que a tutela é “antecipável” até o proferimento da sentença, porque, uma vez proferida, ela é eficaz, porque o recurso de apelação dela

interponível *não tem efeito suspensivo*. Quando proferida, nesses casos, é a sentença, ela mesma, que produzirá os efeitos desejados pelo autor, e não o ato jurisdicional praticado antes dela apto a veicular a tutela jurisdicional pretendida. Desnecessária, por isto mesmo, a antecipação de seus efeitos.

## 2. O “DEVER-PODER GERAL DE ANTECIPAÇÃO”

As considerações feitas no número anterior buscam criar o contexto adequado de análise para os casos em que a tutela jurisdicional pode ser *antecipada* de acordo com o Código de Processo Civil. Os casos em que isso se dá são os disciplinados pelo art. 273, que, pela sua atipicidade, pode e deve ser entendido como significativo, no plano infraconstitucional, de um verdadeiro “dever-poder geral de antecipação” ao lado do chamado “dever-poder geral de cautela” consagrado pelo art. 798 (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte II).

O § 3º do art. 461 e alguns dos “procedimentos especiais” regulados pelo Código de Processo Civil e pela legislação processual civil extravagante também se ocupam de situações em que a tutela jurisdicional pode ser antecipada para os mesmos fins colocados em destaque pelo número anterior. A elas voltam-se o Capítulo 6 e os tomos II e III do vol. 2.

A leitura do *caput* e dos dois incisos do art. 273 revela os pressupostos que, uma vez presentes, *devem* conduzir o magistrado à concessão da tutela antecipada. Absolutamente vencedora em doutrina é a lição de que não há “liberdade” ou “discrição” para o magistrado na concessão ou na rejeição do pedido de antecipação de tutela. Ele *deve deferir* o pedido porque está diante dos pressupostos ou ele *deve rejeitá-lo* à falta de seus pressupostos autorizadores: não há meio-termo, não há uma terceira alternativa para o magistrado. Não há em uma palavra, *faculdade* jurisdicional para o magistrado proferir ou deixar de proferir decisão que antecipe, no caso concreto, a tutela jurisdicional, liberando, desde logo, seus efeitos para que eles sejam produzidos em prol de seu beneficiário.

Os pressupostos legais são de duas ordens: (i) necessários e (ii) cumulativo-alternativos. São sempre necessárias, para a concessão da tutela antecipada, a “prova inequívoca” e a “verossimilhança da alegação” a que se referem o *caput* do art. 273. São cumulativo-alternativos o “receio de dano irreparável ou de difícil reparação” e o “abuso de direito de defesa ou

o manifesto propósito protelatório do réu”, de que se ocupam, respectivamente, os incisos I e II do mesmo dispositivo. São “alternativos” porque basta a situação descrita no inciso I ou no inciso II para a concessão da tutela antecipada. É sempre necessário, contudo, estar diante de uma prova inequívoca que convença o magistrado da verossimilhança da alegação. Daí serem esses dois pressupostos *alternativos* (em relação às situações descritas nos incisos) e *cumulativos*, com o que exige o *caput* os pressupostos necessários para a concessão da tutela antecipada.

Mas não só. O *caput* do art. 273 refere-se à antecipação da tutela mediante “requerimento da parte” e o seu § 2º trata dos casos em que a tutela jurisdicional não deve ser antecipada.

A hipótese do § 6º do art. 273, por seu turno, merece exame apartado. Como demonstra o n. 1 do Capítulo 5, ela se distancia das exigências feitas pelo *caput* do art. 273, sendo suficiente para a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional que “... um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles”, mostre-se incontroverso. Pela própria razão de ser desse pressuposto, não há espaço para a “prova inequívoca que convença da verossimilhança da alegação” exigida pelo *caput* do dispositivo.

Os números seguintes dedicam-se ao estudo de cada um dos pressupostos que autorizam, no direito processual civil brasileiro, o exercício do “dever-poder geral de antecipação”.

## 2.1. Pedido da parte

O *caput* do art. 273 exige “requerimento da parte” para fins de antecipação de tutela. Pela *letra* do dispositivo, destarte, o magistrado precisa ser provocado para a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, sendo vedada a sua atuação de ofício.

Sem prejuízo das considerações feitas pelo n. 2 do Capítulo 2, contudo, é irrecusável a questão sobre ser possível ao juiz conceder a tutela antecipada de ofício, isto é, *sem* pedido expresso para aquele fim.

À luz do “modelo constitucional do processo civil”, a resposta mais afinada é a *positiva*. Se o juiz, analisando o caso concreto, constata, diante de si, tudo o que a lei reputa suficiente para a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, à exceção do pedido, não será isso que o impedirá de realizar o valor “efetividade”, máxime nos casos em que a situação fática

envolver a *urgência* da prestação da tutela jurisdicional (art. 273, I), e em que a *necessidade* da antecipação demonstrar-se desde a análise da petição inicial. Ademais, trata-se da interpretação que mais bem dialoga com o art. 797 (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte II), tornando mais coerente e coeso o sistema processual civil analisado de uma mesma perspectiva.

A 1ª Turma do STJ (REsp 1.319.769/GO, rel. p./acórdão Benedito Gonçalves, j.m.v. 20.8.2013, DJe 20.9.2013) teve oportunidade de entender que a pouca clareza da petição inicial sobre o pedido de tutela antecipada não seria, por si só, óbice à negativa de concessão da medida. Sobretudo diante das peculiaridades do direito material envolvido (implementação de benefício previdenciário) e o disposto no art. 461 quanto a caber ao magistrado a adoção das medidas cabíveis para buscar o resultado prático das obrigações de fazer.

## 2.2. Prova inequívoca

O melhor entendimento para a expressão “prova inequívoca” é o de tratar-se de prova robusta, contundente, que dê, por si só, a maior margem de segurança possível para o magistrado sobre a existência ou inexistência de um fato e de suas consequências jurídicas.

Embora ninguém duvide da maior credibilidade que se pode dar a *documentos* para essa finalidade, a expressão não se deve limitar a eles. Até porque mesmo um documento público pode ter sido falsificado e, por isso mesmo, não atender a exigência legal.

Deve ser prestigiada a interpretação de que quaisquer meios de prova — respeitado, sempre, o limite constitucional do art. 5º, LVI (v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte IV do vol. 2, tomo I) — podem conduzir o magistrado à antecipação da tutela jurisdicional para os fins aqui discutidos. Inclui-se a prova testemunhal. Isso porque foi o próprio legislador, ao prever a tutela antecipada para os fins do art. 461 (tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer) e do art. 461-A (tutela específica das obrigações de entrega de coisa), que admitiu, no art. 461, § 3º, que se realize, para aquele fim, a audiência de “justificação prévia”. “Justificação prévia”, mais conhecida como “audiência de justificação”, é o instante procedimental em que o magistrado colhe testemunhos para se convencer, da maneira mais completa possível, da ocorrência de um fato independentemente da realização futura

da “fase instrutória”. Se para uma “espécie” de tutela jurisdicional (as decorrentes dos arts. 461 e 461-A) isso é possível, nada mais coerente que admitir essa mesma forma de colheita de prova para todo e qualquer caso de tutela antecipada, pedida com base na “regra geral” do art. 273.

O que interessa, pois, é que o adjetivo “inequívoca” traga à prova produzida, qualquer que ela seja, e por si só, segurança suficiente para o magistrado decidir sobre os fatos e as consequências jurídicas que lhe são apresentados.

## 2.3. Verossimilhança da alegação

Melhor do que entender o que é “verossimilhança da alegação” voltada a si mesma é entender a expressão como destinatária daquela que, na letra da lei, é-lhe imediatamente anterior.

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

O adjetivo “inequívoca”, portanto, relaciona-se ao substantivo “prova”; a “verossimilhança” é da “alegação”. Basta isso para afastar críticas comuns ao texto do art. 273 no sentido de que o legislador teria aproximado duas situações inconciliáveis entre si (em termos de convencimento, não há dúvidas de que “verossimilhante” está em grau inferior a “inequívoco”). É a *prova que é inequívoca* (prova contundente, prova bastante, prova forte, prova muito convincente por si só, independentemente da apresentação de outras), e, como toda e qualquer prova, ela nada mais é do que um *meio* para convencer o magistrado de algo (v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte IV do vol. 2, tomo I).

Pela própria *dinâmica* do instituto em análise, basta convencer o magistrado da *verossimilhança* da alegação. Haverá oportunidade, ao longo do processo (fase *instrutória*), para que ele vá além da verossimilhança, para que ele se convença de que as coisas, para ele ao menos, realmente aconteceram e que elas devem dar ensejo a determinadas consequências

jurídicas. Para fins de antecipação da tutela, contudo, é suficiente a *verossimilhança* da *alegação*. Por essa razão, aliás, é que se mostra importante *sempre* entender, compreender, interpretar e aplicar as duas expressões em conjunto: é a prova inequívoca que conduz o magistrado à verossimilhança da alegação. Inequívoca (robusta) é a prova. Verossimilhante (com aparência de verdadeiro) é a alegação.

É importante ter presente a distinção que o n. 9 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1 apresenta com relação ao exame da cognição jurisdicional na sua perspectiva *vertical*: para fins de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, é *suficiente* a “cognição *sumária*” — e, até mesmo, não obstante não ser expressão muito difundida como expõe o local indicado, a “cognição *superficial*” (v. n. 4.1 do Capítulo 8) —, reservada a “cognição *exauriente*” para o proferimento da sentença.

É correto, a propósito, salientar que, à luz do § 5º do art. 273, o processo, antecipada ou não a tutela, prossegue justamente para o atingimento daquela cognição; o processo desenvolve-se para o aprofundamento da cognição jurisdicional que, para fins da prestação de tutela jurisdicional efetiva, contudo, não deve e não pode ficar restrita à necessidade de seu *prévio* exaurimento. Para o direito processual civil brasileiro decisões proferidas com base em “cognição *sumária*” não adquirem estabilidade e, por isso mesmo, são passíveis de modificação e revogação “a qualquer tempo”, como expressamente prevê, para o instituto em análise, o § 4º do art. 273 (v. n. 5 do Capítulo 2). Entendimento contrário pressupõe expressa ressalva legal, como se dá, por exemplo, com a Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008, e com o Anteprojeto de Lei preparado pelo IBDP sobre a “estabilização da tutela antecipada”, ambos analisados pelo n. 6 do Capítulo 2.

### **2.3.1. Confronto com o *fumus boni iuris* e com o “fundamento relevante”**

É comum ler na doutrina e na jurisprudência que os pressupostos para a tutela antecipada são mais “fortes”, mais “rigorosos”, mais “difíceis de serem demonstrados” do que o *fumus boni iuris* (em geral entendido como “aparência do bom direito”) típico da “tutela cautelar” (v. n. 3.4 do Capítulo 3 da Parte II).

Rigorosamente isso é correto, até como forma de apresentar distinções à dinâmica da tutela antecipada e da tutela cautelar. Pelo menos quando se presta bastante atenção à “prova inequívoca”. Esse pressuposto é indicativo de que não basta ao requerente da tutela antecipada formular, *retoricamente*, seu pedido. A lei é clara quanto à necessidade de serem apresentadas *provas*, substratos materiais, do quanto alegado para supedanear o pedido. As alegações, tais quais feitas, devem ter substrato em alguma prova, ainda que não seja documental.

Do mesmo modo, é comum se ler que a prova inequívoca que resulta na verossimilhança da alegação é menos intensa que o “fundamento relevante” que o art. 7º, III, da Lei n. 12.016/2009 exige para a concessão de liminar em mandado de segurança. A colocação também é correta pelo menos quando se entende a “força” do fundamento relevante no procedimento extremamente abreviado e característico do mandado de segurança, no qual o impetrante não tem outra oportunidade para produzir provas do que alega se não na própria petição inicial, ressalvada a excepcionalíssima hipótese do parágrafo único do art. 6º da mesma lei, assunto ao qual se volta o n. 7 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 2, tomo III, deste *Curso*.

Dados esses confrontos, seria possível tecer um gráfico de intensidade de convencimento do magistrado. O *fumus boni iuris* representa um grau menos intenso de convencimento do que a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”, que, por sua vez, é menos intensa do que o “fundamento relevante” da liminar do mandado de segurança. A gradação, de acordo com o exposto pelos parágrafos anteriores, é correta, sobretudo no plano teórico, mas merece ser considerada no seu devido contexto. É que não é possível constatar, com ânimo de certeza científica, qual é o grau de convicção alcançado pelo magistrado em cada caso que lhe é apresentado para exame. Não há como medir o grau ou intensidade de convencimento que ele forma a partir do que é narrado e/ou documentado pelo autor em casos de “tutela cautelar”, “tutela antecipada” ou “liminar em mandado de segurança”.

Assim, é preferível entender que o magistrado deve-se convencer *suficientemente* de que o requerente tem algum direito já demonstrado (nem que seja retoricamente), para deferir a providência jurisdicional que lhe é pedida, à guisa de “tutela cautelar”, “tutela antecipada” ou “liminar em mandado de segurança”, de acordo com as regras procedimentais de cada

caso. Se não se convencer *suficientemente*, a hipótese é de indeferimento do pedido ou, quando menos, de designação de “audiência de justificação”, em se tratando de “tutela cautelar” e “tutela antecipada”.

Claro que, na formação do convencimento do magistrado, a existência de elementos contundentes de prova (documentos, por exemplo) pode ser decisiva, mas isso é questão que não pode, por si só, apequenar a *necessidade* da prestação da tutela jurisdicional, mormente quando a questão é analisada, como deve ser, desde o “modelo constitucional do processo civil”, que não distingue, em seu art. 5º, XXXV, a *forma* pela qual o magistrado evitará ameaças ou lesões a direito (v. n. 1 do Capítulo 8).

As considerações apresentadas pelos parágrafos anteriores parecem ser tão mais importantes porque o § 3º do art. 461, ao admitir a antecipação da tutela jurisdicional relativa às obrigações de fazer e não fazer e, por força do § 3º do art. 461-A, também às obrigações de dar coisa (v. Capítulo 6), refere-se não a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”, mas a “sendo relevante o fundamento”, mesma fórmula redacional empregada pelo *caput* do art. 475-M e pelo § 1º do art. 739-A para o recebimento da “impugnação” ou dos “embargos à execução” com efeito suspensivo (v. n. 4 do Capítulo 1 e n. 5 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 3, respectivamente), e no *caput* do art. 558 para autorizar que o relator do recurso determine a suspensão dos efeitos da decisão recorrida, dentre outros dispositivos. Em todas essas hipóteses, é irrecusável haver o exercício do que é chamado pelo n. 2, *supra*, de “dever-poder geral de antecipação” ou, tendo presente o art. 798, “dever-poder geral de cautela” (v. Capítulo 2 da Parte II), ambos inerentes ao exercício da função jurisdicional (v. n. 1 da Introdução).

E mais: a aproximação dos diversos referenciais semânticos de todas as situações em que o magistrado está autorizado a prestar tutela jurisdicional, mesmo com base em “cognição *sumária*”, é absolutamente indispensável diante do § 7º do art. 273, que autoriza a “fungibilidade” entre a “tutela antecipada” e a “tutela cautelar”, assunto ao qual se volta o Capítulo 8.

## **2.4. Dano irreparável ou de difícil reparação**

Não obstante as considerações feitas pelo número anterior, ao contrário do que se dá na comparação entre o *fumus boni iuris* da “tutela cautelar” e a prova inequívoca que leva à verossimilhança da alegação da “tutela

antecipada”, o pressuposto do inciso I do art. 273, o “dano irreparável ou de difícil reparação” pode, com perfeição, ser assimilado à usual expressão latina *periculum in mora*, típica e constante para a concessão das “verdadeiras cautelares” (v. n. 1 do Capítulo 1 da Parte II).

Esse “perigo na demora da prestação jurisdicional” deve ser entendido no sentido de que a tutela jurisdicional deve ser prestada (e, para os fins presentes, *antecipada*) como forma de evitar a perpetuação da lesão a direito ou como forma de imunizar a ameaça a direito do autor. Trata-se, inequivocamente, de uma situação em que a tutela jurisdicional é antecipada como forma de debelar a *urgência*, sendo insuficiente a prática de atos que busquem meramente assegurar o resultado útil do processo, isto é, a futura prestação da tutela jurisdicional. É essa a razão pela qual a figura do inciso I do art. 273 pode muito bem ser chamada — como, de resto, é por vezes identificada — como “tutela antecipada de *urgência*”.

Questão interessante é saber se a tutela pode ser antecipada *liminarmente*, isto é, mesmo antes e independentemente da citação do réu. Embora haja alguns autores contrários (assim, v.g. Calmon de Passos, *Inovações no Código de Processo Civil*, p. 12), a maciça doutrina e a jurisprudência consagraram a possibilidade. Os princípios do “devido processo legal”, do “contraditório” e da “ampla defesa” (v. ns. 4, 5 e 6 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1, respectivamente) *não são* óbices para tanto. Como são *princípios* jurídicos, devem eles, consoante as situações concretas de cada caso que se apresente para solução perante o magistrado, amoldar-se e incidir de forma *relativizada* para que outros valores (outros princípios) também de inspiração constitucional incidam na espécie. No caso da tutela antecipada, referidos princípios devem ceder espaço aos princípios da “economia e eficiência processuais” e da “efetividade do processo” (v. ns. 15 e 16 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1, respectivamente).

Sem a antecipação da tutela, e essa a diretriz que está por trás do art. 273, I, o processo tende a não produzir os efeitos desejados pelo sistema. Se não há tempo hábil sequer para a citação do réu para que se manifeste sobre o pedido de antecipação da tutela e sobre os documentos que o embasam, isso, por si só, não é óbice para o deferimento da medida em estreita consonância com o “modelo constitucional do processo civil”. Se, entretanto, houver

tempo hábil para a citação do réu, o caso *não é* de dano irreparável ou de difícil reparação, e *deve ser* indeferido por esse fundamento. Quiçá será caso de a tutela jurisdicional ser antecipada ao longo do processo, com a citação do réu e sua defesa já apresentada, mas não liminarmente. Tudo depende do exame das circunstâncias de cada caso concreto.

Uma observação importante é a de que, para a antecipação da tutela, o dano pode ser *irreparável* ou de *difícil reparação*. Não pode haver dúvidas, assim, de que, mesmo nos casos em que haja possibilidade de *reparação* — “tutela *repressiva*” de que se ocupa o n. 8.1.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1 —, é possível a antecipação da tutela jurisdicional. Basta que a reparação seja *difícil*. Assim, por exemplo, quando uma futura execução parecer extremamente custosa, dada a inexistência de patrimônio penhorável ou disponível do devedor.

A situação de “irreparabilidade”, que se lê do início do inciso I do art. 273, relaciona-se às situações em que ou se antecipa a tutela para a proteção de um específico direito ou a tutela jurisdicional será, com relação à fruição *in natura* daquele mesmo direito, ineficaz. É figura que, neste contexto, aproxima-se — e muito — do que a doutrina e a jurisprudência sempre lidaram com relação ao mandado de segurança e, em tempos mais recentes, acabou por ocupar os arts. 461 e 461-A, que regem o que se convencionou chamar de “tutela específica” das obrigações de fazer e de não fazer e para entrega de coisa, respectivamente.

Trata-se da tutela jurisdicional voltada a imunizar a situação de *ameaça* a direito ciente de que a lesão naquele caso é insuscetível de reparação à falta de condições mínimas de expressão econômica ou, menos que isto, monetária do bem lesionado: ou se tutela jurisdicionalmente a *ameaça* ou é inócua a tutela posterior da *lesão*. Tanto mais porque ambas as hipóteses são dignas de tutela jurisdicional, indistintamente, de acordo com o “modelo constitucional do processo civil”.

## **2.5. Abuso de direito de defesa ou propósito protelatório do réu**

O inciso II do art. 273 trata de *outro* pressuposto, diverso daquele de que se ocupa o inciso I do mesmo dispositivo, para fins de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. Não que o legislador não houvesse notado

parecido, ao elaborar a regra jurídica, que, diante do mau comportamento processual do réu, seria conveniente a antecipação da tutela, porque haveria uma “urgência presumida” a favorecer o autor que tivesse condições de demonstrar ser o destinatário da tutela jurisdicional tal qual pedida (v. n. 2.1, *supra*). Se o caso for de urgência no sentido de que, se os efeitos práticos da tutela jurisdicional não forem antecipados, os resultados do processo serão, em alguma medida, frustrantes, a situação é resolvida suficientemente pelo inciso I do art. 273 (v. n. 2.4, *supra*).

Assim, importa, para os fins do art. 273, II, que haja abuso de direito de defesa ou propósito protelatório do réu, aliado à prova inequívoca que convença o magistrado da verossimilhança da alegação nos termos discutidos pelo n. 2.3, *supra*. Não há, para a hipótese, necessidade da demonstração de qualquer *urgência*. Trata-se de um caso em que a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional dá-se com caráter *punitivo*, verdadeiramente sancionatório.

É o que, com precisão, ensina José Roberto dos Santos Bedaque, a partir da distinção colhida na doutrina de Proto Pisani entre o “*pericolo da infruttuosità*” e o “*pericolo da tardività*”. Na pena do Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (*Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 170-171), a hipótese do art. 273, I, cuida de “perigo causado pela demora, pelo atraso na entrega da prestação, cuja eliminação depende de medidas urgentes, voltadas para a própria satisfação do direito, antecipada e provisoriamente”. A do inciso II do art. 273, por sua vez, tem justificativa diversa: “Já para evitar o perigo causado pela simples demora do processo, que faz perdurar a situação de insatisfação do direito por um período excessivo, muitas vezes sem justificativa plausível, o sistema processual concebe as cautelares antecipatórias, medidas incidentes sobre o próprio direito deduzido em juízo, satisfazendo-o provisoriamente até a emissão do provimento destinado a protegê-lo de forma definitiva”.

O art. 17, ao prever atos de litigância de má-fé, disciplinando o que o n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1 chamou de “princípio da lealdade”, é adequado *referencial* de comportamentos que devem ser levados em conta para fins de antecipação da tutela com base no dispositivo de lei aqui

examinado. As situações lá previstas, contudo, não excluem que outras, mesmo quando nele não previstas, levem à mesma consequência.

É mais fácil visualizar os comportamentos referidos no inciso II do art. 273 com o réu presente no processo, devidamente citado e criando qualquer espécie de embaraço para postergar, ao máximo, o momento procedimental de proferimento da sentença ou, mais amplamente, das decisões aptas a surtirem, naturalmente, seus efeitos para o plano exterior ao processo (v. n. 1, *supra*). São variadíssimas as situações em que isso pode ocorrer. Apenas para fins ilustrativos, mencione-se o caso do réu que retira os autos do processo de cartório para se manifestar e só os devolve depois de esgotado o prazo respectivo, quiçá por ter sido intimado para tanto; do réu que peticiona reiteradamente ao juízo para impedir que o magistrado possa deliberar sobre as questões pendentes ou que requer a produção de provas claramente descabidas. Situação bastante comum também é a de o réu interpor recursos absolutamente infundados.

A aplicação do art. 273, II, contudo, não pode ser descartada aprioristicamente dos casos em que o réu não tenha ainda sido citado. Mesmo antes da integração do réu ao processo, é possível aventar a possibilidade da antecipação da tutela com base no dispositivo. Basta imaginar o caso em que o réu cria todo o tipo de dificuldades para realização da citação. E isso pode variar desde ter fornecido, na relação de direito material afinal controvertida, endereço que não existe ou no qual ele não reside, nem nunca residiu, até a criação dos mais variados obstáculos relativos à consumação da citação. Todas essas situações, dentre inúmeras outras, representam, para os fins da regra aqui examinada, “abuso do direito de defesa”. Nesses casos, sem prejuízo de a citação ser feita de forma *ficta*, na linha do que o Código de Processo Civil admite nos seus arts. 227 e 231 (v. n. 4.4.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1), cabe a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

São variadíssimas, pois, as formas pelas quais as situações descritas no inciso II do art. 273 podem aparecer. Aqui, também, tudo dependerá da avaliação de cada situação concreta a ser feita pelo magistrado.

Mas não só em situações *endoprocessuais* cabe a tutela antecipada fundada no inciso II do art. 273. Merece ser prestigiado o entendimento de que também atos *extraprocessuais* praticados pelo réu com ânimo de

postergar eventual solução jurisdicional do conflito podem sensibilizar o magistrado para o deferimento da medida.

Assim, por exemplo, quando o réu cria embaraços desnecessários (devidamente documentados por notificações, cartas com aviso de recebimento ou *e-mails*), em negociação que antecede — e que acabam por justificar — a necessidade da busca da tutela jurisdicional, ou quando se constata, antes do ingresso em juízo, dilapidação do patrimônio do réu ou a prática de atos voltados ao mesmo fim.

Outra situação *extraprocessual* de aplicação do art. 273, II, é aquela em que o direito reclamado pelo autor é daqueles que têm gerado iterativa, maciça e repetitiva jurisprudência, isto é, daqueles casos em que, ressalvada alguma peculiaridade a ser demonstrada em escorreito contraditório, o réu se opõe à pretensão do autor para postergar ao máximo a satisfação do direito da parte contrária. Isso é muito comum, mas não é exclusividade, nas demandas contra a Fazenda Pública, especialmente quando há lei ou qualquer outro ato normativo que faculta a ela deixar de recorrer, até mesmo desistir dos processos em curso.

A antecipação da tutela jurisdicional nos casos descritos no último parágrafo *não significa* emprestar adesão ao entendimento de que o art. 285-A poderia conduzir o magistrado a julgar o pedido *procedente* independentemente da citação do réu, isto é, aplicar aquele dispositivo legal *a contrario sensu*. É que tal entendimento agride o “modelo constitucional do processo civil” porque desconsidera por completo as posições que poderão ser assumidas pelo réu ao longo do processo, inclusive para afastar a incidência daquele dispositivo (v. n. 3.2 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I). O que se pode verificar, legitimamente, consoante as necessidades de cada caso concreto, é a antecipação *liminar* da tutela jurisdicional, a citação do réu — que é sempre inafastável quando a tutela jurisdicional não lhe for favorável — e, se for o caso, o julgamento antecipado da lide, facultando-se a “execução provisória” da sentença, por força do que autoriza o inciso VII do art. 520 (v. n. 2 do Capítulo 3), situação bem diferente. A tutela antecipada não elimina o contraditório, apenas permite a alteração *procedimental* de seu exercício, postergando-o, como forma de dar vazão a outros princípios (valores) regentes do processo civil.

A incidência do art. 273, II, não inibe que o magistrado sancione o comportamento temerário ou ímprobo do réu nas condições repelidas pelo sistema. Assim, sem prejuízo de se admitir, com base no dispositivo, a prestação antecipada da tutela jurisdicional em prol do autor, o magistrado poderá também, se entender ser o caso, apenar o réu com as penas do art. 14, parágrafo único, do art. 18 ou do art. 601, por exemplo.

## 2.6. Perigo de irreversibilidade do provimento antecipado

De acordo com o art. 273, § 2º, “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Aqui, ao contrário do que ocuparam os ns. 2.1 a 2.5, o intérprete e o aplicador veem-se diante de um verdadeiro “pressuposto *negativo*”, isto é, uma situação de fato que *não deve* estar presente para que a antecipação da tutela tenha lugar. Toda vez que houver perigo de “irreversibilidade do provimento antecipado”, a tutela antecipada *deve ser* indeferida. É este o rigor da regra que sugere a sua literalidade.

Duas observações são importantes com relação ao dispositivo: a primeira, de conteúdo meramente redacional; a segunda, mais importante, diz respeito à sua substância.

Quanto à redação, é importante destacar que a “irreversibilidade do provimento antecipado”, referida no § 2º do art. 273, não é, propriamente, irreversibilidade da decisão (provimento) que antecipa ou não a tutela jurisdicional. Essa decisão, presentes determinadas circunstâncias e fatos novos, é passível de ser revogada ou modificada, consoante o caso, no que é expresso o § 4º do art. 273 (v. n. 5 do Capítulo 2). Pode, até mesmo, ser objeto de recurso pela parte que se sente prejudicada com o seu proferimento.

A segunda observação exige mais espaço para ser exposta: a *imperatividade* que nega a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade para o réu é mais *aparente* do que real.

A irreversibilidade de que trata o dispositivo em comento diz respeito aos efeitos *práticos* que decorrem da decisão que antecipa a tutela, que lhe são consequentes, que são externos ao processo. Trata-se, propriamente, de

irreversibilidade daquilo que a “tutela jurisdicional” tem de mais sensível e importante: seus efeitos práticos e concretos.

A vedação contida no § 2º do art. 273 não é arbitrária. Já que a tutela antecipada, nos casos do *caput* e de seus incisos I e II, é concedida com base em juízo de “cognição *sumária*”, e já que, por isso mesmo, ela é “revogável e modificável” nos termos do § 4º do mesmo dispositivo — é, assim, *provisória* porque existe e tem função processual até ser, ou não, confirmada pela sentença que, oportunamente, será proferida (v. n. 5 do Capítulo 2) —, o ideal é que seus efeitos práticos não provoquem qualquer situação irreversível porque se ela, durante o processo, for “revogada” ou “modificada” ou, a final, não for “confirmada” pela sentença, é possível que tudo volte ao *status quo ante*.

Se uma das questões mais relevantes quando o assunto é tutela antecipada é a busca de uma igualdade substancial entre os litigantes no limiar ou ao longo do processo, colocando-os em pé de igualdade, ela não pode criar, para nenhum deles, situação de desigualdade tal que a decisão veiculadora da tutela jurisdicional antecipadamente, uma vez não confirmada por qualquer motivo, cause prejuízos ou efeitos irreversíveis ao outro.

Posta a questão nesses termos, a vedação do § 2º é absolutamente justificável. O “remédio” a ser dado ao autor diante da presença dos pressupostos dos incisos I ou II do art. 273 não pode causar a mesma doença ao réu, tampouco seus efeitos colaterais. O retorno ao *status quo ante* é, assim, essencial. O dispositivo em foco representa forte incidência dos princípios da “ampla defesa”, do “contraditório”, e do “devido processo legal”, a proteger o réu mesmo nos casos em que a tutela jurisdicional tem de ser prestada *antecipadamente*.

Alguns autores americanos sustentam que é importante ou, quando menos, possível interpretar e aplicar o direito a partir de uma premissa que, para a doutrina brasileira em geral, é pouco utilizada. Dizem eles que o direito pode ser estudado a partir de premissas econômicas, e todo o *custo* (inclusive o social) inerente a qualquer ramo do direito deve ser levado em conta para a correta aplicação das regras jurídicas. Com o direito processual civil não é diferente.

Longe de pretender expor ou defender essa forma de pensar o direito processual civil, mostra-se bastante didática a apresentação de uma

“fórmula” que bem explica a operação mental que deve o magistrado fazer para verificar, em cada caso concreto, a ocorrência ou não do pressuposto negativo de que trata o § 2º do art. 273.

A fórmula, de acordo com Richard Posner, um dos mentores do que usualmente se denomina “Law and Economics”, relativa à “tutela antecipada” do direito norte-americano (*anticipatory adjudication*, no original), é a seguinte:

A tutela antecipada deve ser concedida sempre que a probabilidade de o autor receber julgamento final a seu favor ( $Pa$ ), multiplicada pelo dano que ele pode vir a sofrer caso a tutela não lhe seja antecipada ( $Da$ ), for maior que a probabilidade de o réu receber julgamento favorável ( $1-Pa$ ), multiplicada pelo dano que ele, réu, poderá vir a experimentar caso a tutela seja antecipada para o autor ( $Dr$ ), ou seja:

$$Pa(Da) > (1-Pa)Dr$$

Em suma, cabe ao magistrado verificar, em cada caso em que se requer a tutela antecipada, justamente porque ele opera, nesse estágio, com base em cognição sumária (daí o uso de “probabilidade” na fórmula), em que medida o dano a ser experimentado pelo autor que pretende a tutela antecipada é *maior* que o do réu. Se o dano do autor for *maior*, mesmo que assim reconhecido com base em “cognição sumária”, a tutela jurisdicional *deve ser* antecipada. Caso contrário, isto é, caso o juiz do caso concreto, sopesando os fatos e as razões, verifique que a tutela antecipada que favorece o autor cria maiores prejuízos para o réu, a tutela antecipada *deve ser* indeferida.

Há uma outra formulação dessa mesma ideia que tem aplicação ao direito processual civil brasileiro. A tutela antecipada deve ser concedida se a “razão” (no sentido de quociente, isto é, resultado de uma divisão, de uma comparação, de um sopesamento) entre a probabilidade de o autor ( $Pa$ ) receber julgamento em desfavor do réu ( $1-Pa$ ) exceder a “razão” (no mesmo sentido anterior) entre o dano que o réu sofrerá ( $Dr$ ) em comparação com o do autor ( $Da$ ), isto é:

$$Pa/(1-Pa) > Dr/Da$$

Não haveria qualquer ressalva a ser feita com relação às fórmulas indicadas se tudo aquilo que fosse objeto de tutela antecipada estivesse em “pé de igualdade”, isto é, se os *valores* ou os *bens jurídicos* pretendidos pelo autor e pelo réu fossem de idêntica *qualidade*.

De fato, ocorre que nem sempre o que está em disputa é um bem jurídico de idêntico *valor*. Às vezes o que o autor pleiteia em juízo é bem jurídico *qualitativamente* diverso do bem jurídico defendido pelo réu. Essa desigualdade valorativa de bens jurídicos é que abre ensejo a uma interpretação mais *substancial* do dispositivo. É o caso de exemplificar:

JRSB demanda o plano de saúde JRCT para que seja determinada sua internação em hospital e iniciados os tratamentos que descreve na petição inicial. Fundamenta seu pedido de tutela antecipada no inciso I do art. 273, forte no perigo de dano irreparável: ou o plano de saúde cobre os custos do tratamento ao qual o autor o vê obrigado contratualmente ou, pela documentação médica que acompanha a inicial, a sobrevivência do autor é diminuta. Em casos como tais é fácil verificar que são colocados em conflito dois bens jurídicos *qualitativamente* diversos. O autor provoca o Estado-juiz para obter a tutela (jurisdicional) de sua *saúde*, quiçá de sua própria vida, enquanto o réu, no exemplo figurado um plano de saúde, defende bem jurídico diverso, redutível, em última análise, a dinheiro.

Não se trata de afirmar que toda vez que houver colidência dos valores ínsitos aos bens jurídicos em disputa autoriza-se o magistrado a antecipar a tutela jurisdicional em prol do bem que o sistema reputa mais importante (a saúde ou a vida: arts. 1º, III; 5º, *caput*, e 196, da Constituição Federal). Mas, bem diferentemente, de sustentar que a tutela jurisdicional *deve ser* antecipada toda vez que seus pressupostos legitimadores estiverem presentes, mesmo — e aqui a atenção se volta ao § 2º do art. 273 — que haja risco de irreversibilidade (prática, fática, concreta, real) para a parte contrária.

No exemplo dado, a tutela deve ser antecipada mesmo que o autor não tenha dinheiro para pagar o plano de saúde, caso, a final, fique demonstrado que seu contrato não cobria o tratamento solicitado.

Não se trata de defender um “processo do autor”. A tutela antecipada, em tais casos, é de rigor porque ela decorre da solução imposta desde o “modelo constitucional do processo civil”. Trata-se de um *risco* que, tendo berço constitucional (art. 5º, XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal), foi assumido e concretizado expressamente pelo legislador (art. 273). É essa a razão pela qual se faz imprescindível destacar a *necessidade* da presença de cada um dos pressupostos autorizadores da antecipação da tutela

jurisdicional (art. 273, *caput*, I e/ou II). O magistrado, no exemplo figurado, não antecipa a tutela jurisdicional porque fica condoído com a narrativa do autor. Ele a antecipa porque se convenceu, por “prova inequívoca”, da “verossimilhança de uma alegação” (o plano de saúde comprometeu-se a pagar determinado tratamento e não honrou o seu compromisso) e *que* se o tratamento não for iniciado desde logo sua situação de enfermidade pode evoluir (perigo de dano irreparável). O risco de essa medida poder ser alterada a “qualquer tempo” foi assumido pelo próprio legislador (art. 273, § 4º).

Essa “preponderância de valores” deriva da própria Constituição Federal e dos princípios que ela agasalha, inclusive para o direito processual civil. É o que o n. 2.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1 chamou, fazendo eco à doutrina amplamente predominante, de “princípio da proporcionalidade”, ferramenta que permite a flexibilização do rigor da *letra* do § 2º do art. 273 (que consagra, em termos bem diretos, os princípios da isonomia e o da segurança jurídica) diante de outros valores dispersos no sistema; assim, por exemplo, o direito à saúde, o direito à vida e, no plano processual, os princípios da economia e eficiência processuais e o da efetividade do processo.

Pelo referido princípio, é dado ao magistrado *ponderar* as situações de cada um dos litigantes para verificar qual, diante de determinados pressupostos, deve proteger (antecipadamente, como interesse para cá), mesmo que isso signifique colocar em situação de *irreversibilidade* a outra. É por intermédio desse princípio que o magistrado consegue medir os valores diversos dos bens jurídicos postos em conflito e decidir, concretamente, qual deve proteger em detrimento do outro. Se o caso é mesmo de *preponderância* do princípio da efetividade do processo, porque a tutela antecipada é *adequada e necessária* para tutelar um direito mais evidente que o outro, que assim seja. O sistema autoriza o magistrado à antecipação da tutela jurisdicional, não apresentando a irreversibilidade dos efeitos práticos da decisão que a determina, *nesse caso específico*, qualquer óbice.

Bastante esclarecedor a esse respeito é o “complemento” que, ao § 2º do art. 273, pretendeu adicionar a Comissão encarregada das “Reformas do CPC”, e que acabou não sendo convertida na Lei n. 10.444/2002, que deu ao

dispositivo a sua atual redação. Após o inteiro teor do § 2º do art. 273, seria introduzida a seguinte ressalva: “... exceto se da denegação puder resultar, manifestamente, maior e irreversível prejuízo ao autor do que benefício do réu”.

Apesar de não ser vingado a proposta de alteração do § 2º do art. 273, o complemento destacado bem representa o que decorre, superiormente, do “modelo constitucional do direito processual civil”, o “princípio da proporcionalidade”.

Assim, quando houver bens jurídicos de valores diversos em conflito o magistrado está autorizado a não aplicar o § 2º do art. 273, quando estiver diante dos pressupostos analisados pelos ns. 2.1 a 2.5. Longe de se criar, com isso, um “processo civil do autor”, como se só ele pudesse ter direito à tutela jurisdicional (v. n. 1 do Capítulo 4 da Parte III do vol. 1), viabiliza-se, com a iniciativa, que o magistrado tenha condições *concretas e reais* de bem aquilatar as variadas situações de perigo e de risco que lhe são apresentadas no dia a dia forense e que o mais criativo dos legisladores não teria condições de colocar, exaustivamente, em uma lista a ser seguida passiva e acriticamente pelo Estado-juiz.

# CAPÍTULO 2

## Dinâmica da tutela antecipada

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não existe, na lei, qualquer formalidade para a formulação do pedido de tutela antecipada. Basta uma simples petição endereçada ao juízo da causa, em que seja demonstrada a ocorrência dos pressupostos legais (art. 273, *caput*, I, II e § 6º, consoante o caso) e a ausência da situação de irreversibilidade ao réu, quando deverá ser levada em consideração a interpretação sugerida pelo n. 2.6 do Capítulo 1, ao § 2º do art. 273.

Naqueles casos em que se pretende a antecipação da tutela jurisdicional antes da citação do réu — um verdadeiro caso de “tutela antecipada *liminar*” —, nada há que impeça que o pedido respectivo ocupe um item próprio da própria petição inicial, a exemplo do que a praxe consagrou para as petições iniciais dos diversos procedimentos especiais que admitem pedido similar, dentre os quais, as “ações possessórias” (art. 928), a “ação de nunciação de obra nova” (art. 936, I), os “embargos de terceiro” (art. 1.051), o “mandado de segurança” (art. 7º, III, da Lei n. 12.016/2009), as “ações de despejo” (art. 59, § 1º, da Lei n. 8.245/1991) e a “ação de alimentos” (art. 4º, *caput*, da Lei n. 5.478/1968).

Até mesmo a formulação de um pedido *oral* não pode ser descartada. Basta imaginar uma audiência de procedimento sumário em que o autor, ao analisar a contestação do réu, aponta a incontrovérsia de algum pedido cumulado ou parte dele ou sua disposição protelatória. O que interessa é que seu pedido seja fundamentado e, porque a oralidade do processo civil brasileiro não existe em sentido puro, seja transcrito, de alguma forma, na ata respectiva para fins de “documentação”.

Muito além da *forma* a ser assumida pelo pedido, contudo, há diversas outras facetas importantes com relação à sua formulação e à sua dinâmica, a imporem seu exame mais detido, para o que se voltam os números seguintes.

## 2. PRAZO

O Código de Processo Civil não traz nenhuma regra sobre o prazo em que o pedido relativo à antecipação da tutela deve ser formulado.

Dessa “lacuna” do Código de Processo Civil tiraram alguns autores (como se verifica em Calmon de Passos, *Inovações no Código de Processo Civil*, p. 22) a conclusão de que deveria prevalecer o de dez dias por analogia ao que o art. 325 reserva ao autor para se manifestar sobre a defesa do réu. Essa interpretação, contudo, não prevalece na doutrina e na jurisprudência, até mesmo pela dificuldade da precisão, a depender do caso concreto, da efetiva observância daquele prazo, principalmente nos casos em que o *fato* condutor da antecipação da tutela verifica-se *fora* do processo e também porque não é vencedor o entendimento de que o pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional depende, sempre e em qualquer caso, da prévia oitiva do réu (v. n. 2.4 do Capítulo 1).

Diante do silêncio da legislação processual civil, o que parece ser mais correto é que a ausência de um prazo específico para a formulação do pedido de tutela antecipada deve ser um dos fatores a ser considerado pelo magistrado para deferir ou não o requerimento. Assim, por exemplo, quando se tratar de pedido fundamentado no inciso I do art. 273, importa verificar por que, diante da urgência narrada, o autor demorou tanto tempo para pleitear a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

A falta de previsão de um prazo específico para o fim aqui discutido não quer, contudo, significar que não existam momentos procedimentais mais *propícios* à formulação do pedido de antecipação de tutela.

Assim, quando a situação de dano preexistir ao processo, é coerente que o autor, ao romper a inércia da jurisdição, formule, desde logo, o pedido para que, sensibilizando o magistrado, antecipe a tutela jurisdicional com base no art. 273, I.

De outra parte, quando a fundamentação se dá no inciso II ou no § 6º do art. 273, nada mais pertinente que entender que o pedido respectivo deva vir formulado, se não na réplica, pelo menos por ocasião de sua apresentação, em petição avulsa. O mesmo pode ser dito por ocasião da apresentação de contrarrazões à apelação, se for esse recurso e seu efeito suspensivo a *causa* do pedido de tutela antecipada fundamentada no art. 273, II.

Não que o prazo para réplica ou para apresentação das contrarrazões seja o momento adequado para a formulação do pedido de tutela antecipada, mas é o momento indicativo de que ela se faz, realmente, pertinente, até mesmo necessária. Sua observância, no mínimo, reflete a seriedade daquele que formula o pedido.

Assim, coerentemente com o que propõe o n. 1 do Capítulo 1, é viável o pedido de antecipação da tutela jurisdicional até o instante do processo em que será proferida uma decisão veiculadora de tutela jurisdicional (o acórdão que julga o recurso de apelação, por exemplo) que, por si só, isto é, independentemente da intervenção jurisdicional, tenha aptidão de produzir seus efeitos.

### 3. LEGITIMIDADE

É o autor, por excelência, quem detém legitimidade para formular o pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. É ele, autor, quem, ao romper a inércia da jurisdição, formula, em seu favor, pedido de tutela jurisdicional. É ele, conseqüentemente, que tem a parêntese legitimidade para pleitear a *antecipação dos efeitos* desse mesmo pedido, descrevendo e comprovando a ocorrência de alguma das situações admitidas pela lei processual civil.

O réu, por sua vez, *resiste*, em regra, ao pedido e, nesse sentido, não pede para si tutela jurisdicional, embora a rejeição da pretensão do autor signifique prestação de tutela jurisdicional em seu favor (v. n. 1 do Capítulo 4 da Parte III do vol. 1). Em tais casos, contudo, não há efeitos concretos, reais e palpáveis a serem antecipados em prol do réu no plano exterior ao processo.

Quando muito, o réu pode empenhar-se ao máximo para que o processo chegue ao seu fim o quanto antes, até mesmo sem o julgamento do pedido do autor, pelo acolhimento de alguma defesa peremptória (v. n. 2.2 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 2, tomo I). Isso, contudo, em si mesmo considerado, não tem qualquer relação com o instituto em exame. Pode até ocorrer de a situação descrita no art. 285-A justificar o indeferimento liminar da petição inicial com a *improcedência* do pedido do autor independentemente da citação do réu. Mesmo aqui, entretanto, não se trata, propriamente, de tutela antecipada nos termos discutidos. A despeito de também realizar os mesmos

princípios constitucionais agasalhados no art. 5º, XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal, trata-se de outra técnica processual.

Há situações, contudo, em que o réu pode formular pedido de tutela jurisdicional em seu favor no *mesmo* processo inaugurado pelo autor. É o que se dá com a “reconvenção” (v. n. 4 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 2, tomo I) e com o “pedido contraposto” (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte VI do vol. 2, tomo I). Em tais hipóteses, quando presentes os respectivos pressupostos, não há como negar legitimidade ao réu para requerer a *antecipação* dos efeitos da tutela jurisdicional — a pretendida com a “reconvenção” ou com o “pedido contraposto” — em seu favor. Fora dos casos, entretanto, em que o réu *pede* (tecnicamente) em face do autor, mas só *resiste* ao seu pedido, está excluída, sistematicamente, a tutela antecipada.

O Ministério Público, quando autor, tem legitimidade para formular o pedido de tutela antecipada. Não há nenhuma peculiaridade na hipótese, bastando que ele comprove a presença dos pressupostos respectivos.

Dúvida existe, entretanto, quanto à legitimidade daquele órgão quando age na qualidade de fiscal da lei. Dadas as finalidades institucionais do Ministério Público, mais que hipertrofiadas e desejadas pela Constituição Federal, deve prevalecer o entendimento de que, também nesses casos, o Ministério Público detém legitimidade para o pedido de antecipação da tutela para a melhor tutela dos interesses e direitos que motivam sua participação no processo naquela qualidade.

Pensar diferentemente não é somente apequenar a função do Ministério Público e de seus misteres constitucionais; é olvidar da função social do processo e o interesse do próprio Estado de que ele, o processo, possa produzir os efeitos desejados pela ordem jurídica, inclusive, se for o caso, *antecipadamente*. Ser “fiscal da lei”, não é demais sublinhar, é forma de atenuar os rigores do “princípio dispositivo”, garantindo-se a necessária imparcialidade do magistrado. Nesse sentido, não há como recusar ao Ministério Público legitimidade para formular o pedido de tutela antecipada mesmo quando sua intervenção no processo justifica-se para atuar naquela qualidade.

A legitimidade de terceiros para a formulação do pedido varia de acordo com a modalidade interventiva.

Nenhuma dúvida deve existir quanto à legitimidade do *assistente litisconsorcial* para tal pedido. Ele age, comumente, como se fosse litisconsorte do assistido. Pode até opor-se a atos dispositivos de direito do assistido e conduzir o processo ao arrepio da vontade presumida do assistido (v. n. 4 do Capítulo 3 da Parte VII do vol. 2, tomo I). Naqueles casos, entretanto, em que o assistente não tem, ele próprio, legitimidade para a causa, como ocorre, por exemplo, no âmbito do “processo coletivo”, não há como reconhecer a ele legitimidade para formular pedido de tutela antecipada.

A legitimidade do *assistente simples* para o pedido de tutela antecipada, diferentemente, deve limitar-se à hipótese do parágrafo único do art. 53, isto é, quando, revel o assistido, o assistente (mesmo que *simples*) é considerado seu gestor de negócios (v. n. 4 do Capítulo 3 da Parte VII do vol. 2, tomo I). Como, para fins processuais, essa figura tende a ter o mesmo regime jurídico de um “substituto processual”, nessa qualidade e enquanto perdurar a situação, o assistente simples tem legitimidade para formular o pedido.

O *opoente* é verdadeiro autor de uma nova demanda (v. n. 1 do Capítulo 4 da Parte VII do vol. 2, tomo I). A legitimidade para a formulação do pedido de antecipação da tutela, destarte, é inegável.

A *nomeação à autoria*, instituto de iniciativa exclusiva do réu, afasta, sistematicamente, a pertinência do pedido de tutela antecipada (v. n. 1 do Capítulo 5 da Parte VII do vol. 2, tomo I).

A relação possível de ser feita entre a tutela antecipada e essa modalidade de intervenção de terceiros é a hipótese de o autor, verificando que a nomeação formulada pelo réu é protelatória — o pedido de nomeação *suspende* o processo (art. 64; v. n. 4 do Capítulo 5 da Parte VII do vol. 2, tomo I) —, formular pedido de tutela antecipada, com base no art. 273, II. À luz desse dispositivo, é bom lembrar, não basta que a nomeação à autoria seja utilizada pelo réu como mecanismo para dilargar indevidamente o processo. A essa circunstância deve ser somada a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”, tal qual exige o *caput* do art. 273. Sem aquele pressuposto, a iniciativa do réu para fins meramente protelatórios rende ensejo à sua responsabilização por perdas e danos, no que é claro o art. 69, II (v. n. 3 do Capítulo 5 da Parte VII do vol. 2, tomo I), sem ensejar, contudo, a antecipação da tutela.

A denunciação da lide denota a cumulação ulterior de pedido de tutela jurisdicional do autor e/ou do réu em face de um terceiro no mesmo processo (v. n. 1 do Capítulo 6 da Parte VII do vol. 2, tomo I). O denunciante é, por isso mesmo, considerado *autor* e, nessa condição, detém legitimidade para formular o pedido de tutela antecipada.

O que ocorre, porém, é que essa verdadeira “demanda regressiva” é, por definição, *eventual*, no sentido de ela só ser julgada se for reconhecida a necessidade de o denunciante exercer o direito de regresso que o motiva a denunciar a lide. Assim, sem prejuízo da casuística, o melhor entendimento é o de que, embora o denunciante seja parte legítima para a formulação do pedido de tutela antecipada, o deferimento da medida prende-se, circunstancialmente, à *necessidade* concreta de ele, denunciante, ter de exercer, desde logo, seu direito de regresso. Talvez porque “na demanda principal” houve denunciação da lide em seu desfavor (e, nela, o denunciante é réu) e, em idêntica proporção, o denunciante consegue demonstrar a presença dos pressupostos do art. 273 e de um de seus incisos para, de pronto, exercer seu direito de regresso em face do denunciado. A hipótese, contudo, analisada deste ângulo já não é mais, propriamente, de *legitimidade*, mas de *interesse* para o pedido de tutela antecipada.

A mesma sorte reservada para a nomeação à autoria conduz ao afastamento sistemático da tutela antecipada nos casos de *chamamento ao processo*. Instituto vinculado à atuação do réu no processo (v. n. 1 do Capítulo 7 da Parte VII do vol. 2, tomo I), a tutela antecipada deve ser descartada.

O único meio de entender pertinente a tutela antecipada em casos de chamamento ao processo é sustentar que essa modalidade interventiva não é técnica introdutória de “litisconsortes passivos facultativos ulteriores” no mesmo processo, mas, diferentemente, verdadeira demanda regressiva proposta pelo réu originário em face de coobrigados. Assim entendido o instituto — com o que, pelas razões expostas pelo n. 2 do Capítulo 7 da Parte VII do vol. 2, tomo I, não concorda este *Curso* — circunstancialmente se pode entender viável a tutela antecipada, reconhecendo-se legitimidade ao réu similarmente ao que aventado anteriormente com relação à denunciação da lide.

## 4. FUNDAMENTAÇÃO

Não há “discricionabilidade” na análise da presença dos pressupostos que conduzem o magistrado à antecipação da tutela.

Fazendo eco à melhor doutrina sobre o assunto, o magistrado, nesses casos, limita-se a *interpretar* “conceitos vagos e indeterminados” à luz das situações fáticas que lhe são apresentadas e provadas.

Não há qualquer margem de *liberdade* para o magistrado conceder, ou não, a tutela antecipada. Ele, diante da verificação da existência dos pressupostos, *deve* deferir a medida; na ausência deles, *deve* indeferi-la. Não há uma terceira opção, e, tampouco, nenhuma margem de apreciação livre para o magistrado na análise da concorrência ou não dos pressupostos legais.

Nenhum juiz concede ou indefere o pedido de tutela antecipada (e, de resto, não profere qualquer decisão ao longo do processo) com base em juízos de conveniência ou de oportunidade.

Bem diferentemente, cabe a ele explicar e demonstrar quais são os pressupostos que o conduziram à concessão da tutela antecipada, e, inversamente, se indeferir o pedido, quais pressupostos faltaram ou em que medida a diretriz do § 2º do art. 273 impediu-o de atender o requerimento tal qual formulado.

É no sentido do último parágrafo que o *dever* de o magistrado *fundamentar* sua decisão tem de ser entendido.

O § 1º do art. 273, ao impor que, “Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”, é, no entanto, repetitivo do ponto de vista da lei processual civil e do ponto de vista do “modelo constitucional”.

Quanto à lei, é suficiente a previsão do art. 165, que impõe a quaisquer decisões jurisdicionais a necessidade de motivação, ainda que concisa.

No que diz respeito ao “modelo constitucional do processo civil”, importa recordar do art. 93, IX, da Constituição Federal, que impõe que todas as decisões do Judiciário sejam motivadas e, de forma bem mais ampla (e suficiente), quando, logo no art. 1º, *caput*, a Constituição refere-se ao Brasil como uma República e como um Estado Democrático de Direito. Basta isso, com efeito, para que todos aqueles que agem em nome do Estado,

inclusive os magistrados, sentirem-se compelidos a justificar sempre seus atos perante os cidadãos.

O § 1º do art. 273, no entanto, deve ser aplaudido, porque faz as vezes de uma regra eminentemente didática. A repetição das diretrizes mais amplas e genéricas que derivam do sistema processual civil no contexto do instituto aqui examinado, faz as vezes de um verdadeiro lembrete a ser observado pelo magistrado em todas as decisões proferidas para os fins do art. 273.

Tanto mais importante o destaque feito pelo dispositivo em análise diante da concepção assumida pela tutela antecipada por este *Curso*. Ao admiti-la como mecanismo de alteração *judicial* dos instantes procedimentais em que as decisões jurisdicionais podem ter efeitos concretos, é mister que o magistrado, em cada caso, explique as razões que o levaram (ou que o impediram) a empregar aquela técnica, motivando, conseqüentemente, a sua decisão.

A fundamentação a que se refere o § 1º do art. 273 nada mais é do que o dever de o magistrado, ainda que sinteticamente, justificar em que medida os pressupostos que legitimam a antecipação da tutela fazem-se presentes no caso concreto: ele deve localizá-los e analisá-los, levando em consideração as peculiaridades de cada situação. Inversamente, se os pressupostos não se fazem presentes, ele deve destacar a sua ausência.

Não bastam, para tanto, as expressões tanto genéricas como comuníssimas no dia a dia forense, tais como “presentes os pressupostos legais, defiro o pedido de tutela antecipada” e seu contrário “porque ausentes os pressupostos legais, indefiro o pedido de tutela antecipada”. É mister que o magistrado destaque quais são os pressupostos e em que medida eles se fazem presentes ou ausentes na espécie.

É fundamental que, na decisão respectiva, o magistrado justifique qual é a prova inequívoca que o conduz ao convencimento da verossimilhança da alegação; no que consiste a situação de dano de difícil reparação, ou, mais grave ainda, de dano irreparável; qual o comportamento do réu que representa abuso do direito de defesa (e não exercício regular e legítimo desse direito), o seu manifesto propósito protelatório ou, ainda, a incontrovérsia de parte do pedido ou de um dos pedidos cumulados. Também é fundamental que justifique por qual razão não há o perigo da irreversibilidade de que trata o § 2º do art. 273 e, quando o caso exigir,

explicar por que, não obstante a proteção do autor dar ensejo a uma situação de irreversibilidade em detrimento do réu, o dano a ser suportado por ele é menos relevante que o do autor, dando aplicabilidade concreta ao “princípio da proporcionalidade” (v. n. 2.6 do Capítulo 1).

A fundamentação da decisão, destarte, é significativa de o magistrado explicitar em que medida formou o seu convencimento à luz do que foi pedido e comprovado.

Trata-se de medida essencial para viabilizar o escorreito exercício do direito de recurso por aquele que sucumbe com a decisão tomada. Mister saber a razão pela qual o magistrado se convenceu ou não dos pressupostos legais à luz dos fatos que lhe foram trazidos para exame, para que o *contraste* dessa decisão em sede recursal seja possível de ser feito pelo interessado.

## 5. REVOGAÇÃO E MODIFICAÇÃO

O § 4º do art. 273 dispõe que “A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

A “revogação” de que trata o dispositivo deve ser entendida como a decisão que nega efeitos a anterior decisão antecipatória da tutela, isto é, que tira do mundo jurídico decisão a ela anterior. Antecipou-se a tutela e, agora, decide-se que ela não pode mais ser antecipada; volta-se atrás. É isso que deve ser entendido por “revogar”.

O “modificar”, por seu turno, é significativo de alteração parcial. O pedido de tutela antecipada havia sido atendido integralmente; agora, a tutela antecipada deve limitar-se a determinada parte do pedido. Inversamente, a tutela havia sido concedida parcialmente, apenas para obrigar o réu a não fazer algo; agora, concede-se a tutela antecipada para que ele se abstenha também de outras atividades.

Se é certo que a antecipação da tutela com base nos incisos I e/ou II do art. 273 é, por definição, *provisória* — no mesmo sentido que o são as decisões veiculadoras da “tutela cautelar” (v. n. 5.2 do Capítulo 1 da Parte II), até porque também são proferidas com base em “cognição *sumária*” —, não é menos certo que o § 4º do art. 273 não permite que elas sejam alteradas a qualquer momento do processo ao arrepio de outras normas características do sistema processual civil.

É essa a razão pela qual o “revogar” e o “modificar” não podem ser entendidos como um mero “pensar de novo” ou um “pensar melhor”. Se o magistrado não se sentir apto para decidir o pedido, ele o indefere ou, quando menos, determina a produção de provas a seu respeito, ainda que com base na “cognição sumária”. Ele designa, por exemplo, a “audiência de justificação” a que se refere o § 3º do art. 461 (v. n. 2.4 do Capítulo 6). O que não é dado fazer é decidir e, sem provocação específica para tanto, sem aprofundamento da sua cognição, redecidir.

Não é necessário para tanto entender que o fenômeno da preclusão diz respeito à atividade judicial, a chamada “preclusão *pro iudicato*”, na forma como debatido pelo n. 4.5 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1. É suficiente, para embasar a conclusão do parágrafo anterior, dar destaque à vedação decorrente do art. 471, *caput*, ou, para aqueles que têm interpretação mais restritiva do dispositivo, vinculado, apenas, às “sentenças de mérito”, dar destaque à vedação que deriva do princípio da segurança jurídica. O magistrado decide uma vez só: o acerto ou desacerto de sua decisão integra o *risco*, expressamente assumido pelo legislador quando admitiu que, em determinadas hipóteses, a tutela jurisdicional fosse antecipada nas condições aqui estudadas. Sua correção deve ser buscada pelas técnicas apropriadas para tanto, quais sejam, os recursos e outras técnicas de controle das decisões jurisdicionais.

É importante enfatizar o acerto do entendimento apresentado pelo parágrafo anterior. A se entender diferentemente, não há como impedir o juiz, que se retratou uma vez, de retratar-se outra e outra vez. Nos locais em que há maior mobilidade de magistrados, não haveria, por identidade de razões, como impedir que houvesse, sempre, alguma revogação ou modificação da anterior decisão que, em última análise, pode decorrer da convicção pessoal de cada um diante das peculiaridades de cada caso concreto.

Assim, a “revogação” e a “modificação” a que se refere o § 4º do art. 273 devem ser limitadas aos casos em que há alguma oportunidade procedimental para o magistrado *redecidir* o que já decidiu; coisa bem diferente de *decidir* de novo o mesmo pedido pelos mesmos fundamentos. A revogação ou a modificação da tutela antecipada não se pode dar, portanto, diante de novas reflexões sobre o caso sem que haja oportunidade processual para tanto. Nem pelo *juiz* prolator da decisão, nem por outro que,

por qualquer razão, atue em seu lugar. O *juízo* decide uma única vez, e só *redecide* quando o sistema processual civil o autoriza a tanto.

É o que se dá, por exemplo, quando a hipótese é de antecipação da tutela *inaudita altera pars*, isto é, em que a tutela é antecipada antes mesmo da citação do réu. Nestes casos, o magistrado antecipa a tutela forte no princípio da “efetividade do processo”, postergando a incidência do princípio da “ampla defesa”. Rigorosamente falando, ele, magistrado, não decidiu sequer “questão”, porque, por definição centenária, *questão* pressupõe discordância entre as *partes* (e não, eventualmente, entre autor e juiz). “Questão”, no sentido técnico, só haverá quando o réu, citado, manifestar-se, contrapondo-se às alegações do autor. Nesse caso, exercida a ampla defesa e estabelecido o contraditório entre as partes e o magistrado, com a apresentação pelo réu de sua defesa, legítimo que ele, o juiz, *redecida* o que já havia decidido. Em tal oportunidade, é legítimo o *aprofundamento* da cognição jurisdicional, inerente mesmo ao desenvolvimento do próprio processo.

Sobre a hipótese de antecipação da tutela *inaudita altera pars*, convém dar destaque ao seguinte: não obstante destoar da prática do foro, o mais consentâneo com o “princípio do duplo grau de jurisdição” (v. n. 8 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) é que, *antes* da interposição do recurso de agravo de instrumento, o magistrado tivesse oportunidade de reanalisar a decisão antecipatória da tutela quando proferida sem a *prévia* oitiva da parte. Trata-se de hipótese em que a revogação ou a modificação a que se refere o § 4º do art. 273 é legítima porque há inegável (e necessário) aprofundamento da cognição com a manifestação do réu no processo.

Sem prejuízo da ressalva do parágrafo anterior, outro caso em que a revogação ou a modificação da decisão antecipatória da tutela é plenamente legítima verifica-se com o recurso de agravo de instrumento, ao ensejo de sua apresentação ao juízo de primeira instância para os fins do art. 526 na forma como discute o n. 3.3 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5. Fosse um caso de agravo retido interposto contra a decisão antecipatória da tutela — apesar de ele dever ser sistematicamente afastado por falta de interesse (v. n. 2 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5) —, a possibilidade de reexame da decisão é expressa no art. 523, § 2º.

É correto o entendimento de que a sentença “revoga” a tutela antecipada no sentido de que ela, sentença, porque proferida com base em “cognição *exauriente*”, toma o lugar da decisão antecipatória, proferida com base em “cognição *sumária*”. Quanto a isso não há e nem pode haver dúvida alguma. É como se fossem duas regras jurídicas distintas, a posterior, porque trata do mesmo assunto da anterior — e de forma mais profunda —, revoga-a. A divergência existe quanto ao *momento* em que essa revogação é *eficaz* e, conseqüentemente, pode ser sentida. Em termos diretos: a sentença revoga a decisão antecipatória da tutela porque o juiz, ao proferi-la, analisa a questão com cognição mais *profunda* do que aquela que o conduziu a proferir a decisão relativa à antecipação da tutela. O autor que se vinha beneficiando da tutela antecipada anteriormente vê-se privado de seus efeitos *imediatamente* ou a interposição de seu recurso de apelação será medida capaz de evitar a eficácia da própria revogação da tutela antecipada pela sentença? A questão, comuníssima, é enfrentada pelo n. 3.4 do Capítulo 3.

A parte final do § 4º do art. 273, que impõe o dever de motivação da decisão que *redecide* a questão relativa à tutela antecipada, é repetição do disposto no § 1º do mesmo dispositivo, suficientes, por isso mesmo, as considerações que, a seu respeito, faz o n. 4, *supra*.

No que, talvez, pudesse ser claro o art. 273, § 4º, é sobre as conseqüências da revogação ou modificação da tutela antecipada. Mesmo no silêncio do dispositivo, contudo, não há espaço para qualquer dúvida quanto a que, uma vez revogada ou modificada a tutela antecipada, as coisas devem voltar ao *status quo ante*, por imposição do sistema processual civil (art. 574 c/c o art. 475-O, I e II). O critério de responsabilização do beneficiário da tutela antecipada é *objetivo*, isto é, a responsabilização por eventuais danos sofridos por quem suporta os efeitos da tutela antecipada dá-se pelo fato de eles decorrerem do cumprimento da medida, tal qual concedida, independentemente do ânimo, da vontade ou de culpa de seu beneficiário, assunto ao qual se volta o n. 7 do Capítulo 4.

Vale a ênfase, por fim, de que, nos casos em que a tutela é antecipada com fundamento no art. 273, § 6º, a aplicação do § 4º do art. 273 está sistematicamente afastada. Como expõe o n. 2 do Capítulo 5, aquele dispositivo pressupõe a formação de “cognição *exauriente*” pelo magistrado e, conseqüentemente, não há espaço para o *aprofundamento* da cognição que

justifica a regra aqui examinada. Situação diversa é a de haver interposição de recurso contra aquela decisão, mercê do qual a decisão proferida pelo órgão *ad quem* tem aptidão de substituir a anterior. Neste caso, contudo, não se trata de revogação ou modificação da tutela antecipada para os fins do art. 273, § 4º, mas, diferentemente, de consequência do julgamento (e acolhimento) do recurso (art. 512; v. n. 9 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 5).

## 6. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Por iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito Processual, em comissão composta por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinoni, foi elaborado um anteprojeto de lei que institui a possibilidade de *estabilização* da decisão antecipatória da tutela.

Excepcionando expressamente o quanto destacado pelo número anterior — e, de forma mais ampla, o próprio sistema processual civil —, a proposta é de que a decisão antecipatória da tutela, posto ser proferida com base em “cognição *sumária*”, assuma estabilidade suficiente para tornar desnecessário, consoante determinadas circunstâncias, o prosseguimento do processo quando sua concessão for *incidental* ou, quando antecedente, que a parte por ela beneficiada provoque o Estado-juiz com vistas a obter a “tutela jurisdicional *ulterior*”.

Trata-se de expediente que, consoante se lê da Exposição de Motivos do Anteprojeto, já integra o direito processual civil italiano, e, vale acrescentar, também encontra técnica *similar* e, ao que tudo indica mais abrangente, no direito processual civil português mais recente, por força do chamado “regime processual experimental”, instituído pelo Decreto-lei n. 108/2006, cujo art. 16º prescreve que, “Quando tenham sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso, o tribunal pode, ouvidas as partes, antecipar o juízo sobre a causa principal”. Sobre a disciplina portuguesa no contexto aqui exposto, calha bastante bem a lição de Miguel Teixeira de Sousa (Um novo processo civil português: *à la recherche du temps perdu?*, p. 217): “Sendo certo que se aguarda uma avaliação definitiva sobre aquele Regime Processual Experimental, não é crível que algo de diferente venha ser consagrado no futuro. Por isso, podem ser consideradas como um dado adquirido da ordem jurídica portuguesa

quer as providências cautelares que antecipam o resultado da posterior acção principal (providências cautelares antecipatórias), quer as providências cautelares que dispensam a acção principal (providências cautelares autossuficientes)”.

A estabilidade pretendida — referida como “coisa julgada nos limites da decisão proferida” no projetado § 2º do art. 273-B e no parágrafo único do projetado art. 273-C — deriva da omissão daquele que a sofre de requerer ao Estado-juiz o prosseguimento do processo em que concedida a medida incidentalmente (art. 273-C, *caput*) ou, se se tratar de medida antecedente, de romper a inércia da jurisdição com vistas ao reconhecimento da *inexistência* do direito que motivou a concessão da decisão (art. 273-B, § 1º, *a*). Também, quando se tratar de decisão *parcial* antecipatória da tutela, se aquele a quem interessa a medida não provocar, a tempo e modo oportunos, o Estado-juiz, para obter a parte da tutela jurisdicional ainda não concedida (art. 273-B, § 1º, *b*).

Coerentemente, os §§ 4º e 5º do art. 273 receberão nova redação, para incorporar o novo regime proposto e afastar, expressamente, a noção, que quer ser verdadeira para o sistema hoje vigente, de que a decisão jurisdicional tomada com base em “cognição sumária” pressupõe sua substituição por outra proferida com base em “cognição exauriente”, razão de ser do prosseguimento do “processo até final julgamento”, que se lê do atual § 5º do art. 273.

Bem resume os objetivos do Anteprojeto o seguinte trecho de sua Exposição de Motivos, assinada pelos prestigiados professores já nomeados:

“A proposta de estabilização da tutela antecipada procura, em síntese, tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória. Não importa se se trata de antecipação total ou parcial. O que se pretende, por razões eminentemente pragmáticas — mas não destituídas de embasamento teórico — é deixar que as próprias partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes, cognição plena e exauriente do juiz e a correspondente sentença de mérito.

Se o ponto definido na decisão antecipatória é o que as partes efetivamente pretendiam e deixam isso claro por meio de atitude omissiva consistente em não propor a demanda que vise à sentença de mérito (em se tratando de antecipação em procedimento antecedente) ou em não requerer o prosseguimento do processo (quando a antecipação é concedida no curso deste), tem-se por solucionado o conflito existente entre as partes, ficando coberta pela coisa julgada a decisão antecipatória, observados os seus limites”.

É o seguinte o teor da Proposta, entregue pelo referido Instituto ao Ministério da Justiça:

“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)’.  
.....

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 julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões”.

Sobre o assunto, vale o destaque de que o parágrafo único do art. 6º da recente Lei n. 11.804/2008, que dispõe sobre os alimentos devidos durante a gestação, admite algo similar à proposta do IBDP, ao prever que, “após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão”.

A ressalva serve para evidenciar a real finalidade do Anteprojeto do IBDP: a generalização, no sistema processual civil brasileiro, do que é chamado por parte da doutrina de “ações sumárias”, “tutelas cognitivas sumárias e satisfativas” ou, mais amplamente, “tutela jurisdicional diferenciada” (v. n. 1 da Introdução), longe das amarras e das tantas dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais que pairam sobre o Livro III do Código de Processo Civil e do conteúdo de cada uma de suas espécies. Mas não é só: a proposta é a de também se passar a admitir que decisões proferidas

independentemente de “cognição *exauriente*” assumam, se não o mesmo, *status* similar ao da “coisa julgada *material*”.

Trata-se de um passo importante para trazer à tona as reais possibilidades da tutela jurisdicional de específicas situações de direito material independentemente das *formas* e das *justificativas* de outrora (v. n. 1 do Capítulo 8).

Oportuna, a respeito, a reflexão de Alberto José Lafuente Torralba (“La evolución de la tutela cautelar desde una perspectiva internacional: hacia la autonomía de las medidas anticipatorias”, p. 90, em tradução livre) sobre o que o processualista espanhol chama de “medidas autossatisfativas” a partir da doutrina de Joan Picó I Junoy: “As medidas autossatisfativas não são mais que um novo passo na evolução da tutela cautelar: primeiro, das clássicas medidas cautelares de conteúdo conservativo, passou-se à admissão de medidas idôneas a satisfazer, de forma antecipada, a pretensão de mérito; o passo seguinte tem sido reconhecer independência a tais medidas, desvinculando-as de qualquer processo considerado ‘principal’”.

No aguardo da apresentação de conversão do Anteprojeto em lei, são suficientes, por ora, estas breves considerações sobre o assunto.

# CAPÍTULO 3

## Antecipação da tutela, sentença e recursos

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A decisão que antecipa a tutela jurisdicional, isto é, que libera a produção de seus efeitos antes do tempo idealizado pelo legislador, é, na maior parte dos casos, uma decisão interlocutória. É o que se pode extrair do § 5º do art. 273: “Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento”. Qualquer decisão que resolve questão *incidental* no processo — seja ela qual for e independentemente de seu conteúdo — é *interlocutória*, por força do que dispõe o art. 162, § 2º, não obstante a *literalidade* do § 1º do mesmo dispositivo, na redação dada pela Lei n. 11.232/2005, sugerir entendimento diverso (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 5).

A ressalva do parágrafo anterior justifica-se: pode acontecer de a antecipação da tutela justificar-se apenas quando do *proferimento* da sentença. Na hipótese, não há como sustentar, apesar da diretriz do art. 273, § 5º, que se trata de uma interlocutória porque a antecipação dar-se-á como um dos capítulos da sentença.

Deixando o enfrentamento da antecipação da tutela *na* sentença para o n. 4, *infra*, o certo é que, por se tratar, “na maior parte dos casos”, de decisão interlocutória, o recurso dela cabível é o de *agravo*. O agravo deve ser interposto na modalidade de *instrumento*, independentemente de se tratar de decisão que *nega* o pedido ou que o *defere* de acordo com a teleologia do *caput* do art. 522, robustecida pelo inciso II do art. 527: considerando que o agravo *retido* somente é julgado com a apelação (art. 523, *caput*), é *tardio* o contraste da decisão que antecipou a tutela, suplantada, àquela altura, pela sentença (v. n. 5 do Capítulo 2), e, por isso, o agravante carece de interesse recursal, é dizer, já não há para ele qualquer *utilidade* a ser alcançada pelo julgamento do recurso contra a decisão antecipatória.

Se a decisão que antecipa a tutela significa, em última análise, a antecipação da *efetivação* de determinada decisão judicial, não há como conceber que seu reexame se dê quando os atos executivos respectivos já terão iniciado e, consoante o caso, chegado, até mesmo, a seus ulteriores termos. A conclusão é a mesma inclusive nos casos em que a tutela é antecipada sem necessidade de demonstração de urgência concreta nos moldes do inciso I do art. 273, isto é, nos casos do inciso II e do § 6º do mesmo dispositivo. A urgência, vale repetir o que expõe o n. 3 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5, está no *contraste* imediato da decisão concessiva da tutela e não nas razões de sua *concessão*.

Com relação à concessão de tutela antecipada *inaudita altera pars* — máxime nos casos de urgência, isto é, em que a tutela é concedida com base no art. 273, I —, é importante entender que, *antes* da interposição do agravo de instrumento, aquele que sofre as consequências da antecipação da tutela pode (deve, em rigor) se manifestar perante o juízo prolator da decisão oferecendo suas razões de inconformismo, estabelecendo, assim, a ampla defesa e o contraditório constitucionalmente assegurados, que, por definição, foram *diferidos* por força da incidência do princípio da efetividade do processo. Dessa decisão, proferida *após* o contraditório, é que caberia o recurso de agravo de instrumento pelo interessado. A solução, irretocável do ponto de vista teórico e sistemático, e que tem plena adesão deste *Curso*, não é observada no dia a dia do foro.

O que se verifica, diferentemente da solução aventada, é que, uma vez intimado da decisão antecipatória da tutela, o réu apresenta recurso de agravo de instrumento perante o Tribunal *ad quem*, atuando perante o juízo *a quo* apenas *após* a apresentação daquele recurso, para os fins do art. 526 e o “efeito regressivo” dele decorrente (v. n. 4 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 5). Nessa toada, haverá, até mesmo, aqueles que sustentarão que qualquer manifestação do réu perante o juízo da primeira instância, com o fito de estabelecer a ampla defesa e o contraditório legitimamente postergados, poderá ensejar *preclusão* do direito de recorrer, entendimento não compartilhado por este *Curso*: como a decisão, tal qual proferida, ainda não foi examinada do ponto de vista do réu, ela ainda não é passível de recurso, merecendo reexame, por isso mesmo, por seu próprio prolator, que aprofundará sua cognição na exata medida da manifestação daquele em face

de quem a decisão é proferida. Rigorosamente, antes da *participação* do réu no processo, sequer “questão”, no sentido técnico da palavra, há para ser resolvida pelo magistrado.

## 2. RELAÇÕES ENTRE TUTELA ANTECIPADA E SENTENÇA

A tutela jurisdicional pode ser antecipada — e é essa a situação mais comum na prática do foro — ao longo do processo, *antes* do proferimento da sentença. Ela também pode ser antecipada *na* sentença ou, quando menos, por ocasião do seu proferimento. A tutela jurisdicional, por fim, pode ser antecipada *após* a sentença e não obstante o seu proferimento.

As duas últimas alternativas dão ensejo a uma reflexão específica. Há aqueles que sustentam a total impossibilidade de convivência da “sentença” e da “tutela antecipada”, realidades processuais que seriam, por definição, antagônicas, verdadeiramente autoexcludentes. Há, diferentemente, os que não veem qualquer inconveniente em antecipar a tutela, não obstante o proferimento da sentença, entendimento sufragado por este *Curso*.

Com efeito, não há nenhuma incompatibilidade entre o proferimento da sentença e a *necessidade* da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. Sentença *não é* tutela jurisdicional. No máximo, a tutela jurisdicional é *veiculada* pela sentença, mas, mesmo assim, nem sempre seus *efeitos* podem ser experimentados desde logo. Assim, dada a proposta de conceituação de tutela antecipada assumida pelo n. 1 do Capítulo 1, nada mais coerente do que discernir com clareza aquelas duas realidades processuais.

Importa insistir no ponto: sentença não equivale a tutela jurisdicional. Sentença pode equivaler ao reconhecimento jurisdicional de que alguém tem o direito que afirmava ter no plano material. Ter tal direito reconhecido, contudo, não é suficiente para tê-lo concreta e efetivamente protegido. Tutela jurisdicional, por isso mesmo, é mais do que *reconhecimento de direitos*, é também o *efeito* concreto, real, palpável, sensível daquilo que se foi buscar perante o Estado-juiz e que é, apenas, reconhecido na sentença. A chamada “tutela antecipada” conduz, justamente, a emprestar *efeitos* àquilo que (ainda) não tem; somente se esses efeitos já puderem ser sentidos é que não haverá espaço para cogitar da antecipação da tutela (v. n. 2 do Capítulo 2).

Há diversos julgados do STJ nesse sentido, que merecem enunciação: 4ª Turma, REsp 1.001.046/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 23.9.08, DJe 6.10.08; 1ª Turma, REsp 706.252/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 13.9.2005, DJ 26.9.2005, p. 234; 2ª Seção, REsp 648.886/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 25.8.2004, DJ 6.9.2004, p. 162; 3ª Turma, REsp 473.069/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j.m.v. 21.10.2003, DJ 19.12.2003, p. 453; 5ª Turma, RMS 14.160/RJ, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j.un. 8.10.2002, DJ 4.11.2002, p. 217; 5ª Turma, REsp 406.561/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j.un. 27.8.2002, DJ 23.9.2002, p. 376; 4ª Turma, REsp 299.433/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j.un. 9.10.2001, DJ 4.2.2002, p. 381, e 4ª Turma, REsp 279.251/SP, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j.un. 15.2.2001, DJ 30.4.2001, p. 138.

Não foi outra a razão pela qual, no plano infraconstitucional, a Lei n. 11.232/2005, ao dar nova redação ao *caput* do art. 463, suprimiu a noção de que o juiz, ao publicar a sentença de mérito, teria cumprido e acabado seu ofício jurisdicional (v. n. 8 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I). O que o dispositivo, na sua redação presente, quer evidenciar é que o proferimento de sentença não conduz, em todo e em qualquer caso, à *prestação* da tutela jurisdicional. Tanto mais verdadeira a observação quando se constata o cuidado que a mesma Lei teve ao alterar a redação do § 1º do art. 162 e do *caput* do art. 269 para deles extrair a vinculação tradicional entre o proferimento da sentença e a *extinção* do processo (de conhecimento). Disto se conclui, com o desenvolvimento especificamente feito pelo n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1, que o conceito de tutela jurisdicional relaciona-se a seus *efeitos*, efeitos que podem e que devem ser sentidos *fora* do plano processual e que, por isso mesmo, não se confundem com o proferimento da sentença.

Mesmo com a nova redação dos dispositivos destacados, contudo, ainda há espaço para se cogitar da tutela antecipada e da sentença como institutos diversos mas complementares para a realização dos princípios da efetividade do processo e da economia e da eficiência processuais (art. 5º, XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal).

A razão é a de ainda ser regra no direito processual civil brasileiro a de a apelação ser recebida no efeito suspensivo (art. 520, *caput*; v. n. 4.2 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 5). Como o efeito suspensivo da apelação

significa, em termos bem diretos, que os efeitos da sentença não poderão ser sentidos de imediato, ela, a sentença, é total e completamente ineficaz como regra. Assim, tê-la, do ponto de vista daquele que busca a *prestação* da tutela jurisdicional, não é suficiente.

É justamente nesse *vácuo de eficácia* que tem sentido falar em tutela antecipada, não obstante o proferimento da sentença. A existência do título executivo, qualquer que seja ele, é insuficiente para fins de *prestação* da tutela jurisdicional; para tanto, é indispensável o início da prática dos atos executivos voltados àquele fim.

### **3. TUTELA ANTECIPADA ANTES DA SENTENÇA: O ART. 520, VII**

É comum a afirmação de que o inciso VII, incluído no art. 520 pela Lei n. 10.352/2001, foi concebido para tornar mais coerente o sistema processual civil brasileiro que, desde a introdução do art. 273 pela Lei n. 8.952/1994, passou a admitir que uma decisão interlocutória proferida com base em cognição *sumária* — e, por isso mesmo, revogável nos moldes do § 4º do art. 273 — e com eficácia imediata, quando substituída por decisão fundada em cognição *exauriente* (proferida depois do “devido processo legal”), perderia a sua eficácia durante a fase recursal.

É que uma vez proferida a sentença que confirmava a decisão antecipatória da tutela, oportunidade na qual o magistrado, indo além da mera verossimilhança, convencia-se integralmente de que o autor tinha razão, tendia esse ato jurisdicional a ser ineficaz mercê da regra do *caput* do art. 520, que atribui à maioria das apelações efeito *suspensivo*. Assim, pelo mero fato de ser apelável, a sentença não era capaz de produzir seus efeitos. A incoerência do sistema era patente: uma decisão mais *fraca* do ponto de vista da cognição jurisdicional e de sua estabilidade era mais *forte* do ponto de vista da eficácia.

Para corrigir essa incoerência do Código de Processo Civil, o inciso VII do art. 520 veio estabelecer que a apelação interposta de sentença que “confirma” a tutela antecipada será recebida no efeito devolutivo, querendo significar, com isso, que não há efeito suspensivo nessa apelação e, rigorosamente, que a sentença que “confirma” a tutela antecipada pode surtir,

*independentemente* do prazo de apelação e de sua interposição e julgamento, seus regulares efeitos, os mesmos efeitos, aliás, que já vinham sendo sentidos desde a concessão da tutela antecipada (v. n. 2.4.6 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 5).

Importa destacar, a respeito das considerações feitas pelos parágrafos anteriores, que uma tal modificação *expressa* no Código de Processo Civil não se fazia necessária (Assim, v.g.: STJ, 3ª Turma, REsp 267.540/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 21.11.2006, DJ 12.3.2007, p. 217). A superação da incongruência entre as eficácias das decisões jurisdicionais (a antecipatória da tutela e a que a confirmava, a final), sempre foi uma imposição que decorria do próprio *sistema* processual civil, quando devidamente analisado desde o seu “modelo constitucional”. O mérito da inovação, contudo, é o de evidenciar, em caráter inegavelmente didático, a solução, afastando, por isso mesmo, qualquer hesitação que, a respeito do tema, poderia ocorrer.

Se, no entanto, reputou-se oportuno explicitar a regra que passou a ocupar o inciso VII do art. 520, não é menos certo que o novel dispositivo acabou, a exemplo do que ocorreu com o art. 273, § 7º, pelas razões expostas pelo n. 4 do Capítulo 8, mostrando-se acanhado na sua iniciativa. É que ele prevê uma só hipótese, pinçada casuisticamente pelo legislador e transformada em regra jurídica: a de que, em dado processo, o autor requereu e obteve a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional *antes* da sentença, e que a sentença, oportunamente proferida, confirmou esses mesmos efeitos, é dizer, ela foi proferida em plena conformidade com a anterior decisão antecipatória da tutela. Mantém-se, assim, a “coerência” do sistema, que, pelo menos do ponto de vista do direito escrito, afirmava-se perdida por quase oito anos, no espaço temporal existente entre a Lei n. 8.952/1994 e a Lei n. 10.352/2001.

A regra, contudo, não responde a outras diversas questões: e se a tutela antecipada não foi concedida antes da sentença e o pedido foi julgado procedente? E se a tutela foi antecipada, mas parcialmente, e a sentença dá pela procedência total do pedido? E se a tutela antecipada, total, for confirmada apenas em parte pela sentença? E se o juiz julgar o pedido em desfavor do autor, anteriormente beneficiado com a antecipação da tutela? E se da decisão que antecipou os efeitos da tutela jurisdicional o réu interpôs

agravo de instrumento e obteve efeito suspensivo? E se o agravo, com efeito suspensivo, ainda não foi julgado quando do proferimento da sentença? E se o agravo não tramita com efeito suspensivo mas é julgado após o proferimento da sentença, vale o que o Tribunal decidir ou o que for decidido pela sentença? E se o juiz, por qualquer motivo, deixar de “confirmar” a tutela antecipada na sentença?

Estas e outras questões não são respondidas pelo *texto* do art. 520, VII, porque a técnica legislativa utilizada no dispositivo é *casuística*: ele trata apenas de uma específica hipótese e não das que, embora lhe sejam próximas — e usuais no foro —, são diferentes.

É importante, por isso mesmo, compreender o art. 520, VII, mais em sua *ratio* que na sua fórmula escrita. Trata-se de dispositivo de inspiração nobilíssima, mas de insuficiente realização *literal*. A regra, a bem da verdade, acabou por dizer (bem) menos do que deveria. Importa, pois, *interpretar* o dispositivo como se nele se lesse algo como “não terá efeito suspensivo a apelação interposta da sentença proferida em processo em que se concedeu ou se poderá conceder a tutela antecipada”, ou, ainda, “toda a vez que se antecipar a tutela, independentemente da fase do processo, a apelação interposta da sentença respectiva não terá efeito suspensivo”.

Fixadas essas premissas, em busca da razão de ser do inciso VII do art. 520, é importante oferecer respostas às questões propostas. Para tanto, voltam-se os números seguintes.

### **3.1. Antecipação da tutela “na” sentença**

Se não houve antecipação da tutela *antes* do proferimento da sentença não há como a sentença “confirmar” uma decisão que não foi proferida. O que pode ocorrer, no entanto, é que a tutela seja antecipada “na” sentença ou, quando menos, por ocasião do proferimento da sentença.

Não obstante a dificuldade de defender a aplicação do art. 520, VII, para reger a espécie, deve ser prestigiado o entendimento de que, neste caso, o recurso de apelação dirigido dessa sentença deve, *sistematicamente*, ser recebido *sem* efeito suspensivo, para manter a coerência de eficácias do sistema processual civil, que, como o n. 3, *supra*, assinalou, é o grande vetor que está por trás daquele dispositivo. Se, pelo menos em tese, o sistema admite que uma interlocutória baseada em cognição sumária e, por isso

mesmo, razoavelmente instável (art. 273, § 4º) surta efeitos imediatos, com muito mais razão se deverá admitir que a sentença, baseada em cognição *exauriente*, produza efeitos de imediato quando presentes as circunstâncias do art. 273.

Assim, é indiferente o que poderia sugerir uma leitura isolada do *caput* do art. 520: justamente em função do efeito suspensivo da apelação é que tem sentido referir-se a tutela antecipada como *técnica de tirar* esse efeito ou, quando menos, neutralizá-lo, deixando que a sentença, desde logo, surta seus regulares efeitos.

O STJ já teve oportunidade de externar seu entendimento favorável a esta conclusão como fazem prova os seguintes julgados: 3ª Turma, AgRg no Ag 940.317/SC, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 19.12.2007, DJ 8.2.2008, p. 677; 2ª Seção, REsp 648.886/SP, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 25.8.2004, DJ 6.9.2004, p. 162; 3ª Turma, AgRg no Ag 1.217.740/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j.un. 17.6.2010, DJe 1.7.2010; 4ª Turma, AgRg no Ag 1.339.205/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 18.11.2010, DJe 24.11.2010 e 4ª Turma, AgRg no Ag 1.261.955/SP, rel. Min. Raul Araújo, j.un. 17.2.2011, DJe 24.2.2011.

Trata-se do que o n. 4.2.10 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 5 chamou de “execução provisória *ope judicis*”, e que, pelas suas especificidades, é tratado separadamente pelo n. 5, *infra*.

### **3.2. Antecipação parcial da tutela e sentença de procedência total**

Questão diversa é saber o que acontece quando a tutela é antecipada parcialmente *antes* da sentença e ela, a sentença, acolhe integralmente o pedido do autor.

Nesse caso, a “confirmação” de que trata o art. 520, VII, só pode ser “parcial”, porque há uma parte da sentença que atribui ao autor um direito que, anteriormente, não lhe havia sido reconhecido. Se o art. 520, VII, bem responde à questão no que diz respeito à parte da tutela antecipada “confirmada” pela sentença, ele não o faz com relação à parte “nova”, que não havia sido objeto de qualquer decisão antecipatória anterior.

As mesmas razões expostas pelo número anterior merecem incidir para reger a hipótese. Importa, pois, verificar se, com relação àquela parte da

sentença, que *não confirma* tutela antecipada anterior, concorrem os pressupostos do art. 273. É ônus do autor demonstrá-los e requerer a antecipação como forma de, também em relação a essa parte, viabilizar a “efetivação” imediata de que trata o art. 273, § 3º, isto é, seu *cumprimento*, aplicando-se, por isso mesmo, a análise feita pelo n. 3.4, *infra*. Caso contrário, prevalece a regra geral do *caput* do art. 520, como já teve oportunidade de decidir a 1ª Turma do STJ no REsp 1.174.414/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, j.un. 12.4.2011, DJe 15.4.2011.

### **3.3. Antecipação total da tutela e sentença de procedência parcial**

A próxima questão trata da hipótese oposta da que é enfrentada pelo número anterior: a tutela é antecipada *integralmente*, mas a sentença confirma-a apenas em parte. O magistrado, embora se tenha convencido da verossimilhança de toda a alegação (a pretensão integral) do autor, com a defesa do réu e o desenvolvimento do processo, convenceu-se, parcialmente, de seu desacerto acolhendo, conseqüentemente, apenas em parte o pedido do autor, confirmando, apenas nessa mesma parte, a tutela anteriormente antecipada.

Na parte “confirmada”, em que sentença e decisão antecipatória da tutela têm o mesmo conteúdo, não há dúvidas quanto à incidência do art. 520, VII. A apelação a ela dirigida não lhe retira a eficácia anteriormente reconhecida.

Na parte da sentença relativa à rejeição do pedido do autor (por razões processuais ou de mérito, isso é indiferente para a exposição), o art. 520, VII, em sua literalidade pelo menos, não incide, e, dando lugar à regra do *caput* do art. 520, a apelação deverá ser recebida com efeito suspensivo.

O que ocorre neste caso, no entanto, é o contrário do que se pode supor e que encontra, não há por que olvidar, enorme resistência na doutrina e na jurisprudência (v. n. 3.4, *infra*). Para todos os fins, aquela parte da tutela antecipada “não” confirmada *continua* a produzir seus efeitos justamente em função do *efeito suspensivo* da apelação, apelação, aliás, que *também* pode ser interposta pelo autor, que, nesta específica parte, sucumbiu. O efeito suspensivo que decorre do *caput* do art. 520 é responsável pelo “estado de ineficácia” da sentença. Por mais paradoxal que possa parecer, quando o juiz

sentença, embora parcialmente, em desfavor do autor, e, por isso mesmo, cassa a tutela antecipada anteriormente concedida, sua decisão, mercê do efeito suspensivo da apelação, deixa de ser eficaz imediatamente.

Não é que a sentença, fundada em “cognição *exauriente*”, não tenha aptidão de “revogar” a decisão antecipatória da tutela, fundada em “cognição *sumária*”. Não há dúvida de que há tal revogação. O problema, no entanto, não é atrelado à *validade* da sentença, mas, bem diferentemente, à sua *eficácia*. Importa saber, portanto, a partir de que *momento* a revogação da tutela antecipada pela sentença é *eficaz*, a partir de quando ela, a sentença, produz seus regulares efeitos, ocupando o espaço até então ocupado pela tutela antecipada. Se há o efeito suspensivo da apelação, os efeitos da sentença não são imediatos, inclusive o relativo à revogação da tutela antecipada pelo seu proferimento.

O réu, consoante o caso, pode dirigir-se ao Tribunal para contornar a situação quando deverá demonstrar que tem mais direito e mais necessidade de se beneficiar da sentença, na parte em que ainda não é eficaz, porque sujeita ao efeito suspensivo da apelação (a cassação da tutela antecipada, com o retorno das coisas ao *status quo ante*), do que o autor, sem prejuízo de valer-se de agravo de instrumento para discutir a existência ou não do efeito suspensivo da apelação nesse caso e a possibilidade de a decisão antecipatória da tutela manter-se eficaz (art. 522, *caput*).

Trata-se, em última análise, de o réu obter decisão antecipatória da tutela em seu favor, ainda que proferida pelo Tribunal competente para julgamento do recurso de apelação, pela retirada do efeito suspensivo da apelação do autor, questão que é tratada com mais profundidade pelo n. 5, *infra*.

### **3.4. Antecipação total da tutela e sentença de improcedência total**

A questão abordada pelo número presente é a generalização da enfrentada pelo anterior: caso o magistrado rejeite integralmente o pedido em detrimento do autor anteriormente beneficiado com a tutela antecipada, a apelação do autor será recebida, pela letra do art. 520, VII, com efeito suspensivo, porque, à falta de previsão expressa desse inciso, prevalece a regra do *caput*.

O que ocorre, entretanto, é que o efeito suspensivo daquele recurso tem a aptidão de *impedir* que a sentença passe a ter efeitos imediatos, e, nessa medida, a “não confirmação” da tutela antecipada é também ineficaz. Sua revogação, embora tenha ocorrido, não pode produzir efeitos imediatos no mundo jurídico; uma vez mais, tudo se passa no plano da *eficácia* das decisões jurisdicionais e não no plano da *validade*.

Importa evidenciar que as soluções propostas por este e pelo número anterior podem não parecer as mais “coerentes”, já que, se é verdade que o magistrado se convenceu da *verossimilhança* da alegação do autor quando do proferimento da sentença, ele acabou por se convencer do contrário, de que o autor não tem direito e, portanto, não deve ser tutelado jurisdicionalmente, e o fez com cognição *exauriente*. A “lógica” e a “coerência” do sistema deveriam conduzir à conclusão oposta da já externada e aqui reiterada. É este, com efeito, o entendimento largamente defendido pela doutrina e pela jurisprudência.

A crítica seria procedente, com a devida vênia, se a “lógica” e a “coerência” do sistema não fossem, nos casos de tutela antecipada, “invertidas”. O que o sistema, com o instituto da tutela antecipada, quer prestigiar em primeiro plano é o *autor* que tem razão e também o autor que *pode* ter razão (e é esse o ponto sensível, inegavelmente paradoxal da exposição). Se o autor recorre da sentença, e se sua apelação é recebida com efeito suspensivo pela inaplicabilidade do art. 520, VII, isso se justifica porque, *na sua perspectiva*, a apelação será acolhida, reformada a sentença e a tutela antecipada “confirmada” após a fase recursal. E, se assim é, a “lógica” e a “coerência” do sistema acabam por impor uma continuidade de proteção da situação que, de início, motivou a antecipação da tutela.

A conclusão aqui defendida fica ainda mais evidente quando a tutela antecipada é concedida com base em “dano irreparável” para um tratamento da saúde, para a concessão de remédios a um doente ou uma internação hospitalar, por exemplo (art. 273, I). Em casos que tais, é inviável pensar que o autor beneficia-se da tutela antecipada *antes* da sentença; dela não se pode beneficiar desde o proferimento da sentença até o julgamento da apelação e, caso acolhida sua pretensão recursal, dela se beneficiará depois da manifestação do Tribunal *ad quem*. Pode ser que a tutela, a final reconhecida, seja de todo *ineficaz* diante do hiato criado entre o

proferimento da sentença (em desfavor do autor) e o julgamento da apelação (em favor do autor). Assim, o efeito suspensivo da apelação, nestes casos, nada mais é do que uma forma de prolongar o “risco” da tutela jurisdicional de urgência assumido expressamente pelo legislador ao concretizar os comandos dos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal.

Não é diverso, ademais, o que se dá com relação a uma das interpretações propostas pelo n. 7 do Capítulo 1 com relação ao art. 807, em detrimento do art. 520, IV, para o “processo cautelar”; o que o art. 13, § 3º, da Lei n. 5.474/1968 dispõe para as demandas voltadas à prestação de alimentos; o que se dá para o mandado de segurança nos termos dos §§ 1º e 3º do art. 14 da Lei n. 12.016/2009, e, mais recentemente, o que ocorre com os “embargos à execução” nos termos do art. 587 e sua aptidão de se impor à diretriz contrária da Súmula 317 do STJ, como expõe o n. 5 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 3.

Por essa razão, aceitas as conclusões aqui propostas, é que o *réu* deverá tomar as providências que lhe cabem para retirar o efeito suspensivo da apelação, obtendo a “revogação” imediata da tutela antecipada, que se dá, isto não pode ser questionado, com o sentenciamento do processo, mas é *ineficaz*. É o *réu* que deverá tomar a iniciativa de buscar tutela jurisdicional em seu favor, comprovando que, naquele instante do processo, é o *seu* direito — e não o do autor — que merece guarida do Estado-juiz. Os mecanismos para tanto são os abordados pelo n. 4.4, *infra*.

Os críticos dessa interpretação — e, vale repetir, eles representam a grande maioria da doutrina e da jurisprudência — defendem que a hipótese também reclama a incidência do art. 520, VII, fora de sua literalidade, no sentido de que o “confirmar a decisão antecipatória da tutela” lá referido deva ser substituído pela menção à mera existência de uma decisão antecipatória da tutela, como se estivesse escrito no dispositivo que, no processo, sempre que houver antecipação de tutela, *independentemente de sua confirmação ou não* pela sentença, a apelação dela interposta não terá efeito suspensivo, isto é, ela, a sentença, valerá de imediato pelo que contém, independentemente de ter sido proferida em consonância com anterior decisão antecipatória da tutela. Nesse exposto sentido, manifestou-se a 3ª Turma do STJ no REsp 768.363/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 14.2.2008, DJ 5.3.2008, p. 1. Trata-se, em última análise, de se

aplicar para a tutela antecipada o que o inciso IV do art. 520 reserva para o “processo *cautelar*” (v. n. 9 do Capítulo 3 da Parte II).

Para essa corrente, como a sentença é proferida em sentido contrário à decisão antecipatória da tutela, não há nenhuma razão *lógica* para que o comando jurisdicional mais forte (sentença proferida com base em cognição *exauriente*) não se sobreponha ao mais fraco (decisão interlocutória proferida com base em cognição *sumária*). Analisada a questão do ponto de vista *lógico*, não há como tirar a razão da crítica. No entanto, como todas as considerações até aqui expostas têm aptidão de evidenciar, o problema não é lógico, é *jurídico-sistemático*; ele representa nítida opção feita pelo legislador a partir do “modelo constitucional do processo civil”. Não há como o intérprete e o aplicador do direito afastarem-se dela, desconsiderando-a.

De qualquer sorte, aceita a crítica, será o *autor* que, carente da tutela anteriormente antecipada, terá de obter, de alguma forma, essa mesma tutela (ainda *antecipada*, porque, de outro modo, não se beneficiaria de efeito nenhum, não obstante o proferimento da sentença), e o fará, na forma como expõem os ns. 4.4 e 7, *infra*, junto ao Tribunal *ad quem*, valendo-se, analogicamente, da competência desse órgão estabelecida pelo parágrafo único do art. 800 ou, consoante o caso, lançando mão do recurso de agravo, que será de instrumento, por força do art. 522, *caput*, para contrastar eventual decisão do juízo *a quo* que se pronuncie acerca da subsistência ou não dos efeitos derivados da anterior decisão antecipatória da tutela. Também pelas razões lá expostas, não há como descartar, aprioristicamente, que o autor busque tutela a seu direito junto ao próprio magistrado *a quo*, forte no que dispõe o § 2º do art. 518.

### **3.5. Antecipação da tutela, agravo de instrumento e sentença**

Retomando as questões formuladas pelo n. 3, *supra*, importa examinar aquelas que tomam como ponto de partida a existência de agravo de instrumento interposto pelo réu da decisão antecipatória da tutela. As questões merecem exame conjunto, pois, independentemente da sorte do agravo de instrumento, independentemente de ele ter tramitado, ou não, com efeito suspensivo, independentemente de ele ter sido conhecido ou não

conhecido, provido ou improvido, julgado ou não julgado, ele é recurso dirigido a uma decisão que, com o proferimento da sentença, passa a não existir mais.

A sentença *absorve* a decisão antecipatória da tutela, e, por isso, o agravo perde, em qualquer caso, seu objeto. Se ele não tiver ainda sido julgado, ele não deve (mais) ser julgado. Se tiver sido julgado, se a ele foi concedido efeito suspensivo, tudo isso pode, até, consoante o caso, influir na convicção do magistrado sentenciante, mas não é decisivo nem impositivo que a sentença seja no mesmo sentido do julgamento do agravo, caso já tenha ocorrido. Isto porque o agravo dirige-se a uma específica decisão interlocutória que, com a sentença, passa a não existir mais, porque absorvida por aquele outro ato jurisdicional. Uma coisa é decidir a respeito da antecipação da tutela, quiçá liminarmente, antes mesmo da citação do réu. Outra, bem diferente, é proferir sentença, transcorridas todas as fases do processo, e proferir decisão com base em “cognição *exauriente*”.

É no sentido destacado pelo parágrafo anterior que a sentença “absorve” a decisão antecipatória da tutela e faz com que a sorte do agravo de instrumento seja de todo indiferente. No máximo, vale repetir, será elemento de persuasão a ser levado em conta pelo magistrado; nada mais do que isso, contudo. Sempre valerá, pois, o que o magistrado decidir, e não o que o Tribunal decidir, pois que este, ao julgar o agravo, estará reportando-se a uma fase do processo *anterior* à sentença, que não existe mais.

Não deve prevalecer, com o devido respeito, o entendimento contrário, embora ele encontre algum eco na *literalidade* da Súmula 626 do STF e no § 9º do art. 4º da Lei n. 8.437/1992 (v. n. 8 do Capítulo 5 da Parte II): o aprofundamento da cognição jurisdicional, ao longo da etapa de conhecimento, estabelecido em amplo contraditório, é fato suficiente, por si só, para alterar o “quadro fático” sobre o qual a tutela antecipada foi concedida e sobre o qual a sentença vem a ser concedida e, com isto, afastar qualquer dúvida quanto à legitimidade de o juízo *a quo* proferir decisão *qualitativamente* diversa daquela *anteriormente* proferida pelo juízo *ad quem*. Não há, neste sentido, qualquer agressão à hierarquia que preside a atuação dos juízos de diversos graus de jurisdição.

Importa, outrossim, esclarecer que a hipótese de haver interposição de apelação com efeito suspensivo nos termos expostos pelo n. 3.4, *supra*, não

interfere na conclusão aqui exposta, porque, mesmo que a sentença seja ineficaz por causa do efeito suspensivo da apelação dela cabível, ela, a sentença, é um *fato* processual futuro em relação ao agravo dirigido a decisão anterior e, nesse sentido, por ela, sentença, absorvida. A questão não é, aqui, de *eficácia* ou *ineficácia* de um ato em relação ao outro, mas de sua *existência* e de sua *validade* jurídica, hipótese rigorosamente oposta ao que escrito anteriormente.

Por tais razões — que não se confundem com hipótese diversa, examinada pelo n. 3.4, *supra* —, é que este *Curso* manifesta sua concordância com o entendimento de que recurso especial interposto de acórdão proferido em agravo de instrumento dirigido a decisão antecipatória da tutela em primeira instância fica prejudicado pela superveniência da sentença. É rica a jurisprudência do STJ nesse sentido, como bem demonstram os seguintes precedentes: 6ª Turma, AgRg no Ag 699.687/DF, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j.un. 5.6.2008, DJ 23.6.2008; STJ, 1ª Turma, rel. Min. Denise Arruda, AgRg no REsp 878.331/PE, j.un. 25.3.2008, DJ 30.4.2008, p. 1; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 436.613/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 18.9.2007, DJ 25.10.2007, p. 152; e 3ª Turma, REsp 853.349/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 4.12.2007, DJ 14.12.2007, p. 400. A Corte Especial daquele Tribunal, contudo, tem acórdão em sentido contrário, entendendo que “A superveniência da sentença de procedência do pedido não prejudica o recurso interposto contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação de tutela” (EREsp 765.105/TO, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j.m.v. 17.3.2010, DJe 25.8.2010).

### **3.6. Antecipação da tutela não confirmada pela sentença**

A última questão aventada pelo n. 3, *supra*, supõe que o magistrado deixe de confirmar a anterior decisão antecipatória da tutela quando do proferimento da sentença.

A hipótese é de *omissão* da sentença, justificando a oposição de embargos de declaração com fundamento no art. 535, II (v. n. 2 do Capítulo 8 da Parte I do vol. 5). Eventuais problemas de correspondência entre a extensão da tutela antecipada anteriormente concedida e a extensão da

procedência do pedido resolvem-se de acordo com as respostas dadas pelos números anteriores.

A situação oposta à que se ocupa o parágrafo anterior, isto é, quando a sentença, proferida em desfavor do autor, é contrária à decisão antecipatória da tutela, mas é silente quanto à tutela estar “cassada” ou não, merece enfrentamento à luz do raciocínio exposto pelo n. 3.4. O que *não deve* prevalecer para a hipótese é a orientação de que se o juiz não se pronunciou sobre a tutela anteriormente antecipada, é porque a manteve, não obstante ter-se convencido, a final, do contrário.

## 4. TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA

“Tutela antecipada” e “sentença” não são noções contrapostas ou excludentes, como expõe o n. 2, *supra*.

A sentença porque sujeita a um recurso que, como regra, é munido de efeito suspensivo (art. 520, *caput*), não tem o que justifica regra como a do art. 273, técnica voltada a dar a ela *eficácia imediata*.

O proferimento da sentença, do ponto de vista da prestação da tutela jurisdicional, é *insuficiente*. Seus *efeitos* concretos, exteriores ao plano do processo, é que completam o ciclo da prestação jurisdicional e a adequada compreensão da regra do art. 273 conduz a esse entendimento.

É correta a afirmação de que, em todos aqueles casos em que, *antes* da sentença, não tenha sido antecipada a tutela jurisdicional e em que o recurso de apelação cabível tenha efeito suspensivo (que, não é demais repetir, é a regra escrita no *caput* do art. 520), haverá espaço para a tutela antecipada *na* sentença, como forma de dar a ela o que, nestes casos, ela não tem: eficácia imediata. Se antes de seu proferimento havia alguma decisão antecipatória da tutela, o problema é regido pelo art. 520, VII, e pela interpretação que a ele dão os ns. 3.1 a 3.6 *supra*.

Aceita a premissa de que tutela antecipada e sentença podem — e devem, quando presentes os pressupostos respectivos — conviver, existem algumas indagações a serem enfrentadas como, por exemplo, o momento de pedir a antecipação da tutela; a análise dos seus pressupostos e o recurso interponível contra sua concessão *na* sentença ou, na hipótese inversa, contra seu indeferimento na mesma oportunidade. É este o objetivo dos números seguintes.

## 4.1. Pedido

Não há prazo para a formulação do pedido de tutela antecipada (v. n. 2 do Capítulo 2). A tutela antecipada tem lugar ao longo de todo o processo enquanto os efeitos da sentença ainda não podem ser experimentados como ocorre, por exemplo, por causa do efeito suspensivo da apelação.

Nessas condições, a elaboração das “razões finais” — geralmente conhecidas como “memoriais” —, que precedem, imediatamente, o proferimento da sentença, apresenta-se como oportunidade procedimental adequada para formular o pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. Isto porque o autor, naquele ato, terá condições de demonstrar, à exaustão, a ocorrência de cada um dos pressupostos autorizadores do art. 273.

O pedido de tutela antecipada nas alegações finais ou em petição avulsa apresentada no mesmo instante procedimental, ademais, é providência que tem a aptidão de colocar o que for decidido em andamento, na sua dinâmica, dando-se conta de que não basta a “procedência” do pedido, isto é, o acolhimento da pretensão do autor, mas, também, que os efeitos práticos decorrentes da decisão jurisdicional possam ser sentidos para que a tutela jurisdicional seja efetivamente prestada, em consonância com o “modelo constitucional do processo civil”.

Se, por qualquer motivo, pedido formulado nesse sentido deixar de ser apreciado pelo magistrado quando do proferimento da sentença, a hipótese comporta embargos de declaração a serem apresentados com fundamento no art. 535, II. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, REsp 406.561/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j.un. 27.8.2002, DJ 23.9.2002, p. 376, e STJ, 4ª Turma, REsp 279.251/SP, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j.un. 15.2.2001, DJ 30.4.2001, p. 138.

## 4.2. Pressupostos

Há quem diga que a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional por ocasião da sentença não tem sentido porque, ao arrepio do art. 273, *caput*, o juiz, ao proferi-la, baseia-se em “cognição *exauriente*” e não em “cognição *sumária*”; que tutela antecipada é instituto atrelado à noção de urgência e, por isso, avessa à cognição desenvolvida na sentença, exauriente por definição, nos casos e situações aqui discutidos. O argumento,

diferentemente do que poderia parecer de seu primeiro exame, não infirma as considerações anteriores; pelo contrário, confirma-as. Se o sistema admite que uma decisão fundada em cognição sumária surta efeitos imediatos, o que dizer de uma decisão baseada em cognição exauriente?

Trata-se, aqui também, da mesma “incoerência de eficácias” a que se refere o n. 3, *supra*. A superação dessa incongruência, à luz do art. 5º, XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal, deve ser sempre em favor do princípio da *efetividade* do processo e das técnicas que imprimam maior celeridade nos julgamentos proferidos pelo Judiciário e nos *efeitos* concretos destes julgamentos e não o contrário. Assim, o fato de o autor, ao requerer a tutela antecipada em seus “memoriais”, ter condições de apresentar ao magistrado muito mais do que “verossimilhança”, não é óbice para afastar a pertinência do acolhimento de seu pedido. Até porque a “verossimilhança da alegação” pode ser compreendida a partir do “efeito *devolutivo*” de um eventual recurso de apelação (v. n. 4.1 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 5) apto a viabilizar, pela instância recursal competente, o reexame do que ao juiz pareceu suficiente para o acolhimento do pedido do autor e a concessão da tutela antecipada.

Ademais, como o n. 2.5 do Capítulo 1 demonstra, a “urgência” não é uma constante em se tratando de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, suficiente para essa demonstração a leitura do inciso II e do § 6º, ambos do art. 273.

### 4.3. Recursos

Questão tormentosa é a relativa ao recurso cabível da tutela antecipada concedida *na* sentença. A doutrina divide-se a respeito.

Há aqueles, como Luiz Guilherme Marinoni (*A antecipação da tutela na reforma do processo civil*, p. 61), que entendem que a decisão que antecipa a tutela, independentemente de “onde” ela é proferida, é uma decisão *interlocutória* (art. 273, § 5º) e, como tal, passível de contraste por agravo na modalidade de instrumento, porque necessário o seu reexame imediato pelo órgão *ad quem* (v. n. 5 do Capítulo 2). Aceita a premissa, mesmo que a antecipação seja concedida *na* sentença, isto é, no mesmo *corpo físico* da sentença, ela continua sendo *interlocutória* e, por imposição do sistema, agravável de instrumento nos termos do *caput* do art. 522.

A corrente oposta, defendida, dentre outros, por Cândido Rangel Dinamarco (*Capítulos da sentença*, p. 115-116) e Luciana Gontijo Carreira Alvim (*Tutela antecipada na sentença*, p. 131-136), sustenta que, independentemente do que está contido *na* sentença, isto é, independentemente de seu conteúdo, o recurso dela interponível é a apelação (art. 513). A circunstância de uma decisão poder se manifestar como interlocutória é indiferente para a sua rotulação jurídica porque o que importa, para tal fim, é o conteúdo do ato jurisdicional feliz, no particular, a redação do § 1º do art. 162. Por isso, o recurso cabível de qualquer sentença é a apelação.

Este *Curso* entende que a segunda corrente é a mais adequada à luz do sistema processual civil e, conseqüentemente, deve prevalecer. Se a tutela antecipada for analisada “dentro” da sentença, o recurso interponível dessa “parte” (ou, mais apropriadamente, *capítulo*) da sentença é a apelação. É bastante, a respeito, o precitado art. 513.

Eventuais dificuldades relativas ao processamento desse recurso não impedem a eficácia imediata da sentença, marca característica da tutela antecipada. Do ponto de vista substancial, porque a apelação não tem efeito suspensivo, interpretação mais correta para o inciso VII do art. 520 (v. n. 3.1, *supra*), razão suficiente para reconhecer à sentença a possibilidade de ela ser executada provisoriamente, nos termos do § 1º do art. 475-I e do art. 521. Do ponto de vista formal, porque a execução autorizada pela antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional deverá ser feita em “carta de sentença”, aplicando-se à espécie o disposto no art. 475-O, § 3º, considerando que os autos vão ao Tribunal para julgamento da apelação (v. n. 3 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 3).

Os defensores do cabimento do agravo de instrumento contra a decisão que antecipa (ou nega) a tutela, mesmo “dentro” da sentença, destacam que o cabimento da apelação criaria obstáculo processual contrário aos efeitos imediatos da decisão antecipatória da tutela, pois que a apelação teria, é essa a regra do *caput* do art. 520, efeito suspensivo, e, mesmo que não o tivesse, ensejaria a situação indicada pelo parágrafo anterior. Luiz Guilherme Marinoni (*A antecipação da tutela na reforma do processo civil*, p. 61), um dos árdios defensores desse entendimento, sustenta, a respeito, que seria útil que o magistrado, em vez de analisar o pedido de tutela

antecipada *na* sentença, o fizesse por decisão “avulsa”, “fora” da sentença, para deixar bem claro que ela é, “ontologicamente”, interlocutória e, como tal, agravável de instrumento (art. 522, *caput*). Obviar-se-iam, assim, todos os percalços destacados acima.

O que ocorre, contudo, é que, para o sistema processual civil brasileiro, importa distinguir as “decisões interlocutórias” das “sentenças”, dentre outros motivos, inclusive para identificação do recurso cabível. Assim, se o magistrado realmente antecipar a tutela em decisão estranha à sentença, estará configurada a hipótese de interlocutória, e o recurso cabível será, sistematicamente, o agravo de instrumento.

Como nada há que obrigue o magistrado a tomar a iniciativa e dada a polêmica em torno do assunto, é fundamental a aplicação do “princípio da fungibilidade”, tratado pelo n. 6 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 5, para que a *forma* dos atos processuais não crie nenhum obstáculo à propensão do processo surtir seus regulares efeitos, mais ainda quando todas as dificuldades formais são superáveis sem nenhum prejuízo para os sujeitos do processo. A 4ª Turma do STJ já o adotou na hipótese aqui examinada. Trata-se do REsp 1.035.169/BA, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 20.8.2009, DJe 8.2.2010.

Ademais, quaisquer dificuldades que surjam ao autor ou ao réu para proteger adequadamente situações que envolvem urgência — o pedido de antecipação da tutela pode ter sido formulado com fundamento no art. 273, I, por exemplo — são facilmente contornáveis pela possibilidade de o Tribunal competente para julgamento do recurso ser acessado diretamente por força da *competência jurisdicional* reconhecida pelo parágrafo único do art. 800.

A despeito de aquele dispositivo referir-se a “medida cautelar”, sua aplicação, como demonstra o n. 7, *infra*, deve ser a mais ampla possível, em consonância com o “modelo constitucional do direito processual civil”. Assim, o acesso ao Tribunal recursal competente, independentemente do *nome* a ser dado à iniciativa, mostra-se providência capaz de viabilizar o contraste imediato do indeferimento do pedido de tutela antecipada *na* sentença. Essa “medida”, a bem da verdade, tem função nitidamente preparatória do êxito da apelação que será julgada oportunamente.

## 4.4. Posturas a serem assumidas pelo réu

Sempre que o réu estiver diante de uma apelação *sem efeito* suspensivo, inclusive quando se tratar de “antecipação de tutela *na sentença*” (v. ns. 3.1 e 4, *supra*), e, por isso mesmo, estiver prestes a ser “executado provisoriamente”, poderá valer-se do parágrafo único do art. 558 para obter o efeito suspensivo faltante e, com isso, “suspender” a execução.

O referido dispositivo, prova segura da flexibilização da regra de atribuição do efeito suspensivo da apelação (v. n. 5, *infra*), faz as vezes de um verdadeiro antídoto para a tutela antecipada que beneficia o autor, a exemplo do que se dá com a interposição do agravo de instrumento contra a decisão antecipatória da tutela ao longo do processo, *antes* da sentença, e a possibilidade de esse recurso vir a ser processado com efeito suspensivo nos termos do *caput* do mesmo art. 558. A jurisprudência do STJ é firme no sentido aqui sustentado, como fazem prova os seguintes julgados: 4ª Turma, AgRg no Ag 1.339.205/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 18.11.2010, DJe 24.11.2010; 1ª Turma, REsp 1.106.425/PE, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j.un. 15.9.2009, DJe 25.9.2009; 2ª Turma, REsp 928.080/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 5.8.2008, DJe 22.8.2008; 2ª Turma, REsp 1.046.325/MG, rel. p./acórdão Min. Herman Benjamin, j.m.v. 10.6.2008, DJe 31.8.2009 e 2ª Turma, REsp 791.515/GO, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 7.8.2007, DJ 16.8.2007, p. 311.

Há alguma dúvida em doutrina sobre a *forma* e o *órgão competente* para a apreciação do pedido a que se refere o parágrafo único do art. 558, que, em última análise, visa à atribuição de efeito suspensivo à apelação interposta pelo réu (v. n. 7, *infra*, e Capítulo 4 da Parte II).

À falta de previsão expressa — a regra do *caput* é inaplicável porque trata de outro recurso, o agravo de instrumento, interposto e processado exclusivamente perante o *órgão ad quem* —, deve prevalecer o entendimento de que tanto o juízo de primeira como o de segunda instâncias têm competência para apreciar o pedido, tendo o réu o ônus de demonstrar a ocorrência dos pressupostos de que se ocupa o dispositivo, assunto para o qual se volta o n. 3 do Capítulo 4 da Parte II.

Tanto mais coerente o entendimento sustentado pelo parágrafo anterior porque o § 2º do art. 518 permite ao magistrado prolator da sentença reexaminar o juízo de admissibilidade da apelação, no qual estão

compreendidos também os *efeitos* de seu recebimento (v. Capítulo 4 da Parte I do vol. 5). E mais: o contraste da decisão relativa aos *efeitos* em que a apelação é recebida deve ser feito por agravo de instrumento como coerentemente ressalva, de maneira expressa, o *caput* do art. 522 (v. n. 5 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 5).

Também o emprego de uma “medida cautelar” pelo réu, calcada na competência derivada do parágrafo único do art. 800, para essa *mesma* finalidade, qual seja, a de inviabilizar a “execução provisória” da sentença, não pode ser descartado.

A afirmação do parágrafo anterior merece ser enfatizada. Tutela antecipada *na* sentença equivale à possibilidade de o autor beneficiar-se de seus efeitos de modo imediato, independentemente da interposição do recurso. Essa forma de entender e analisar o instituto do art. 273 corresponde, consoante o caso, a uma verdadeira *retirada* do efeito suspensivo da apelação (v. n. 5, *infra*).

O reverso da moeda, forte no princípio da ampla defesa, como forma de proteger direito do réu que se apresente, a despeito da antecipação da tutela, mais evidente, é o pedido de atribuição de efeito suspensivo da apelação de que trata o parágrafo único do art. 558, o reexame do juízo de admissibilidade da apelação mercê do § 2º do art. 518, ou, ainda, o emprego de “medida cautelar” para o mesmo objetivo.

Sobre a observação do parágrafo anterior, cabe destacar que, quando se tratar das hipóteses aventadas pelos ns. 3.3 e 3.4, *supra*, em que, a despeito da rejeição do pedido do autor, preservar-se a decisão antecipatória da tutela mercê do efeito suspensivo da apelação, o pedido formulado pelo réu, por ocasião da apresentação de suas contrarrazões (art. 518, § 2º), tem tudo para desempenhar o mesmo papel de uma decisão antecipatória da tutela em seu favor, máxime quando conseguir demonstrar algum dos pressupostos do art. 273. Tutela antecipada no sentido de ele, réu, poder beneficiar-se, desde logo, dos efeitos da *improcedência* do pedido, total ou parcialmente. Indeferido o pedido do réu, o reexame da decisão pelo Tribunal *ad quem* é garantido expressamente pelo *caput* do art. 522, que, por sua vez, graças às considerações do n. 7, *infra*, tem tudo para garantir a ele, independentemente da fase recursal iniciada pelo autor, proteção jurisdicional efetiva a direito seu.

## 5. TUTELA ANTECIPADA APÓS A SENTENÇA

Questão que deriva das preocupações que abrem o n. 3, *supra*, e que também não foram resolvidas pelo inciso VII do art. 520, é a de se saber se o art. 273 pode servir como mecanismo apto para *retirar* o efeito suspensivo de uma apelação já recebida pelo magistrado *a quo* com essa nota e, pois, obstativa da execução a ser promovida pela parte contrária.

É importante discernir duas situações diversas: uma é o magistrado, “na sentença” (ou por ocasião dela), reconhecer eficácia ao quanto ele decidiu; outra é o magistrado, ao proferir a sentença, nada decidir sobre a antecipação de tutela — quiçá porque não havia pedido nesse sentido —, receber o recurso de apelação dela interposto observando a regra geral do art. 520, *caput*, e, depois, ser provocado pelo apelado para que ele, magistrado, “antecipe a tutela”, isto é, reconheça eficácia imediata à sua sentença, que, de outro modo, continuaria a não produzir efeitos.

A hipótese é albergada pelo sistema processual civil: o magistrado prolator da sentença tem competência para apreciar um tal pedido e, diante dos pressupostos do art. 273, ele deve “retirar” o efeito suspensivo da apelação, *modificando*, em função das características do caso concreto, a regra abstrata prevista pelo legislador no *caput* do art. 520 (v. n. 4.2.10 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 5). A circunstância de o Tribunal ter competência para apreciar “medidas cautelares” depois da interposição do recurso (art. 800, parágrafo único) não afasta tal conclusão pelas razões expostas pelos ns. 4.4, *supra*, e 7, *infra*.

O § 2º do art. 518 prevê que, apresentadas as contrarrazões, pode o magistrado reapreciar o juízo de admissibilidade da apelação e deve fazê-lo em cinco dias. Não há razão para deixar de reconhecer que fazem parte do “juízo de admissibilidade da apelação” os efeitos com que ela foi recebida (v. n. 5 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 5). E mais: efeito suspensivo é sinônimo de ineficácia de qualquer decisão jurisdicional; no caso da sentença, é fator impeditivo de que seus efeitos regulares sejam sentidos ou, como querem o § 1º do art. 475-I e o art. 521, de sua “execução provisória”. É um problema de ineficácia inerente ao nascimento do próprio ato jurisdicional. Assim, no prazo das contrarrazões há inegável oportunidade para que o prolator da sentença, reexaminando o juízo de admissibilidade da apelação, “retire” o efeito suspensivo.

Não se trata de violar o art. 520 e a regra do efeito suspensivo lá prevista. Aquele dispositivo, como todos os outros, deve ser lido e interpretado harmonicamente com todo o sistema processual civil. O art. 273, ao acentuar que, presentes dados pressupostos, o ato jurisdicional deve ser eficaz, flexibiliza aquela regra. Se o que impede a produção dos efeitos de uma sentença é o efeito suspensivo da apelação, ele deve ser posto de lado, quando presentes os pressupostos que autorizam o magistrado a emprestar executividade ao ato que reconhece, suficientemente, o direito de uma das partes e, por isso mesmo, reputa-a carente de tutela jurisdicional.

O entendimento, usualmente identificado na doutrina, de que o art. 520 seria taxativo, de que a ausência de efeito suspensivo da apelação depende de prévia autorização legislativa, também não pode ser aceito. O sistema processual civil oferece a solução diversa. A tutela antecipada é, decididamente, mecanismo para retirar o efeito suspensivo da apelação *fora daqueles casos* em que o próprio legislador, genérica e abstratamente, já assumiu, expressamente, o risco processual dessa iniciativa. No caso do art. 273, essa é a única diferença, o legislador quis compartilhar o risco com o magistrado, que deverá, *caso a caso*, verificar quando o autor, que tem seu direito devidamente reconhecido na sentença, poderá satisfazer-se desde logo independentemente da fase recursal.

É essa a razão pela qual o fenômeno aqui descrito deve ser identificado com a retirada *ope iudicis* do efeito suspensivo da apelação, na linha do que propõe o n. 1.2 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 3. É o *juiz* quem, em última análise, decide quais casos reclamam “execução provisória” da sentença e quais casos em que isso não é possível ou, quando menos, não é desejável. A regra que decorre do art. 520, *caput*, com sua literalidade e rigidez, e a vedação de sua interpretação extensiva devem ceder espaço ao sistema processual civil, mormente quando analisado, como deve ser, a partir do “modelo constitucional”. O efeito suspensivo *ope legis*, que decorre exclusivamente da “vontade da lei”, cede espaço, hoje, ao efeito suspensivo *ope iudicis*, a ser retirado ou atribuído (caso do parágrafo único do art. 558) pelo magistrado, consoante as *necessidades* do caso concreto.

Em tais casos, porque a concessão (ou o indeferimento) do pedido de antecipação da tutela jurisdicional dá-se *fora* da sentença, o recurso interponível para seu contraste perante o órgão *ad quem* é o agravo de

instrumento. Nesse sentido, aliás, chama a atenção a clareza do *caput* do art. 522, que prevê a hipótese expressamente ao se referir ao agravo de instrumento das decisões interlocutórias relativas aos “efeitos em que a apelação é recebida” e que, por isso, acaba por confirmar o acerto do entendimento que reconhece ao magistrado *a quo* competência para, a despeito do proferimento da sentença, ainda deliberar sobre o assunto (v. n. 4.4, *supra*).

## 6. UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO PARA O ART. 520, VII

Os desdobramentos de que se ocupam os ns. 3 a 5, *supra*, têm o condão de demonstrar que a redação do art. 520, VII, é, claramente, *insuficiente*.

A bem da verdade, verifica-se, a todos os olhos, que a técnica legislativa empregada neste dispositivo — do casuísmo — não atende bem às finalidades das reformas do Código de Processo Civil (v. n. 2.7 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1) porque acaba por capturar, apenas e tão somente, uma e só uma hipótese relativa à incidência do disposto no art. 273. A regra trata, apenas e tão somente, da situação em que, antecipada a tutela, a sentença a confirma. Não trata, contudo, de outras tantas situações que podem ocorrer no dia a dia forense e que ocorrem com bastante frequência.

O inciso VII do art. 520, com efeito, não se ocupa dos seguintes casos:

(a) autor que tem antecipada, em seu favor, a tutela jurisdicional mas a sentença é de improcedência (rejeição) do pedido;

(b) autor que, beneficiado com a antecipação da tutela, tem o pedido julgado procedente (acolhido) em parte;

(c) autor que, beneficiado em parte com a antecipação da tutela, tem o pedido julgado totalmente procedente;

(d) autor que, beneficiado em parte com a antecipação da tutela, tem o pedido julgado totalmente improcedente;

(e) autor que, beneficiado em parte com a antecipação da tutela, tem o pedido julgado procedente em parte diversa;

(f) autor que, a despeito de não obter tutela antecipada, tem o pedido julgado procedente;

(g) autor que, a despeito de não obter tutela antecipada, tem o pedido julgado procedente em parte;

(h) autor que, a despeito de não obter tutela antecipada, tem o pedido julgado improcedente.

Não há razão para supor que estas hipóteses esgotam todas as combinações possíveis que o tema sugere, mas elas são suficientes para *ilustrar* que o art. 520, VII, pretendendo regular as relações do efeito suspensivo da apelação em casos em que há tutela antecipada, foi inequivocamente insuficiente.

Melhor teria sido que o legislador tivesse usado — como, de resto, utilizou em tantos outros dispositivos legais — fórmulas mais abertas, verdadeiras *cláusulas gerais*, confiando que a doutrina e a jurisprudência dessem conta de todas as hipóteses encartáveis no comando da lei, *construindo* a regra aplicável, admitindo, expressamente, que o magistrado pudesse, analisando cada caso apresentado com suas peculiaridades e dificuldades, *criar* o direito (v. n. 2.6 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1).

Como não foi esta a fórmula adotada pelo dispositivo, contudo, é mister interpretar o inciso VII do art. 520 como se nele estivesse escrito que o recurso de apelação não tem efeito suspensivo em todos os casos em que se puder cogitar da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, concedendo-a ou confirmando-a, independentemente de a sentença já ter sido proferida.

## **7. DEVER-PODER GERAL DE ANTECIPAÇÃO NA FASE RECURSAL**

A expressão “tutela antecipada no âmbito recursal” deve ser compreendida amplamente para abarcar todas as situações em que o pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional deve ser formulado perante o Tribunal *ad quem*, supondo, conseqüentemente, algum descontentamento com as decisões proferidas pelo juízo *a quo*. Pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, nunca é demais frisar, no sentido de emprestar a uma decisão jurisdicional os efeitos que, de outro modo, não poderiam ser sentidos de imediato ou, quando menos, antes da manifestação do órgão recursal. Trata-se, portanto, do exercício do “dever-poder geral de antecipação” perante o Tribunal recursal competente.

É o que se dá, por exemplo, quando o magistrado de primeira instância nega o pedido de antecipação da tutela formulado pelo autor que apresenta o recurso de agravo de instrumento. Quando a situação é de urgência, é possível que esse agravo de instrumento *antecipe* os efeitos de seu *provimento*, é dizer, antecipe a tutela pretendida pelo próprio recurso (do *mérito* do recurso; v. n. 3 do Capítulo 3 da Parte I do vol. 5), que, por definição, coincide com o pedido negado em primeira instância. O que, depois de alguma hesitação na doutrina e jurisprudência, convencionou-se chamar de “efeito suspensivo ativo” (ou, de forma mais completa, “efeito suspensivo dos efeitos negativos do desprovimento da decisão recorrida”) foi bem equacionado pela Lei n. 10.352/2001, que deu nova redação ao inciso III do art. 527, referindo-se à possibilidade de o relator, recebendo o agravo, “deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal”. Para o exame do dispositivo, v. o n. 3.4.3 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5.

Outra situação, já analisada, é a de o autor pedir a tutela antecipada por ocasião do proferimento da sentença e, *nela*, seu requerimento ser indeferido. Nesses casos, pelos mecanismos apontados pelo n. 4.3, *supra*, o autor reportar-se-á ao Tribunal para pedir a providência que lhe foi negada.

Também quando o autor, que desfrutava da tutela antecipada, receber sentença de improcedência, total ou parcial, de seu pedido. Na parte contrária à tutela antecipada anterior, para aqueles que entendem que a sua apelação *não tem* efeito suspensivo, por uma interpretação ampla do art. 520, VII, ele, autor, deverá dirigir-se ao Tribunal para pedir a revigoração ou manutenção da tutela antecipada, na forma discutida pelo n. 4.4, *supra*.

Importa apresentar, a respeito, um desdobramento do que é tratado pelo n. 5, *supra*, a respeito da retirada *ope judicis* do efeito suspensivo da apelação, que, em última análise, vale a ênfase, nada mais é do que uma forma de obtenção de “tutela antecipada da sentença”, forma de reconhecer a ela a produção imediata de seus efeitos que, de outro modo, ainda não poderiam ser sentidos.

Há aqueles que sustentam não ser o juízo prolator da sentença o competente para decidir a respeito da “tutela antecipada” depois da interposição da apelação. Por causa do parágrafo único do art. 800, essa

corrente de pensamento afirma ser competente para apreciação do pedido o Tribunal competente para apreciar o recurso.

Desde logo, convém destacar que o fato de o parágrafo único do art. 800 referir-se somente a “medida cautelar” não afasta sua aplicação *também* para a tutela antecipada, mormente depois do advento do § 7º do art. 273 (v. n. 3 do Capítulo 8).

O argumento levantado acima é correto, não obstante as Súmulas 634 e 635 do STF não se contentarem com a mera *interposição* do recurso para a definição de sua competência para os fins do referido dispositivo, mas com sua *admissão*, pelo menos no que diz respeito ao processamento do recurso extraordinário e, por identidade de motivos, com relação ao recurso especial (v. n. 8.2 do Capítulo 11 da Parte I do vol. 5).

Ocorre, contudo, que a competência do Tribunal para apreciar eventual pedido de tutela antecipada quando já inaugurada a fase recursal (é esse o sentido do parágrafo único do art. 800) não exclui, pelas razões expostas pelos ns. 4.4 e 5, *supra*, e que são também enfrentadas pelo n. 2 do Capítulo 4 da Parte II, a competência do juízo *a quo* para reapreciar o juízo de admissibilidade da apelação, aí incluída a permanência ou a retirada do efeito suspensivo, nos termos do § 2º do art. 518. E a recíproca é verdadeira: como demonstra o n. 8.2 do Capítulo 11 da Parte I do vol. 5 há jurisprudência dos Tribunais Superiores (dentre eles, v. STF, 2ª Turma, AC-QO 1.810/DF, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 16.10.2007, DJ 31.10.2007, *Revista de Processo*, vol. 158, p. 295-299) flexibilizando o rigor das precitadas Súmulas 634 e 635 do STF em casos excepcionais quando há dano apto a comprometer a atuação daquelas Cortes na fase recursal.

Até porque, em última análise, qualquer que seja a sorte do pedido formulado ao juízo prolator da sentença, dessa sua decisão caberá agravo de instrumento, que será processado e julgado diretamente pelo órgão *ad quem*. Não há razão para duvidar que o “instrumento” terá, rigorosamente, a mesma *forma* que teria uma “medida cautelar” endereçada desde logo ao Tribunal. Analisada a questão deste ponto de vista, aliás, evidencia-se que forma e conteúdo da prestação jurisdicional não se confundem. Este, o *conteúdo*, é sempre indispensável; aquela, a *forma*, deve ser pensada só como meio de garantir a escoreita prestação jurisdicional, que se define não por ela própria, mas, bem diferentemente, pela sua aptidão de produzir os efeitos

pretendidos pelo plano material. É esta a razão pela qual os ns. 4.4 e 5, *supra*, sustentaram que o parágrafo único do art. 558 dirige-se indistintamente ao juízo *a quo* e ao juízo *ad quem*.

Não devem ser entendidas como casos de “tutela antecipada no âmbito recursal” outras técnicas previstas no Código de Processo Civil, como a do art. 557, que autoriza o relator a julgar monocraticamente recursos diante da existência de jurisprudência consolidada no âmbito dos Tribunais, e a do § 1º do art. 518, a chamada “súmula impeditiva de recursos”. Ambos os dispositivos têm como objetivo inegável antecipação *procedimental* que bem se amolda ao “princípio da economia e da eficiência processuais” (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), mas que não se confundem com o instituto aqui discutido de antecipação dos *efeitos* da tutela jurisdicional. Suficientes, por isso mesmo, as considerações que o n. 3.1 do Capítulo 5 e o n. 2.4 do Capítulo 3 da Parte I do vol. 5, respectivamente, fazem a respeito, no contexto lá exposto.

# CAPÍTULO 4

## Cumprimento da tutela antecipada

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Diferentemente do que poderia parecer de um exame menos detido, o estudo da “tutela antecipada” não se resume na constatação dos pressupostos que conduzem o magistrado a liberar os efeitos da tutela jurisdicional fora dos casos que abstratamente permite o legislador (v. n. 1 do Capítulo 1), isto é, no exame dos casos em que ela é “concedida”.

Importa analisar detidamente também o tema relativo às formas de *realização* da tutela antecipada, isto é, de seu *cumprimento*, de sua *execução* ou, como prefere o § 3º do art. 273, de sua *efetivação*, ou seja, de que maneira os efeitos práticos que o magistrado reconhece devidos consoante as peculiaridades do caso concreto devem surtir no plano exterior ao processo.

Também para o tema em pauta não é suficiente ao magistrado *reconhecer* o direito a uma das partes; é mister verificar como os efeitos práticos deste reconhecimento podem e devem ser exportados do plano processual ao plano material. É nisto que consiste, quando analisada a questão da perspectiva do “modelo constitucional do processo civil”, a “tutela jurisdicional *efetiva*”. É disto que se ocupa o presente Capítulo.

O § 3º do art. 273, originalmente introduzido pela Lei n. 8.952/1994 e alterado pela Lei n. 10.444/2002, cuida do assunto e busca dar indicações de como uma decisão antecipatória da tutela deve ser *cumprida*, ou seja, como ela faz para surtir seus efeitos no mundo material. Atualmente, o dispositivo tem a seguinte redação: “§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A”.

As alterações, comparando a redação original do § 3º do art. 273 com a atual, parecem, se analisadas fora do contexto adequado, meramente estilísticas, quicá meramente redacionais. Substituiu-se a anterior palavra

“execução” por “efetivação”; acrescentou-se a locução “conforme sua natureza” e, ao lado da remissão ao art. 588, que havia sofrido profunda modificação com a Lei n. 10.444/2002, acrescentou-se a remissão aos arts. 461 e 461-A, este criado e aquele modificado pelo mesmo diploma legislativo.

A palavra “efetivação” que hoje está no dispositivo, lê-se da Exposição de Motivos que deu origem à Lei n. 10.444/2002, justifica-se para designar fenômeno mais amplo do que o descrito pela palavra “execução” que ocupava o § 3º originário. Por “efetivação” deve ser entendida qualquer forma de *cumprimento* da tutela antecipada. Justifica-se a alteração porque, tradicionalmente, o termo “execução” é fenômeno atrelado exclusivamente à forma de realização concreta de um efeito de uma específica “tutela jurisdicional”, a “condenatória” (v. n. 8.5.3 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1).

O dispositivo pretendeu, assim, generalizar o campo de atuação concreta dos efeitos antecipáveis da tutela jurisdicional, sem a preocupação amplamente discutida em sede de doutrina sobre quais efeitos poderiam, ou não, ser passíveis de antecipação, a partir da classificação usualmente aceita pela maior parte da doutrina, tal qual apresentada pelo n. 8.5 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1. A expressa menção aos arts. 461 e 461-A, bem assim a inclusão da expressão “conforme sua natureza” também se relacionam com esta mesma preocupação. Todas as questões daí derivadas são objeto de exame pelo número seguinte.

Mais recentemente, a Lei n. 11.232/2005 revogou expressamente o art. 588, substituindo-o pelo art. 475-O, que, consolidando as conquistas trazidas pela Lei n. 10.444/2002 àquele dispositivo, trouxe, ainda, algumas regras novas para a “execução provisória”. Embora a Lei n. 11.232/2005 não tenha alterado a redação do art. 273, § 3º, não há como deixar de observar, corretamente, que a remissão lá feita ao art. 588 só pode ser, desde então, ao atual art. 475-O (STJ, 3ª Turma, REsp 952.646/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 4.11.2008, DJe 4.8.2009 e STJ, 3ª Turma, REsp 681.294/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j.un. 18.12.2008, DJe 18.2.2009).

## **2. EFEITOS ANTECIPÁVEIS**

Importa tecer, desde logo, uma consideração importante a respeito da remissão que o § 3º do art. 273 faz aos arts. 475-O, 461 e 461-A.

Ela não deve ser entendida de forma restritiva, isto é, no sentido de que somente efeitos “condenatórios”, “executivos *lato sensu*” e “mandamentais” — a referência é feita à classificação adotada pela doutrina tradicional (v. n. 8.5 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1) — sejam dignos de antecipação. Também a “tutela *declaratória*” e a “tutela *constitutiva*”, sempre empregando a classificação tradicional, podem ser antecipadas para que seus efeitos típicos sejam sentidos no plano exterior ao processo “antes do tempo”.

É esse o motivo pelo qual este *Curso* deixa de concordar, com as devidas vênias, com a lição de João Batista Lopes (*Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, p. 54-63), segundo a qual não se antecipa declaração porque a declaração jurisdicional tem como objetivo pôr fim, em definitivo, a dada controvérsia jurídica concreta (incerteza), e não há, por definição, fim de controvérsia (certeza) *provisória*. O mesmo deve ser dito para a constituição, que representa, em maior ou menor intensidade, a criação, a modificação ou a extinção de um *status* jurídico, típico da “tutela *constitutiva*”. Dir-se-á que não se pode criar, modificar ou extinguir nada provisoriamente.

É certo que, pela própria natureza do instituto em análise, não há como antecipar um grau de certeza que só a sentença vai alcançar e que somente vai conseguir em virtude do desenvolvimento da “ampla defesa”, do “contraditório” e, enfim, após o exercício do “devido processo legal”. Antecipam-se, no entanto, efeitos fáticos, práticos ou jurídicos de uma declaração ou de uma constituição (v. n. 2 do Capítulo 8). O próprio *caput* do art. 273 admite a antecipação *total* ou *parcial* dos “efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”. Ademais, admitindo-se, com os ns. 3.1 e 4 do Capítulo 3, que a própria *sentença* tem aptidão de antecipar os efeitos da tutela jurisdicional, não há como deixar de recusar acerto ao entendimento exposto. A questão é a de saber *quando* o *juiz* pode, modificando as escolhas feitas abstratamente pelo legislador, autorizar que sua decisão surta seus efeitos, total ou parcialmente, no plano exterior ao processo.

Tem o apoio deste *Curso*, por isso mesmo, o entendimento quanto à possibilidade de antecipar efeitos decorrentes da “tutela *declaratória*” ou da

“tutela *constitutiva*” para coibir, por exemplo, a produção de efeitos de deliberações tomadas em assembleia de sociedade convocada irregularmente ou para modificar o valor de um aluguel de contrato de aluguel antes mesmo da citação do réu (v. n. 2.4 do Capítulo 1). Essa última hipótese, aliás, é prevista expressamente no art. 68, II, da Lei n. 8.245/1991, que ganhou nova redação com a Lei n. 12.112/2009 a “Lei de locação de imóveis urbanos”, não tendo despertado, dessa perspectiva, nenhum questionamento digno de destaque, mesmo na sua redação anterior. Nem que, como expõe o n. 2 do Capítulo 8, esse adiantamento seja da *ordem* embutida em qualquer declaração (ou constituição) de que não se pode comportar de maneira contrária ao que decidido jurisdicionalmente.

Ademais, aceitando a proposta classificatória da tutela jurisdicional por seus efeitos nos moldes propostos pelo n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1, muito do assunto quando analisado da perspectiva aqui ventilada deixa de ter qualquer relevância teórica ou prática.

### **3. “CONFORME SUA NATUREZA” E “NO QUE COUBER”**

A maior dificuldade interpretativa do § 3º do art. 273 não reside no emprego da palavra “execução” ou, a partir da Lei n. 10.444/2002, “efetivação”, que, não obstante as razões destacadas pelo n. 1, *supra*, podem (e devem) ser tratadas como sinônimas ou de verificar quais “efeitos” da tutela jurisdicional podem ser antecipados. Até porque, com relação a este ponto, trata-se, em última análise, de se antecipar a própria tutela jurisdicional, independentemente de quais sejam ou possam ser seus efeitos, como aventado pelo n. 2, *supra*, e exposto pelos números seguintes.

Ela reside em saber *como* a decisão que antecipa a tutela jurisdicional deve ser *cumprida*, isto é, em que medida devem ser entendidas as remissões ao art. 475-O (que, substituindo o art. 588, passou a disciplinar a “execução provisória”), ao art. 461 (que cuida da tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer) e ao art. 461-A (que disciplina a tutela jurisdicional das obrigações de entrega de coisa).

Para tanto, importa dar destaque às expressões “conforme sua natureza” e “no que couber” a que se refere o § 3º do art. 273. Isto porque, “conforme a

natureza” da tutela antecipada, dever-se-á seguir determinado mecanismo para sua realização prática e concreta, que tenderá aos modelos preestabelecidos nos arts. 475-O, 461 e 461-A. *Tenderá* a seguir as providências estabelecidas naqueles dispositivos de lei porque é o próprio § 3º do art. 273 que faz a ressalva de que a obediência àqueles dispositivos far-se-á “no que couber”. São meros indicativos legislativos, portanto, que, em nome do “modelo constitucional do processo civil”, aceitarão mitigações à luz das necessidades e das peculiaridades de cada caso concreto para evitar que a prestação da tutela jurisdicional (mesmo quando antecipada) não se limite a uma declaração *formal* de direitos.

### **3.1. Tutela jurisdicional não executiva e executiva**

Há duas formas de entender o “conforme sua natureza” do § 3º do art. 273.

A primeira delas remonta à classificação *quinária* das “ações”, “sentenças” ou, como prefere este *Curso*, “tutelas jurisdicionais”, estudada pelo n. 8.5 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1. De acordo com o entendimento tradicional, as tutelas jurisdicionais podem ser “declaratórias”, “constitutivas”, “condenatórias”, “executivas *lato sensu*” e “mandamentais” ou, aceita a proposta do n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1, “não executivas” e “executivas”.

Sem necessidade de retomar as explicações que ocupam aquele momento da exposição, importa evidenciar o entendimento de que o “cumprimento” da tutela antecipada tende a observar o regime que as leis processuais civis e a principal delas, o Código de Processo Civil, reserva para a sua “classe específica”, isto é, uma “tutela condenatória” deve ser cumprida de acordo com o disposto no art. 475-J; uma “tutela executiva *lato sensu*” e uma “tutela mandamental” de acordo com a disciplina dos arts. 461 e 461-A, já que, em todas as situações, o título a ser “executado” (a ser *cumprido*) é *judicial* e não *extrajudicial* (v. n. 2.1 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 3).

A solução aventada pelo parágrafo anterior e que encontra respaldo no § 3º do art. 273, contudo, é bastante artificial depois das mais recentes “Reformas do CPC”. Já não é tão imediata (e tampouco correta) a

associação entre as referidas classes de tutela jurisdicional e sua disciplina de cumprimento tal qual proposta.

Assim sendo, máxime quando este *Curso* adota critério classificatório diverso, o melhor é entender que a expressão “conforme sua natureza” não guarda relação direta e necessária com realidades *processuais*, mas, diferentemente, com a natureza *substancial* (material) dos bens jurídicos que, direta ou indiretamente, justificam a atuação jurisdicional.

Em se tratando de obrigação de pagar *dinheiro*, o referencial normativo para o *cumprimento* da tutela jurisdicional (mesmo que antecipadamente) é o art. 475-J. Se se tratar de obrigação de fazer ou de não fazer, o referencial normativo para o mesmo fim é o do art. 461. Se, por fim, a obrigação for de entrega de coisa diversa de dinheiro, a disciplina referencial suficiente é a do art. 461-A. Em todas essas hipóteses, o não cumprimento espontâneo da obrigação pelo devedor justifica a atuação jurisdicional, é dizer, o desenvolvimento da “atividade jurisdicional executiva”. Bastante didático, a esse respeito, o *caput* do art. 475-I, que tem plena aplicação à espécie porque o § 3º do art. 273 ocupa-se das técnicas processuais disponíveis no sistema para o *cumprimento jurisdicional* de uma dada *obrigação* (amplamente considerada) não cumprida a contento pelo obrigado no plano *material*.

Com relação às “tutelas não executivas”, ou, como as chama a doutrina tradicional, a “tutela *declaratória*” e a “tutela *constitutiva*”, a sua própria “natureza” dispensa a prática de quaisquer atos jurisdicionais para a sua realização no plano externo ao processo, isto é, elas caracterizam-se por afastar a *necessidade* de qualquer atividade jurisdicional executiva, suficiente, para a satisfação do credor no plano material, o reconhecimento jurisdicional de que o seu direito (e não o do réu) foi ameaçado ou lesionado de alguma maneira.

Na medida em que a prática de algum ato jurisdicional justifique-se para tal fim — assim, por exemplo, quando, a despeito da modificação do aluguel, o locatário não cumpre a obrigação ou quando, a despeito do reconhecimento do pagamento indevido do tributo, a autoridade fazendária não aceita a compensação pretendida pelo contribuinte —, ele será praticado com base naqueles mesmos dispositivos cujas técnicas são o referencial necessário para a satisfação *jurisdicional* de um direito ameaçado ou

lesionado. Eventuais “combinações” de “técnicas executivas”, de resto, não se confundem com a tutela jurisdicional objetivada e concedida no plano do processo: as necessidades do plano material não podem sobrepor-se às vicissitudes do plano processual, embora o entrosamento entre estes dois planos seja uma constante no estudo do direito processual civil da atualidade (v. n. 2.1 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1).

### 3.2. Tutela antecipada de urgência

A segunda maneira de interpretar a expressão “conforme sua natureza” constante do § 3º do art. 273 é entender que o cumprimento da decisão antecipatória da tutela vincula-se às hipóteses em que a antecipação baseia-se, ou não, na presença concreta de *urgência*. Para tanto, importa distinguir os casos do inciso I do art. 273, em que a urgência é elemento necessário (v. n. 2.4 do Capítulo 1 da Parte I) dos casos do inciso II e do § 6º do art. 273, em que a razão de ser da tutela antecipada reside em fatores diversos, como demonstram o n. 2.5 do Capítulo 1 e o n. 2 do Capítulo 5, respectivamente.

Há radical distinção entre aquelas situações no que diz respeito à *necessidade premente* da prestação jurisdicional, sendo a maior prova a análise de seus pressupostos específicos estampados em cada um dos dispositivos mencionados. Assim, do mesmo modo que, para a *antecipação da tutela*, importa verificar se há ou não urgência, essa mesma distinção é indispensável para o seu *cumprimento*.

Dois exemplos podem ilustrar significativamente a conclusão do último parágrafo.

CAC demanda CAS, conceituado plano de saúde, pleiteando, diante da recusa do réu em cobrir o valor relativo a determinada intervenção cirúrgica, o pagamento de R\$ 100.000,00, quantia suficiente para os gastos com hospital e despesas médicas em geral. Forte no dano irreparável (art. 273, I) — atestados médicos dão conta do estado de saúde em que se encontra o autor —, o pedido de tutela antecipada formulado na petição inicial é concedido liminarmente, isto é, antes mesmo da citação do réu.

Trata-se, para fazer uso da nomenclatura tradicional, de um pedido de *condenação* do réu no pagamento de determinada soma em dinheiro. Assim, sua *execução* deverá observar o disposto no art. 475-J, isto é: o réu tem quinze dias para pagar sob pena de incidir na multa de 10% a que faz

referência o *caput* do dispositivo. Caso não pague, ao autor cabe indicar bens à penhora, quando o réu terá condições de impugnar os atos executivos até então desenvolvidos (arts. 475-J, § 1º, e 475-L). Mesmo que se sustente o descabimento da “impugnação” porque ela se volta apenas à *sentença* ou destacado que ela não tem, com regra, aptidão de suspender a prática dos atos executivos (art. 475-M, *caput*; v. n. 4 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 3), é certo que, com ou sem ela, contudo, a penhora dos bens para a satisfação do autor não se mostra suficiente. Para tanto, impõe-se a sua alienação, que deve realizar-se de acordo com uma das modalidades admitidas pelo art. 647: adjudicação, alienação por iniciativa particular, alienação em hasta pública e usufruto de móvel ou imóvel.

Mesmo que as técnicas executivas das obrigações de quantia tenham sido bastante simplificadas e agilizadas com as Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006, inclusive com a possibilidade de penhora eletrônica de dinheiro (art. 655-A; v. n. 5.1 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 3), é imediata a constatação de que, entre a *concessão* da tutela antecipada e a *satisfação* do autor há necessário transcurso de um espaço de tempo considerável. Se o réu acatar a determinação do juiz em pagar nos quinze dias do *caput* do art. 475-J, menos mal. Mas se o réu não pagar, mesmo ciente de que sua omissão acarreta um acréscimo de 10% sobre o valor devido e sua sujeição à prática dos atos executivos disciplinados pelo Livro II do Código de Processo Civil, inexistente previsão de tempo para a satisfação do autor. Ainda que, vale a pena a ênfase, o autor *adjudique* o bem penhorado nos moldes do art. 685-A, não há como desconsiderar que a prática daquele ato pode demandar mais tempo que a consumação do prejuízo que se quer evitar com a atuação jurisdicional, que, ao se mostrar tão *necessária* na espécie, justificou a antecipação dos efeitos da tutela em seu benefício.

A última constatação é fundamental para compreensão do alcance do § 3º do art. 273: porque se trata de antecipação da tutela jurisdicional fundada em *urgência*, pode não haver *tempo* hábil para que as técnicas executivas acima descritas sejam empregadas tais quais previstas pelo legislador. Pode ocorrer, para polemizar, que a internação do autor e a cirurgia precisem ser realizadas antes mesmo do prazo de quinze dias a que se refere o *caput* do art. 475-J.

Assim, o mesmo *periculum in mora* que conduziu o magistrado à *concessão* da tutela antecipada com base no art. 273, I, deve legitimá-lo, em idêntica proporção, à *flexibilização* do seu *cumprimento*, isto é, de sua *efetivação*. Conceder a tutela antecipada, forte nesse pressuposto, e dar ao autor um “modelo de execução” nos moldes previstos pela lei processual civil, mesmo após as mais recentes Reformas, têm tudo para significar, para ser o mais direto possível, “dar com uma mão e tirar com a outra”. É inócuo *conceder* tutela antecipada sem que, paralelamente, haja condições para a *satisfação concreta* dessa mesma tutela. Tutela jurisdicional, antecipada ou ulterior, é mais do que *reconhecer* direitos; é também — e em idêntica proporção — realizá-los, satisfazendo-os (v. n. 3, *supra*).

Se a antecipação da tutela justifica-se pela *urgência* — e, neste primeiro exemplo, é esta a hipótese destacada —, não só o reconhecimento de quem faz jus à tutela jurisdicional tem de ser “antecipado”, mas também sua *realização* prática. A *satisfação* do autor (ter dinheiro suficiente para realizar a operação que lhe foi negada pelo réu) é ideia correlata à da *concessão* da tutela antecipada. A decisão onde se leem as razões pelas quais a tutela jurisdicional antecipada é *insuficiente* para aqueles fins. Tanto quanto ela, o autor necessita de seus *resultados práticos e concretos*. Afinal, é de tutela jurisdicional que trata o instituto em estudo, não de mera “declaração *formal* de direitos”.

É por isso, forte na presença da urgência do caso concreto, que não há como recusar uma verdadeira *adequação* do modelo executivo para atender *suficientemente* às *necessidades* daquela situação que, vale enfatizar a ideia, foi reconhecida como existente pelo próprio magistrado. É ele, o juiz, quem afirma, para todos os fins, que o direito existe e que deve ser tutelado *antecipadamente*. Como não basta só a *declaração* do direito nestes casos, impõe-se, para o próprio magistrado, o dever de *criar* mecanismos executivos aptos para torná-la realidade no plano exterior ao processo, no plano *material*. É isto que o § 3º do art. 273 autoriza ao fazer uso da expressão “conforme sua natureza”, em absoluta harmonia com o “modelo constitucional do processo civil”.

Mas não é só: o § 3º do art. 273 vale-se também da expressão “no que couber”. Para este *Curso*, a expressão deve ser entendida como significativa da legitimidade de flexibilizar as técnicas executivas previstas abstratamente

pelo legislador. O fator *urgência*, que se faz irremediavelmente presente nos casos do inciso I do dispositivo, também deve ser considerado pelo magistrado para valer-se do “modelo executivo” como mera referência que aceita, pelas *peculiaridades* de cada caso concreto, alterações.

Aquela expressão, com efeito, legitima o magistrado a, consoante as necessidades de cada hipótese, construir o “modelo executivo” que lhe pareça ser o mais apropriado, o mais célere, o mais ágil para atingir o desiderato que justifica a antecipação da tutela jurisdicional. Trata-se de o magistrado ter bem presente que seu *poder é instrumental* a uma finalidade pública, qual seja, a realização concreta da tutela jurisdicional, não só o seu mero reconhecimento; um verdadeiro *dever-poder*, portanto, como expõe o n. 1 do Capítulo 1.

Assim, em vez de “pagar em 15 dias, sob pena de multa e penhora de bens suficientes”, o “no que couber”, em situação de emergência como a do exemplo figurado, legitima o magistrado a, verdadeiramente, *abreviar o iter* executivo visando a mais ampla satisfação do autor no menor *tempo* possível. Determinará que o valor devido seja pago em menor tempo que aquele indicado pelo legislador para a normalidade dos casos; elevará a multa prevista pelo *caput* do art. 475-J pretendendo, com isso, obter o pagamento da quantia devida; deferirá o levantamento do dinheiro depositado pelo arrematante sem necessidade de caução, mesmo ao arrepio da *letra* do § 2º do art. 475-O (v. n. 4, *infra*) e assim por diante.

É importante ir além: analisado o § 3º do art. 273 à luz do “modelo constitucional do processo civil”, é irrecusável a conclusão de que as expressões nele utilizadas permitem ao magistrado deixar de aplicar as técnicas do art. 475-J, concebidas originalmente para a “obrigação de *pagar*”, tratando a situação concreta no que ela tem de “obrigação de *fazer*”, fazendo uso, conseqüentemente, do arsenal de medidas executivas do art. 461. Para tanto, o magistrado não concederá tutela antecipada para que o réu, o mesmo CAS, do exemplo dado anteriormente, *pague* o valor equivalente à internação e à cirurgia, mas para que, diferentemente, determine sua internação e que ele seja operado sob pena de multa diária, observando o que, a respeito, expõe o n. 5, *infra*.

Não se trata de julgar ou decidir *extra petita*. O magistrado decidiu o que lhe foi pedido, o que é suficiente para afastar sua decisão daquele vício. O

que ele fez de “diferente” foi implementar um *outro* sistema de *concretização* de direitos, porque verificou que o tradicional (no exemplo, o “pedido condenatório”) não tinha aptidão para dar ao autor aquilo que ele pretende do Estado-juiz, mesmo que tenha conseguido, satisfatoriamente, comprovar sua existência com sua petição inicial.

Além da *adaptação* do modelo executivo, aproveitando-se dele “no que couber” — o que, no campo da “tutela cautelar”, é bem entendido como uma de suas características, a “fungibilidade” (v. n. 5.7 do Capítulo 1 da Parte II) —, o magistrado tem aptidão de *criar um novo modelo* de efetivação moldado às necessidades do caso concreto “conforme sua natureza”. A situação de *urgência* que reclama a antecipação da tutela impõe, em idêntica proporção, o estabelecimento de um sistema de *concretização* mais eficaz, mais célere, mais ágil; um sistema que se mostra mais apto para dar algum grau de satisfação (de resposta) à pretensão do autor na exata medida de suas reais *necessidades*. Ainda mais, vale a insistência, quando adotada a proposta classificatória da tutela jurisdicional pelos seus *efeitos* na forma do n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1, em que não há distinção *substancial* entre as *técnicas* voltadas à realização dos direitos materiais reconhecidos no plano processual e, portanto, em que tanto o “pedido *mediato*” como o “pedido *imediato*” são observados integralmente (v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1).

Uma outra forma de enfrentar o problema, ainda no que diz respeito aos casos em que a antecipação da tutela jurisdicional repousa na constatação de uma situação de *urgência*, e que elimina eventuais críticas que podem ser feitas às considerações do último parágrafo, é a de o próprio pedido, tal qual formulado na petição inicial, ser calcado no art. 461, descrevendo, para o magistrado, não uma “obrigação de *pagar*”, mas uma “obrigação de *fazer*”. Assim, o pedido de tutela antecipada, admitida expressamente pelo § 3º do art. 461 (v. n. 2 do Capítulo 6), é para que o réu expeça a guia de internação apropriada no hospital e que a operação e o tratamento reclamados pelo autor sejam feitos a expensas do plano de saúde pelo hospital conveniado.

O que importa destacar em cada uma dessas situações, contudo, é que o modelo de *efetivação* da tutela antecipada tende a ser moldado e criado pelo próprio magistrado, a partir do “modelo constitucional do processo civil”, à

luz das necessidades de cada caso concreto. Os princípios derivados dos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal autorizam uma verdadeira flexibilização da *letra* da lei, muito bem capturadas pela redação *aberta* do § 3º do art. 273. Se a *efetivação* da tutela antecipada deve ser feita “conforme sua natureza” e “no que couber”, nos casos de urgência é mais do que legítima a determinação de práticas de atos igualmente urgentes em prol da *satisfação* do direito já reconhecido suficientemente pelo magistrado.

Nesse contexto, as expressões empregadas pelo § 3º do art. 273 relacionam-se com as técnicas apriorísticas de cumprimento jurisdicional das obrigações de direito material que, por força do “modelo constitucional do processo civil”, podem (e devem) ser combinadas para a melhor efetivação da tutela jurisdicional consoante as *necessidades* de cada caso concreto. Trata-se de interpretação que quer atender às exigências do referido “modelo”, à luz das ressalvas feitas pelo próprio dispositivo legal, negando que, no plano *processual*, não se concebiam mecanismos aptos para proteger adequadamente uma situação de direito suficientemente reconhecida como existente no plano material.

O exemplo dado acima merece uma ressalva final: não se trata de conceder a tutela antecipada e os meios *eficazes* de sua realização prática e concreta porque o magistrado tem piedade do autor e que, por definição, hospitais e planos de saúde têm dinheiro para suportar eventuais despesas como essas. Absolutamente não. Mesmo nos casos de *urgência*, a concessão da tutela antecipada e, conseqüentemente, o seu cumprimento dependem da ocorrência de diversos pressupostos ao mesmo tempo. Ao lado do *periculum in mora*, tem de haver sempre a prova inequívoca que permita ao magistrado se convencer da verossimilhança da alegação. Assim, tudo indica, posto ser uma análise *sumária*, que o autor é realmente titular do direito que afirma ter. E é por isso, numa situação de emergência, que se concede a tutela antecipada e se criam condições adequadas de seu cumprimento. Pode acontecer de o magistrado *errar* na sua avaliação, coberto de total boa-fé, e, no exemplo dado, a situação é de clara irreversibilidade (art. 273, § 2º). Tal “erro” de avaliação do magistrado foi *considerado expressamente* pelo legislador ao disciplinar as cláusulas que

os incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal contêm. Ele é, para o sistema, legítimo.

### 3.3. Tutela antecipada sem urgência

É chegado o momento de apresentar o segundo exemplo anunciado anteriormente para demonstrar que, se o caso não é de “urgência”, o cumprimento da decisão antecipatória da tutela circunscreve-se ao modelo de cumprimento tal qual previsto na lei, sem *necessidade* das *deformações* acentuadas pelo número anterior.

ACM demanda RCM pleiteando a reparação de danos, pedindo que o réu pague R\$ 150.000,00. Não há, na petição inicial, nenhum pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, até porque os danos que ACM pretende sejam recompostos pertencem ao passado. A *lesão* a direito está *consumada*. O réu, RCM, citado, apresenta uma contestação pífia. Em réplica, o autor rotula a contestação de abusiva, ao mesmo tempo que afirma que o pedido (mais tecnicamente, a causa de pedir; v. n. 2 do Capítulo 5) restou incontroverso. Conclui sua manifestação requerendo seja antecipada a tutela com fundamento no art. 273, II e § 6º.

O magistrado, convencendo-se da existência dos pressupostos respectivos, concede a tutela antecipada. E, a esse propósito, vale destacar que é indiferente o fundamento da antecipação da tutela no inciso II *ou* no § 6º do art. 273 para os fins perseguidos pelo exemplo, porque o que interessa é que, nas situações descritas em ambos os dispositivos, o legislador não exigiu a demonstração de uma urgência *específica*.

O cumprimento dessa decisão, à falta de situação concreta de perigo, será feito com total observância do disposto no art. 475-J, isto é, abrindo-se, mediante intimação de seu advogado, o prazo de quinze dias para que RCM pague o valor devido sob pena de acréscimo de multa de 10%. Findo o prazo sem pagamento, o juiz, a requerimento de ACM, penhorará bens do réu, avaliando-os e alienando-os com vistas à sua satisfação.

A outra expressão empregada pelo § 3º do art. 273 — “no que couber” — aplica-se para acentuar que a defesa a ser apresentada pelo réu, no que diz respeito aos atos executivos, não é a *impugnação* disciplinada pelos arts. 475-L e 475-M, mas meras petições dirigidas ao magistrado que questionem, caso a caso, os atos tais quais praticados. Isso sem prejuízo de a própria

decisão antecipatória da tutela ser objeto do reexame imediato perante o Tribunal competente pelo recurso de agravo de instrumento. E mais: a expressão “no que couber” aplica-se também para admitir, consoante as necessidades do caso concreto, que a execução provisória que já é por força de lei *completa* (art. 475-O, III) possa sê-lo *independentemente de caução* (art. 475-O, § 2º).

Muito diferentemente do que se dá com relação ao primeiro exemplo — em função, naquele, da presença do elemento “urgência” na concessão da tutela antecipada —, a situação é de observar o modelo executivo padrão, com as ressalvas feitas no parágrafo anterior. No caso, à falta de urgência, não é dado ao juiz valer-se da *atipicidade* dos arts. 461 e 461-A. O “modelo constitucional do processo civil” e as opções feitas pelo legislador para a espécie não lhe autorizam ou *legitimam* esse procedimento. O “modelo constitucional”, em casos como estes, está suficiente e adequadamente filtrado pelo legislador ao autorizar a antecipação da tutela, isto é, o início da execução antes do proferimento da sentença e do esgotamento de eventual seguimento recursal munido de efeito suspensivo.

Assim, nos casos da antecipação de tutela com base no art. 273, II e § 6º, os princípios da “efetividade do processo” e da “economia e eficiência processuais” parecem repousar, suficientemente, na mera antecipação dos efeitos da sentença, sem necessidade de alterar o modelo em que seu cumprimento propriamente dito se realiza. A tutela antecipada concedida com base nesses dispositivos é, a bem da verdade, forma de antecipar o início da execução, de colocar o autor, beneficiário da tutela antecipada, na porta de entrada da execução, e nada mais do que isso. Se o modelo executivo que se segue à antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, e isso vale precipuamente para os casos de pagamento de quantia certa contra devedor solvente, tem tudo para ainda ser frustrante não obstante os avanços da Lei n. 11.232/2005, é questão diversa, que reclama, pela inviabilidade de incidência de qualquer outro princípio constitucional, alteração legislativa e não a intervenção do magistrado.

Fosse o exemplo uma situação em que o autor pretendesse do réu um determinado fazer e a antecipação da tutela jurisdicional se justificasse com base no mesmo art. 273, II, ou no seu § 6º, a *efetivação* da tutela seguiria, não há por que duvidar, um modelo mais ágil, mais rápido e, do ponto de

vista do autor, muito mais apto para sua satisfação. Aplicar-se-ia ao caso o art. 461 e toda a sua força, não pela *urgência* que levaria o magistrado à concessão da tutela antecipada, mas, simplesmente, pela opção legislativa adotada naquele dispositivo. O mesmo deve ser dito se a hipótese fosse de obrigação de entrega de *coisa*, a reclamar a incidência do art. 461-A para o *cumprimento* da decisão antecipatória da tutela.

#### 4. OBSERVÂNCIA DO ART. 475-O

Para uma mais completa análise do § 3º do art. 273 importa, ainda, uma breve incursão no disposto no art. 475-O (que ocupa, desde a Lei n. 11.232/2005, o espaço do art. 588), no art. 461 e no art. 461-A. É o objetivo deste e do próximo número.

O art. 475-O trata do que é chamado de “execução *provisória*”: execução no sentido de os efeitos de uma sentença ou de uma decisão interlocutória poderem ser sentidos independentemente da interposição de recurso de apelação ou de agravo, respectivamente. Toda vez que um recurso não tem efeito suspensivo, os efeitos da decisão recorrida podem ser sentidos e concretizados de imediato. Ao revés, a existência de efeito suspensivo paralisa, suspende ou, em se tratando de sentença, *impede* que os efeitos da decisão recorrida sejam experimentados pelo seu beneficiário.

O art. 475-O, como demonstra o n. 1 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 3, toma como referência o cumprimento jurisdicional de obrigações de pagar quantia (“execução por quantia certa contra devedor solvente”). Toda vez que não houver *urgência* no cumprimento da decisão antecipatória da tutela, é suficiente que o autor obtenha o *adiantamento* dos atos de execução. Não é desnecessário sublinhar que esse *adiantamento* de atos executivos já representa um enorme avanço para sistemas que, como o brasileiro, não admitem, como regra, a execução provisória de uma sentença, ato jurisdicional fundado em “cognição *exauriente*”.

Como a decisão que antecipa a tutela é “revogável e modificável a qualquer tempo” (art. 273, § 4º; v. n. 5 do Capítulo 2), tudo se passa como “provisório”, isto é, sujeito a confirmação posterior, porque todos aqueles atos de execução podem ser invalidados oportunamente. Basta supor a hipótese, nada incomum, de a sentença vir a ser proferida em sentido contrário a anterior decisão antecipatória da tutela. A preocupação do art.

475-O é a de evitar a consumação de danos irreparáveis ou, quando menos, minimizar o impacto de eventuais danos que decorram do cumprimento da decisão antecipatória da tutela.

Mesmo quando o dispositivo tem sua aplicação mais típica e tradicional (execução provisória de uma sentença cuja apelação é recebida sem o efeito suspensivo ou, ainda, enquanto pendem de apreciação recursos extraordinários e especiais que são despidos daquele efeito), o art. 475-O volta-se, fundamentalmente, a essa mesma preocupação: como há recurso pendente e a ele pode ser dado provimento, é importante haver algum freio ou alguma ressalva nos atos de execução, evitando-se, assim, danos irreparáveis para o recorrente, que é quem sofre a execução. Por isso, aliás, o adjetivo que a lei dá à execução: *provisória*. Provisória no sentido de que ainda haverá uma decisão futura que, substituindo a anterior, convalidará ou invalidará os atos executivos praticados até o seu proferimento. Neste sentido, *provisório* será o *título executivo* que fundamenta a execução. Deste seu caráter é que decorre, como verdadeira consequência, a *provisoriedade* dos atos executivos.

O que deve ser destacado sobre o art. 475-O é que ele admite, expressamente, que a execução “provisória” seja *completa*, isto é, que tenha começo, meio e *fim*. Antes das “Reformas do CPC” havia uma vedação *legal* de que os bens penhorados não poderiam ser alienados, e, por força do padrão constante sub-rogatório da execução por quantia certa, isso equivalia à insatisfação do exequente. Desde a Lei n. 10.444/2002, a alienação de bens passou a ser possível, assim como o levantamento de eventual depósito em dinheiro (art. 475-O, III). O que a lei exige, a título de “contracautela”, contudo, é que o exequente (no caso, o autor que se beneficia da tutela antecipada) preste caução que, na *letra* do art. 475-O, § 2º, poderá ser dispensada “quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade” (inciso I) ou “nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando a dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação” (inciso II).

É certo que, diante dos pressupostos dos incisos I e/ou II do § 2º do art. 475-O, *deve* o juiz dispensar a caução autorizando que o autor satisfaça o seu direito independentemente dela. Mas pode acontecer de (i) não se tratar de crédito de natureza alimentar; (ii) não se tratar de crédito decorrente de ato ilícito; (iii) o crédito exceder 60 salários mínimos; (iv) o exequente (o beneficiário da tutela antecipada) não se encontrar em estado de necessidade, ou, ainda, (v) não se tratar de execução provisória na pendência do recurso de agravo do art. 544, mas de outro recurso.

A melhor interpretação para o dispositivo, trate-se da execução da tutela antecipada, trate-se da execução provisória de uma sentença (que é *exceção* à luz do *caput* do art. 520) ou de um acórdão sujeito a recursos extraordinário e especial (que é a *regra* à luz dos arts. 497 e 542, § 2º), é a de que a *letra* da lei não pode criar obstáculo à *necessidade* da satisfação do exequente, mesmo que sua situação concreta se encontre fora dos *tipos* descritos pela lei. Pensar diferentemente, exigindo, sempre e em qualquer caso, que concorram os pressupostos destacados, a prestação da *caução* — mormente os do inciso I —, seria agredir o “modelo constitucional do processo civil”. Basta, a bem da verdade, que o magistrado se convença de uma “situação de necessidade” para admitir uma “execução provisória *completa*”, independentemente da prestação de qualquer caução. Não é diferente, de resto, o que é correto sustentar para a própria *concessão* da tutela antecipada na melhor interpretação a ser dada ao § 2º do art. 273 (v. n. 2.6 do Capítulo 1).

O que importa revelar, destarte, em ampla consonância com o que é apresentado pelo n. 2.1 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 3, é que, pela própria razão de ser da “execução provisória”, o modelo desenhado pelo legislador serve para a “normalidade dos casos” como mero referencial. Sempre que a situação fática impuser — porque se trata, por exemplo, de uma real situação de necessidade, hipótese que, pela sua própria natureza, não comporta a tarifação abstrata de 60 salários mínimos —, o magistrado deverá, necessariamente, adequá-la às necessidades concretas. Mais ainda porque, para fins de tutela antecipada, lê-se, no § 3º do art. 273, que a cláusula aberta “no que couber” permite, a depender do caso, a flexibilização acentuada pelo n. 3, *supra*.

A se entender necessária a prestação da “caução” diante das peculiaridades do caso concreto (STJ, 3ª Turma, REsp 952.646/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 4.11.2008, DJe 4.8.2009), não obstante as considerações dos últimos parágrafos, importa destacar que sua apresentação *não exige* a observância do disposto nos arts. 826 a 838, isto é, uma “ação cautelar de caução”, a ser exercitada por um “processo cautelar”, sendo suficiente, para todos os fins, que esta questão seja objeto de discussão pelas partes (e por eventuais intervenientes) no *mesmo* processo (e nos mesmos *autos*) em que se dá o cumprimento da decisão antecipatória da tutela, isto é, sua *execução provisória*.

## 5. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 461 E 461-A

Partindo da mesma premissa do número anterior, vale a pena destacar, para os fins que interessam ao tema aqui discutido, o conteúdo dos arts. 461, §§ 4º e 5º, e 461-A, em função da remissão que a eles é feita pelo art. 273, § 3º.

Desde logo importa fazer uma ressalva. Não obstante a redação do referido § 3º ter sido dada pela Lei n. 10.444/2002, que acrescentou um novo § 6º ao art. 461 e o art. 461-A no Código de Processo Civil, o dispositivo refere-se, insuficientemente, aos §§ 4º e 5º do art. 461. Não há, contudo, como recusar a aplicação, a despeito do silêncio da lei, do § 6º daquele artigo aos casos que assim exigirem.

O que, para fins de “efetivação” da tutela antecipada, deve ser extraído das remissões que faz o art. 273, § 3º, é que o magistrado, em sendo o caso, poderá valer-se de todo o arsenal que lhe dão os §§ 4º a 6º do art. 461 para compelir o réu a *fazer* ou *não fazer* alguma coisa, e, do mesmo modo, valer-se-á de todo o arsenal do art. 461-A para que o réu entregue alguma coisa, móvel ou imóvel.

Por “todo o arsenal” deve ser entendido que os meios *atípicos* de efetivação constantes daqueles dispositivos estão à disposição do magistrado para que, diante de cada caso concreto que lhe seja apresentado, possa escolher a melhor *forma*, o melhor *modelo*, as melhores *condições* para satisfação concreta daquele que pediu e obteve a tutela antecipada. Essa “atipicidade” que decorre do sistema dos arts. 461 e 461-A deriva

diretamente do disposto nos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal.

O “arsenal” do art. 461 inclui a possibilidade de o magistrado aplicar multas para compelir o réu a fazer, não fazer ou dar a coisa devida. Essas multas têm como finalidade única (e daí a sua natureza jurídica) *intimidar* o réu a acatar a determinação judicial (a *ordem*), exercendo sobre ele alguma dose de pressão psicológica para que ele, o próprio réu, satisfaça o direito suficientemente reconhecido para o autor.

Essas multas — usualmente chamadas, a partir do direito francês, de *astreintes* — têm natureza cominatória, verdadeiramente coercitiva. Por isso mesmo elas podem ser *cumuladas* com quaisquer outras multas que tenham outras finalidades, por exemplo, eventual cláusula penal do contrato (que tem natureza indenizatória) ou a do art. 14, parágrafo único, que tem natureza *sancionatória*, e, com base na experiência do direito inglês e do norte-americano é usualmente chamada pela doutrina de *contempt of court*. A multa prevista pelo dispositivo, como sua própria leitura evidencia, tem campo fértil de aplicação no tema do cumprimento da tutela antecipada.

Como a multa que deriva do art. 461, a de natureza cominatória, tem como função exercer pressão psicológica sobre o réu, ela deve ser fixada e modelada pelo juiz atento às circunstâncias fáticas e com a atenção voltada *também* para a predisposição de o réu acatar, ou não, sua determinação. Ela deve ser modificada, no que diz respeito a seu valor, periodicidade, prazo de exigibilidade, tanto quanto as circunstâncias concretas recomendarem, na melhor interpretação do § 6º do art. 461, aplicável à espécie, não obstante o silêncio do § 3º do art. 273, pelas razões já expostas.

Embora haja acesa polêmica doutrinária e jurisprudencial, o entendimento defendido por este *Curso* no n. 4.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 3, é o de que a exigibilidade da multa do art. 461 é *imediata*, superado, apenas e tão somente, eventual lapso de tempo para que o réu, voluntariamente, acate e cumpra a determinação (a *ordem*) do magistrado. Assim, se o juiz determinou que o réu fizesse algo em dois dias, sob pena de multa, no primeiro minuto do terceiro dia a multa é exigível, e poderá ser cobrada pelo autor, seu beneficiário, de acordo com o disposto no art. 475-J. A única forma de impedir a exigibilidade *imediata* da multa é o réu suspendê-la pela

atribuição de efeito suspensivo ao recurso eventualmente interposto contra a decisão que a fixa. Caso contrário, não.

Também por força da natureza *coercitiva* da multa, ela pode ser exigida pelo autor mesmo quando a tutela antecipada, a final, não se confirmar (v. n. 4.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 3). Isto porque o que vale para fins de *efetivação* da tutela antecipada é o momento que ela tem de ser cumprida. O que acontece depois, ao longo do processo, já não é mais um problema relativo à tutela antecipada ou às condições de sua efetivação. Se o réu poderá recobrar a multa, compensá-la com o autor pelos danos com o cumprimento da decisão antecipatória da tutela, isso tudo é questão que se põe no plano da *responsabilização objetiva* (v. n. 7, *infra*) daquele que se beneficia da tutela antecipada, mas que não desnatura a natureza jurídica do ato em discussão. Pensar o contrário, de resto, é criar subterfúgios para que ninguém mais acate qualquer determinação judicial simplesmente porque tem a expectativa, legítima é certa, de vir a ter proferida decisão futura em seu favor.

O § 5º do art. 461, bem assim o art. 461-A, admite que o magistrado, mesmo sem se valer da multa, faça o que estiver a seu alcance para dar ao beneficiário da tutela jurisdicional o que é reconhecido como seu na decisão antecipatória. O dispositivo, como relata o n. 3.6 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 3, agasalha o “princípio da atipicidade dos atos executivos” e deve ser aplaudido porque em ampla consonância com o “modelo constitucional do direito processual civil”.

Por fim, o que deve estar bem presente para o magistrado e também para aquele que se beneficia da tutela antecipada é que o art. 461 e, por identidade de razões, o art. 461-A colocam em primeiro plano a chamada “tutela específica”, isto é, ao autor deverá ser dado exatamente aquilo a que, no plano do direito material, tem direito (v. n. 8.1.2.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). Quando menos, o autor pode ter de se contentar com o “resultado prático equivalente” ou, ainda, nos casos em que a “tutela específica” ou o “resultado prático equivalente” não sejam possíveis ou que assim prefira o autor, com as perdas e danos (art. 461, *caput* e § 1º). Essa inegável *gradação* da satisfação do direito do beneficiário da tutela jurisdicional, mesmo que antecipada, é uma diretriz a ser observada em cada caso concreto, dando azo à *criatividade* judicial, observados os limites do

sistema processual civil desde a Constituição Federal, e as considerações que, a esse respeito, faz o n. 2.6 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1.

## **6. O CUMPRIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA**

As conclusões expostas pelos números anteriores têm plena aplicação para os casos de tutela antecipada *na* sentença (v. n. 4 do Capítulo 3). A hipótese não apresenta nenhuma peculiaridade.

Se o fundamento de sua concessão for *urgência* (art. 273, I), fica o magistrado autorizado a implementar um modelo executivo que se mostre o mais adequado possível para satisfazer adequadamente o direito tal qual reconhecido.

Diferentemente, em se tratando de tutela antecipada com base no art. 273, II, ou art. 273, § 6º, não há razão para desviar-se do sistema de cumprimento derivado do art. 475-I, aplicando-se o disposto nos arts. 461, 461-A e 475-J consoante a natureza da própria obrigação no plano material.

Para os casos de tutela antecipada *sem* urgência, vale reiterar que a admissão da execução provisória da sentença fora dos casos expressamente admitidos pela lei já representa um considerável ganho de tempo para o autor, beneficiário da tutela jurisdicional, que, não fosse pela antecipação, precisaria aguardar, pelo menos, o desenvolvimento total da fase do recurso de apelação para buscar a concretização do direito reconhecido na sentença a seu favor.

## **7. A RESPONSABILIDADE PELO CUMPRIMENTO DA DECISÃO ANTECIPATÓRIA DA TUTELA**

Ponto que não desperta maiores polêmicas em sede de doutrina e de jurisprudência é o de que a responsabilidade daquele que se beneficia da tutela antecipada é *objetiva*, a exemplo do que o art. 811 reserva, expressamente, para o beneficiário da “tutela cautelar” (v. n. 12 do Capítulo 1 da Parte II). É o que, de resto, extrai-se do inciso I do art. 475-O, que, no particular, não aceita nenhuma das ressalvas feitas pelo § 3º do art. 273.

Por “responsabilidade objetiva” deve ser entendido que o beneficiário da tutela antecipada, pelo simples fato de o ser, deve responder, perante a parte contrária, pelos prejuízos que ela, de alguma forma, experimentar. Não se cogita, na espécie, de perquirir qualquer grau de culpabilidade do beneficiário. Basta seu favorecimento com a tutela antecipada, como corretamente entendeu a 4ª Turma do STJ no julgamento do REsp 1.191.262/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 25.9.2012, DJe 16.10.2012. Trata--se, inequivocamente, de “tutela *genérica*”, com finalidade indenizatória (v. n. 8.1.2.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1), a ser exercitada, em momento oportuno (quando a tutela antecipada deixar de ser eficaz), pela parte contrária.

A responsabilidade objetiva não pode ser entendida, no entanto, como um “contrato de seguro” de que a parte em face de quem a tutela antecipada foi cumprida pode se socorrer. É preciso a demonstração de que ela, mercê da tutela antecipada que favoreceu a parte contrária, experimentou prejuízos (materiais ou morais). Toda responsabilidade, subjetiva ou, como no caso, *objetiva*, reclama *danos* a serem recompostos e que eles decorram de um *nexo causal*, que consiste, para cá, no cumprimento da tutela antecipada.

E mesmo diante de dano realmente experimentado pela parte em face de quem a tutela jurisdicional antecipada foi cumprida, importa verificar, para fins de responsabilização de seu beneficiário, se não há no ordenamento jurídico algo que inviabilize ou, quando menos, que atenuie os rigores decorrentes do art. 811.

É o caso, por exemplo, de indeferir pedido de restituição de parcelas relativas à complementação de benefício de pensão por morte, antecipadamente concedidas, por força da irrepetibilidade das verbas alimentares. Máxime quando a decisão antecipatória da tutela estiver pautada em diversos precedentes favoráveis ao acolhimento daquela pretensão a excluir qualquer pecha de má-fé na formulação do pedido e, ao mesmo tempo, a demonstrar a boa-fé do beneficiário. É o que decidiu, com inteiro acerto, a 3ª Seção do STJ no julgamento do REsp 991.030/RS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j.un. 14.5.2008, a 5ª Turma daquela Corte no AgRg no REsp 870.434/RN, rel. Min. Gilson Dipp, j.un. 24.4.2007, DJ 11.6.2007, p. 369 e a sua 6ª Turma no AgRg no REsp 1.057.882/RS, rel. Min. Jane Silva, j.un. 25.9.2008.

Há decisões, contudo, que entendem devida a devolução dos valores recebidos, acentuando o caráter provisório da decisão antecipatória da tutela, mitigando, de qualquer sorte, o percentual a ser devolvido mensalmente pelo seu beneficiário — o que é expressamente previsto pelo art. 115, II, da Lei n. 8.213/1991 —, com aplicação analógica do art. 154, § 3º, do Decreto n. 3.048/1999, editado para regulamentar o parágrafo único do referido dispositivo legal. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 984.135/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j.un. 13.12.2007, DJ 7.2.2008, p. 1; STJ, 5ª Turma, REsp 988.171/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j.un. 4.12.2007, DJ 17.12.2007, p. 343, e STJ, 1ª Seção, REsp 1.384.418/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j.m.v. 12.6.2013, DJe 30.8.2013, determinando que o desconto seja limitado a 10% do valor líquido recebido pelo particular. A questão está afetada à 1ª Seção do STJ para que a enfrente de acordo com o regime dos recursos especiais repetitivos (art. 543-C). Trata-se do REsp 1.401.560/MT, rel. Min. Sérgio Kukina.

Considerando que todos os elementos relativos à reparação do dano encontram-se nos autos do processo em que a tutela foi antecipada e cumprida, nada mais coerente, visando à otimização da prestação jurisdicional, que a parte que se sinta prejudicada possa valer-se daqueles mesmos autos para perseguir sua indenização, aplicando-se, ao caso, o disposto no inciso II do art. 475-O. Não há nisto uma “nova ação” ou um “novo processo”. A “ação” e o “processo” são os mesmos que já existem, alterando-se, apenas, a busca de uma diversa tutela jurisdicional diante dos fatos derivados da concessão e do cumprimento da tutela antecipada. A “ação”, como insiste este *Curso* desde o n. 1 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1, não é só *exercida* mas *exercitada* ao longo do processo por qualquer das partes.

O próprio art. 739-B pode ser usado como referencial para a hipótese, ao admitir que a indenização que favorece o réu pode ser “compensada”, na hipótese de haver algum crédito do autor ou, caso contrário, “executada” pelo próprio réu. Embora o dispositivo refira-se a “autos apensos”, a melhor interpretação é a de que a cobrança do valor devido pelo réu dispensa uma *nova* ação e um *novo* processo, sendo suficiente a distinta documentação dos atos processuais em *novos* autos. E mesmo eventual descumprimento de tal exigência não tem aptidão de trazer qualquer mácula para os atos praticados

à falta de cominação de nulidade para a hipótese, de cunho totalmente formal (v. n. 3 do Capítulo 5 da Parte I do vol. 3).

A discussão relativa ao *an debeat* e ao *quantum debeat* deverá observar o “devido processo legal”, admitindo-se, por isso mesmo, ampla participação das partes antes do proferimento da decisão que o reconhece e que o fixa, respectivamente.

Embora o referido art. 475-O, II, refira-se à necessidade de o valor ser “liquidado por *arbitramento*”, a interpretação defendida por este *Curso* é a de permitir que a *forma de liquidação* seja decidida a cada caso concreto consoante suas próprias e específicas necessidades, nos moldes discutidos pelos ns. 7 a 9 do Capítulo 5 da Parte I do vol. 3, diretriz que se afina bastante bem à Súmula 344 do STJ, segundo a qual: “A liquidação por forma diversa da estabelecida na sentença não ofende a coisa julgada”.

## CAPÍTULO 5

### Tutela antecipada e pedido incontroverso (art. 273, § 6º)

#### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como destacado pelo n. 2 do Capítulo 1, o § 6º do art. 273 merece exame diferenciado dos demais casos em que o “dever-poder geral de antecipação” é admitido pelo *caput* e pelos incisos do mesmo dispositivo, dados o alcance e a importância que a regra deve assumir no sistema processual civil da atualidade.

O § 6º do art. 273, introduzido pela Lei n. 10.444/2002, é inspirado na doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, em especial no que acabou por receber, nas sucessivas reedições, tratamento monográfico em seu *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*.

Esse autor, certamente o maior estudioso do tema da tutela antecipada no Brasil, sempre sustentou que o inciso II do art. 273 permitira interpretação ampla para que de toda situação de contumácia ou inércia processual do réu fosse possível, diante da presença dos demais pressupostos positivos, a antecipação da tutela. Em seu entendimento, dada a revelia ou omissão equivalente, a defesa do réu tenderia a ser protelatória ou abusiva ou, de forma mais ampla, voltada à teleologia do inciso II do art. 273, não poderia ser óbice a que o autor, desde logo, se beneficiasse dos *efeitos* da tutela jurisdicional que motivaram seu ingresso em juízo. Ademais, se a mera verossimilhança da alegação já é elemento condutor para que a tutela seja antecipada em favor do autor, mais ainda quando, pelas regras do exercício do próprio direito de defesa, cria-se, com a ação ou com a omissão do réu, uma situação de presunção de *veracidade* das alegações do autor, permitindo o aprofundamento na cognição jurisdicional. Assim, não seria justo que o réu se valesse do *tempo* inerente ao exercício da ampla defesa e do contraditório para frustrar ou empecer o início da eficácia de uma decisão

que, por todos os ângulos que o sistema oferece para que a questão seja analisada, tende a ser favorável ao autor.

Independentemente da formulação doutrinária original, o fato é que o § 6º do art. 273 acabou incorporando essa linha de entendimento para o direito positivo. Ao fazê-lo, contudo, deixou uma grande margem de dúvidas a respeito de sua interpretação porque não é claro se ele realmente trata de mais um “tipo” de tutela antecipada, ao lado das duas situações descritas nos incisos I (v. n. 2.4 do Capítulo 1) e II do art. 273 (v. n. 2.5 do Capítulo 1) ou se, diferentemente, trata-se de uma figura mais próxima daquilo que o Código de Processo Civil chama de “julgamento antecipado da lide” e que, pela lógica do próprio § 6º, bem pode ser chamado de “tutela antecipada para julgamento antecipado parcial da lide”, ou, para evitar a repetição de termos, “julgamento antecipado parcial da lide com efeitos imediatos”.

A questão, longe de ser meramente teórica, tem repercussões práticas importantes. Toda a dinâmica da “antecipação da tutela” com base nesse § 6º depende da escorreita identificação de sua natureza jurídica. Afinal, é um “terceiro” tipo de tutela antecipada, ao lado da situação de dano iminente (inciso I) e do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (inciso II), ou se trata, apenas e tão somente, de uma forma pela qual se dá início à “execução” do julgado, mesmo que de *parte* daquilo sobre o que o autor requereu tutela jurisdicional?

Este *Curso* acolhe a segunda das alternativas. O § 6º, não obstante integrar o art. 273, não cuida, propriamente, da *mesma* tutela antecipada de que tratam os incisos I e II.

Trata-se, inequivocamente, de mais um caso de “tutela *antecipada*” em oposição aos casos de “tutela *ulterior*”. Contudo, pelas razões expostas pelo n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1, a hipótese não se confunde com a dicotomia de que trata o n. 1 da Introdução entre “tutela antecipada” e “tutela cautelar”, diferentemente do que se pode entender com relação à hipótese albergada pelo inciso I do art. 273.

O dispositivo, com efeito, vai além. Trata-se de um caso em que a tutela é *antecipada* e também é (ou, pelo menos, tende a ser) *definitiva* e não *provisória* (v. n. 8.3 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). É essa a razão pela qual não há sentido em se aplicar, nesses casos, o disposto no § 4º do art. 273 nem, tampouco, o entendimento de que o magistrado deve confirmar a

decisão que entendeu pela necessidade da antecipação da tutela a final (art. 273, § 5º, c/c o art. 520, VII) como expõe o n. 5, *infra*.

É importante destacar, por isso mesmo, que o § 6º do art. 273 ocupa-se com uma técnica de desmembramento de pedidos cumulados ou de parcela deles, viabilizando o julgamento *parcial* do pedido (ou dos pedidos cumulados, consoante o caso) na medida em que o processo se desenvolve regularmente. É como se, naqueles casos em que o dispositivo se aplica, houvesse uma verdadeira *cisão* de pedidos cumulados ou de parte de um só pedido. O que já é passível de julgamento deve ser julgado de imediato e, nesse sentido, a tutela jurisdicional deve ser prestada; o que ainda não é, impõe o prosseguimento do processo para aquele fim com a realização da fase instrutória. A *antecipação* dá-se justamente na possibilidade de separação entre pedidos cumulados ou de um só pedido que, de outro modo, seriam todos enfrentados de uma só vez e em uma única oportunidade pelo magistrado.

Não se trata, contudo, de um “julgamento antecipado da lide” nos termos do art. 330 (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 2, tomo I). É que aquele instituto, para o Código de Processo Civil, não significa que os *efeitos* da decisão jurisdicional possam ser sentidos imediatamente. O “julgamento antecipado da lide” é técnica que permite, em determinadas hipóteses, a supressão da “fase instrutória”. A “tutela antecipada” nos casos do art. 273, § 6º, vai além: ela permite a produção *imediata* da decisão proferida pelo magistrado.

São essas as premissas que devem nortear a interpretação do dispositivo. Trata-se, pois, de julgamento antecipado *parcial* da lide com reconhecimento de efeitos imediatos ao que já foi julgado. É disso que trata o § 6º do art. 273, razão suficiente para justificar seu tratamento apartado às hipóteses em que a antecipação da tutela se justifica pela ocorrência dos pressupostos do art. 273, I e II.

A propósito desta última afirmação, vale a pena destacar que grande parte da doutrina que se debruçou sobre o dispositivo lamentou que a modificação trazida ao Código de Processo Civil pela Lei n. 10.444/2002 foi tímida no que diz respeito a não ter rompido com o *dogma* da “unidade ou unicidade” do julgamento (por todos, v. Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 96). Aquela diretriz significa que todos os pedidos formulados

pelo autor em sua petição inicial devem ser julgados de uma só vez, inviável o “desmembramento” ou a “fragmentação” do processo, pela admissão de julgamentos *parciais*.

Com todas as vênias de estilo, a este *Curso* parece que o § 6º do art. 273 efetivamente rompeu com o referido dogma, admitindo, quando a hipótese reclamar sua incidência, o desmembramento ou a fragmentação do julgamento. A não se pensar assim, o dispositivo teria sua incidência bastante apequenada porque sua função seria, toda ela, extraível do inciso II do art. 273, consoante a formulação original de Marinoni.

Importa pouco para embasar as conclusões anteriores a *localização* do dispositivo. É certo que a regra, por ser veiculada pelo § 6º e não pelo inciso III do art. 273, rende ainda maior ensejo ao entendimento de que se cuida de algo diverso se comparado com os demais incisos do artigo. Tem-se, não há por que duvidar, um indicativo de que o intérprete deve levar em conta para verificar que se trata de instituto diverso. O que realmente releva, contudo, é o *conteúdo* da regra.

A leitura do § 6º do art. 273 deixa bem claro que seus pressupostos específicos são bem diferentes daqueles que o *caput* do art. 273 exige para fins de tutela antecipada fundada nos seus incisos I e II. Enquanto, para o *caput*, basta a “prova inequívoca” que conduza o magistrado à “*verossimilhança* da alegação”, o § 6º refere-se a “pedido *incontroverso*”. A diferença quanto ao grau de convicção judicial é inegável. A intensidade da cognição no caso do § 6º do art. 273 é inequivocamente mais *profunda* do que nos casos do art. 273, I ou II. A cognição, aqui, é *exauriente*.

## 2. PEDIDO INCONTROVERSO

Pedido incontroverso tem sentido bem claro na dinâmica probatória do direito processual civil: é aquele que não depende de prova complementar. A “incontrovérsia” de um ou mais dos pedidos dispensa a parte contrária do ônus da prova (art. 334, II e III, c/c o art. 330, I; v. n. 8 do Capítulo 1 da Parte IV do vol. 2, tomo I). Trata-se de pedido que já foi *suficientemente* comprovado. Não se cuida, portanto, de suficiência probatória *momentânea* (verossimilhança), mas *definitiva* (incontrovérsia). A análise desse pressuposto revela que a lei exige *mais* do que o *caput* para a concessão da “tutela antecipada”. Fosse mera *verossimilhança*, como no *caput*, e seria

lícita a produção ulterior de prova para infirmar o grau da convicção já formada no espírito do magistrado, viabilizando o seu *reexame*. Não é o que exige, contudo, o § 6º.

A “incontrovérsia” do pedido (ou de parcela dele) deve ser entendida como a *desnecessidade* de qualquer outra prova a respeito dos fatos alegados pelo autor. Aquele pedido, ou parte dele, está pronto para receber julgamento *definitivo*: GC demanda FC pelo pagamento de R\$ 150.000,00. FC, réu, reconhece que R\$ 100.000,00 são devidos mas impugna os outros R\$ 50.000,00. Nessas condições, há parcela incontroversa do pedido — R\$ 100.000,00 — que, mercê da incidência do dispositivo em análise, deve permitir o início da prática dos atos executivos visando à satisfação de GC com relação àquele valor.

É esse contexto em que o § 6º deve ser interpretado: como forma de “*desdobramento* de pedido” ou de “*descumulação* de pedidos”. O que já está “pronto” para ser julgado deve ser julgado e, mais do que isso, mostrar-se apto para produzir seus regulares efeitos para o plano exterior ao processo; o que ainda não tem condições de receber julgamento deve conduzir o processo para a fase instrutória, que se ocupará do que ainda carece de prova.

Decorrência natural do quanto escrito até aqui é o entendimento de que a oportunidade de ser formulado o pedido de “antecipação de tutela”, com base no § 6º do art. 273, deve sempre pressupor a apresentação da contestação ou, quando menos, o transcurso *in albis* do prazo para sua apresentação. Não que, após o “prazo de réplica” (v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 2, tomo I), haja preclusão para o autor formular o pedido, mas o § 6º, pela sua própria razão de ser, pressupõe a possibilidade de exercício de defesa pelo réu. O *abuso* do exercício desse direito é repellido pelo inciso II do art. 273, que, dada sua natureza jurídica, reclama regras diferenciadas daquelas que são reservadas para o § 6º aqui tratado.

As dificuldades com relação ao § 6º do art. 273 vão além, contudo. A principal delas repousa em saber se a incontrovérsia por ele mencionada diz mesmo respeito aos *pedidos* cumulados (ou a parte dele) ou, bem diferentemente, à *causa de pedir*. Rigorosamente, não são os *pedidos*, em si mesmos considerados, que se tornam incontroversos ao longo do processo, mas os *fatos* a ele subjacentes, que lhe dão embasamento, que dispensam a

produção de prova. É à incontrovérsia da *causa de pedir* que se refere, mais tecnicamente, o dispositivo em questão.

Embora haja defesa a ser exercitada com relação aos pedidos — em caso de *inépcia* (“pressuposto processual de validade”; v. n. 3.2.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1) ou de *impossibilidade* de sua formulação (“condição da ação”; v. n. 3.3 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1), por exemplo —, é dos *atos* que o réu deve se defender, porque são os *atos* que, não respondidos adequadamente, têm aptidão para serem aceitos como verdadeiros (arts. 319 e 334, II; v. n. 7 do Capítulo 1 da Parte IV do vol. 2, tomo I). Não é pela ausência de o réu arguir a impossibilidade jurídica do pedido que ele se torna possível, até porque a matéria é de ordem pública, a impor a atuação *oficiosa* do magistrado.

O que releva, para fins de formação da convicção judicial, é a omissão do réu em impugnar especificamente os *atos* que fundamentam o pedido do autor. Não se trata de defender a tese, não aceita por este *Curso* (v. n. 11 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 2, tomo I), de que da revelia decorre a procedência do pedido do autor. O que importa esclarecer, diferentemente, é que os fatos, pela sua própria natureza, impõem ao réu maior esforço na sua rejeição porque, uma vez plausíveis, têm tudo para levar o juiz a aceitá-los como verdadeiros ou, quando menos, *suficientes* para acolher o pedido do autor.

Assim, não é propriamente o “pedido” que deve ficar incontroverso para incidência do § 6º do art. 273, mas os *atos* a ele subjacentes, isto é, a “causa de pedir”. É o caso de exemplificar o quanto escrito.

PC demanda APP pleiteando danos materiais e morais. Fundamenta seu pedido na existência de erro médico. Há dois pedidos — cumulação simples (v. n. 7.2 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I) —, mas uma só causa de pedir. A culpa (em sentido amplo) do médico, é que causou os danos que agora PC pleiteia perante o Estado-juiz. Se APP contestar o *fato* — não houve erro médico, porque seu agir não foi culposo em nenhuma modalidade —, não há como incidir o § 6º, ainda que APP, o réu, não impugne especificamente o *pedido* de dano moral. É importante destacar este ponto porque, uma vez impugnado um dos dois pedidos cumulados, nem por isso o juiz formará, em seu íntimo, convicção diferente com relação ao *mesmo* e

*único* fato que fundamenta o pedido (a causa de pedir): ter, ou não, havido o erro médico.

Mesmo quando há cumulação de causas de pedir, cada qual embasando um pedido, o raciocínio é o mesmo. Embora possa parecer que a falta de contestação é de algum pedido, o que daria azo à aplicação do § 6º do art. 273 é a falta de impugnação do fato (causa de pedir) que lhe corresponde. É sempre a incontrovérsia do *fato* que autoriza a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional com base no dispositivo em exame e não a “incontrovérsia do *pedido*” propriamente dito.

Um outro exemplo tem aptidão de ilustrar suficientemente a hipótese.

ETL demanda o cirurgião FT e o hospital AL para perseguir indenização fundada em erro médico. No que diz respeito ao cirurgião FT, o pedido fundamenta-se na existência de culpa; com relação ao hospital AL, a inicial invoca sua responsabilidade *objetiva*, pela inexistência de condições concretas para a realização dos procedimentos cirúrgicos adotados. Se o hospital AL não contestar tais circunstâncias de fato, o “pedido” tem tudo para ser incontroverso, dando espaço para a aplicação do § 6º do art. 273. A situação esclarece, a propósito, como a figura contida nesse dispositivo de lei tem tudo para ser um mecanismo para cindir “pedidos” que, de início, foram formulados em conjunto por vontade do autor, o qual, naquele primeiro momento, achou que a investida jurisdicional conjunta lhe seria mais proveitosa em atenção ao princípio da economia e da eficiência processuais (v. n. 7.2 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I).

Pelos mesmos motivos, a aplicação do § 6º do art. 273 deve ser descartada naqueles casos em que a *mesma* causa de pedir der base a pedidos formulados em cumulação *imprópria*, como ocorre, por exemplo, nos casos de cumulação eventual (art. 289; v. n. 7.2 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I). PCS demanda MTS pelo abatimento do preço de mercadoria que adquiriu e, caso isso não seja possível, o desfazimento da compra e venda. O silêncio de MTS quanto a um desses pedidos não o torna “incontroverso”, porque o *fato* é o mesmo. Se não há condições de julgar um dos pedidos, não é motivo suficiente para que o outro, formulado na eventualidade de o primeiro ser rejeitado, seja apreciado. Só quando o *fato* (constante) assim permitir.

Bem diferente é a situação em que, diante de alguma hesitação do réu ao contestar, de oferecer material de defesa, argumentos ou prova contra aquilo que o autor pretende, pode-se cogitar da antecipação da tutela com base no art. 273, II. A temeridade na defesa ou o abuso no seu exercício, embora possam ter sido a inspiração direta do § 6º, não têm, no texto que a ideia tomou no direito positivo brasileiro, qualquer influência na antecipação da tutela. O § 6º do art. 273 é, neste sentido, mais *objetivo* do que o inciso II: basta o fato incontroverso para a antecipação da tutela, sendo indiferente pesquisar as razões pelas quais o réu deixou de contestar ou contestou mal.

Para os fins do inciso II do art. 273, retomando um dos exemplos formulados acima, nada impede, ao menos em tese, que o réu, que não contestou o “dano moral”, pretenda oportunamente realizar prova técnica para demonstrar o acerto de suas conclusões de defesa levando o magistrado, sentindo seu intuito de procrastinar o processo na fase instrutória, a antecipar a tutela jurisdicional, desde que presentes os demais pressupostos do *caput* do dispositivo. Aqui, vale a ênfase, não se tratará de *incontrovérsia* do “pedido”, mas, bem diferentemente, de *verossimilhança* do direito alegado pelo autor diante do comportamento assumido pelo réu diante dos princípios que regem o exercício de sua defesa (v. n. 2.1 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 2, tomo I). A *verossimilhança* da causa de pedir pode dar ensejo à formulação do pedido de antecipação da tutela com base no art. 273, II; não, contudo, com fundamento no § 6º do mesmo dispositivo.

Uma outra diferença importante entre as duas hipóteses reside no seguinte: antecipada a tutela com base no art. 273, II, o processo prossegue normalmente, inclusive com relação aos danos morais, aplicando-se integralmente o § 5º do art. 273. No caso do § 6º, não. Para todos os fins, a questão “danos morais” ficou encerrada e acabada; o pedido respectivo está, para todos os fins, julgado e só será revisto se houver interposição de recurso pelo interessado. Caso contrário, a decisão, proferida com base em “cognição *exauriente*”, transita em julgado.

### **3. IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO**

Também não se aplica aos casos em que a tutela jurisdicional é antecipada para os fins do § 6º do art. 273 o disposto no § 2º do mesmo

dispositivo (v. n. 2.6 do Capítulo 1).

Como se trata de decisão proferida com base em “cognição *exauriente*”, não há espaço para que o magistrado deixe-se sensibilizar pelo perigo de dano a ser experimentado pelo réu para o qual o alerta aquele dispositivo.

Ademais, nos casos de aplicação do § 6º do art. 273, não há, rigorosamente, qualquer “dano” a ser suportado pelo réu porque sua incidência pressupõe o reconhecimento do direito em prol do autor com ânimo de definitividade. Inexiste, aqui, o risco de reversão do quadro fático que, para os fins dos incisos I e II do art. 273, justifica, quando os bens jurídicos conflituosos são de idêntica *qualidade*, a aplicação daquela regra de sopesamento.

## 4. CUMPRIMENTO

Outra consequência importante de ser destacada com relação ao § 6º do art. 273 diz respeito ao modo de cumprimento da decisão que o aplica, antecipando a tutela jurisdicional ou, como quer o § 3º do mesmo dispositivo, sua *efetivação*.

Considerando a sua natureza jurídica de “julgamento antecipado *parcial* da lide com efeitos imediatos” (v. n. 1, *supra*), tudo se passa como se os pedidos cumulados em um mesmo processo fossem cindidos ou, em se tratando de um só pedido, parte dele, a partir de determinado instante do processo e os efeitos práticos daquilo que já se mostrou apto para julgamento pudessem ser sentidos, sem quaisquer ressalvas ou considerações diferenciadas. O ato que julga antecipada e *parcialmente* um dos pedidos cumulados ou parte incontroversa dele tem, assim, a mesma eficácia da sentença que, a seu respeito, será proferida.

Não têm aplicação a tais casos, em última análise, os filtros que caracterizam “pela sua própria natureza” o regime da efetivação da tutela antecipada dos casos em que há urgência (art. 273, I). Sem o elemento “urgência”, típico dos casos de antecipação de tutela fundada no art. 273, I, não há razão para afastar a incidência das regras usuais relativas ao “cumprimento de sentença” como o meio de realizar, concretamente, o conteúdo eficaz da decisão, observando-se, por isso mesmo, o disposto nos arts. 461, 461-A e arts. 475-J a 475-R. Tem aplicação plena para a hipótese, por isso mesmo, o art. 475-I.

## 5. A DECISÃO ANTECIPATÓRIA DA TUTELA PARA OS FINS DO ART. 273, § 6º

Questão interessante diz respeito à natureza jurídica da decisão que antecipa a tutela em atenção ao disposto no art. 273, § 6º.

Pelas razões expostas pelo n. 4.1.2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1, não obstante as alterações promovidas pela Lei n. 11.232/2005 nos arts. 162, § 1º, 269, *caput*, e 463, *caput*, não é possível, de acordo com o *sistema* adotado pelo Código de Processo Civil, definir “sentença” só pelo seu conteúdo. A sua função ainda é relevante. Sentença é o ato que declara o fim da *etapa* de cognição; interlocutória é a decisão que resolve questões incidentes ao longo do processo (art. 162, § 2º).

A decisão proferida com base no art. 273, § 6º, embora tenha *conteúdo* de sentença — ela aprecia o pedido e o acolhe nos termos do art. 269, I —, não põe fim à *etapa* de cognição, mas se limita a resolver questão incidente. O *processo* prossegue em suas ulteriores fases para viabilizar ao Estado-juiz o julgamento dos pedidos ou das parcelas de pedido ainda controversos. Nesse sentido, o § 5º do art. 273 merece lembrança: mesmo com o proferimento da decisão antecipatória da tutela, há, ainda, *atividade cognitiva* a ser desenvolvida no *mesmo* processo a impor, conseqüentemente, o seu prosseguimento. Não com relação ao que já foi julgado pelo reconhecimento da *incontrovérsia* do “pedido”, mas com relação ao que ainda está para ser julgado.

Assim, embora a decisão que aplica o art. 273, § 6º, pudesse ser considerada *substancialmente* sentença — porque tem o *conteúdo* do art. 269, rente ao que exige o art. 162, § 1º —, ela é *formalmente* decisão interlocutória, no sentido de *fazer as vezes*, ter a mesma *função processual*, de uma decisão interlocutória, porque, posto ter sido proferida, *não* significa que não haja, ainda, outras atividades jurisdicionais *cognitivas* a serem desenvolvidas no *mesmo* processo.

A consequência prática dessa conclusão é, como evidencia o n. 5 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 5, saber qual o recurso adequado para contrastar a decisão proferida em atenção ao § 6º do art. 273.

Entendendo que se trata de decisão interlocutória, a hipótese é de recurso de agravo (art. 522, *caput*) e não apelação (art. 513). E trata-se de agravo

que deve ser interposto na modalidade de *instrumento*.

Ainda que, pelas razões expostas pelo n. 1, *supra*, a concessão da tutela antecipada com fundamento no ar. 273, § 6º, dispense a demonstração de urgência no caso concreto, não há como perder de vista que os atos jurisdicionais executivos que terão início com a concessão da “tutela antecipada” ou, mais amplamente, a *efetivação* da decisão que a concede, reclamam contraste *urgente*. É importante não confundir, por isso mesmo, a urgência no *reexame* da decisão — critério seguro para o cabimento do agravo *de instrumento* nos termos do *caput* do art. 522 (v. n. 3 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5) — com a urgência na concessão da tutela antecipada. Para fins de recurso, importa a urgência na *revisão* do ato concessivo, não no ato de antecipar ou não a tutela jurisdicional. É inócua a interposição do agravo na modalidade retida, porque ele só viabilizaria o reexame da decisão antecipatória da tutela quando do julgamento da apelação (art. 523, *caput*), o que, por definição, é tardio: os efeitos concretos da decisão jurisdicional que se pretendem combater — e é isto que decorre da antecipação da tutela — já terão, de uma forma ou de outra, sido sentidos.

O tema, contudo, tem-se mostrado um dos mais polêmicos na mais recente literatura processual civil brasileira.

Há aqueles que entendem, como, por exemplo, Teresa Arruda Alvim Wambier (*Os agravos no CPC brasileiro*, p. 148, 310 e 326), ser a decisão antecipatória da tutela, nos termos do § 6º do art. 273, verdadeira *sentença* e que, para impedir que o processamento da apelação cause inegáveis atrasos ao andamento do processo, ela, excepcionalmente, deve ser recorrida por agravo de instrumento.

Outros, compartilhando do mesmo entendimento de que se trata de *sentença*, porque se cuida de “resolução parcial de mérito”, sustentam o cabimento da apelação, coerentes com o que dispõe o art. 513. Eventuais dificuldades procedimentais podem ser evitadas pelo processamento da apelação por *instrumento*. É o que sustenta, com argumentos bastante convincentes, Heitor Vítor Mendonça Sica (*Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a Lei n. 11.232/2005*, p. 199-205).

Não obstante as considerações já expostas, não há como tirar a razão desses autores, sobretudo dos últimos que, mantendo a coerência do sistema

processual civil, eliminam os óbices de que a *forma* tradicional de processamento da apelação tem, às claras, condições de propiciar para o regular andamento do processo em que proferida a decisão antecipatória da tutela. Justamente por isso é que a hipótese, ao menos enquanto doutrina e jurisprudência a analisam para chegar a algum consenso, comporta ampla aplicação do princípio da *fungibilidade recursal*, inclusive no que diz respeito à própria *forma* de processamento do recurso. O jurisdicionado não pode ser prejudicado no reexame de uma decisão jurisdicional porque há fundada dúvida, na doutrina e na jurisprudência, acerca da natureza jurídica do ato jurisdicional em exame e, conseqüentemente, do recurso dele interponível e de sua disciplina procedimental correspondente.

## 6. COISA JULGADA

Última consequência do entendimento defendido por este *Curso* quanto à natureza jurídica do art. 273, § 6º (v. n. 1, *supra*) é a de que a decisão proferida para os fins do dispositivo aprecia o pedido (ou, consoante o caso, os pedidos) com cognição *exauriente* e, conseqüentemente, tem aptidão para fazer “coisa julgada *material*” (v. n. 4.3 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 2, tomo I). Trata-se, portanto, de decisão de mérito, que, não recorrida a tempo e modo oportunos, transitará em julgado.

Por isso é que não há razão alguma para que o magistrado, ao proferir a sentença que extingue a etapa de conhecimento, julgando o que não estava apto para julgamento antecipado nos moldes do art. 273, § 6º, isto é, as questões fáticas que demandavam, ainda, produção de prova, “confirme” a “tutela antecipada”. O que é objeto de julgamento por força do art. 273, § 6º, já foi julgado e não precisa — e nem pode, a bem da verdade — ser *rejulgado*.

Também não há espaço para aplicação do disposto no § 4º do art. 273.

A tutela jurisdicional, para os fins do § 6º do art. 273, é *antecipada* e também *definitiva* (v. n. 1, *supra*). Ela não é proferida na expectativa de ser, oportunamente, substituída por outra decisão que passa a reger a situação carente de tutela jurisdicional em seu lugar.

Seu contraste deve se dar, conseqüentemente, pelo uso do recurso contra ela cabível, observando-se, para tanto, as considerações expostas pelo n. 5, *supra*. À decisão que veicula a tutela jurisdicional aqui examinada incidem,

por isso mesmo, os arts. 463, 471 e 473 no sentido exposto pelo n. 8 do Capítulo 1 e pelo n. 6 do Capítulo 2 ambos da Parte V do vol. 2, tomo I.

# CAPÍTULO 6

## Tutela antecipada nas obrigações de fazer, não fazer e dar coisa

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O § 3º do art. 461 prevê a antecipação da tutela jurisdicional relativa às obrigações de fazer e não fazer. O dispositivo deve ser entendido a partir das considerações que o n. 2 do Capítulo 1 fez com relação ao art. 273 que, para esse fim, faz as vezes de uma “norma geral” — um verdadeiro “dever-poder geral de antecipação”, em complementação ao “dever-poder geral de cautela” —, enquanto aquele desempenha o papel de uma “norma específica”.

A observação, contudo, não deve ser entendida como se a previsão legislativa fosse desnecessária. A opção do legislador é plenamente justificável.

A solução tradicional para o inadimplemento das obrigações sempre foram as perdas e danos. A boa doutrina que se manifestou sobre o tema justifica a correlação entre estas duas situações como decorrência da concepção de um modelo *político* de Estado (e, conseqüentemente, da função do próprio Poder Judiciário) que valorizava, antes de tudo, o individualismo e a intangibilidade da vontade humana.

Alterados os perfis e os objetivos dos Estados atuais, voltando-se a outros fins antes não concebidos, realinhados os papéis de suas diversas funções, inclusive do Poder Judiciário, não há mais como sustentar que a cada inadimplemento — ou *ameaça* de inadimplemento — só reste ao credor da obrigação perseguir seu equivalente monetário. Até porque — embora nem sempre — há determinados direitos que não são sequer suscetíveis de avaliação patrimonial ou monetária.

É este o contexto *político* em que os princípios constitucionais do “acesso à justiça” e da “efetividade do processo” (v. ns. 3 e 16 do Capítulo 1 da

Parte II do vol. 1) desempenham papel fundamental no tema relativo ao que a partir do art. 461 (e também do art. 461-A; v. n. 3, *infra*) é chamado, com a concordância deste *Curso*, de “tutela *específica*” em contraposição à chamada “tutela *genérica*” (v. n. 8.1.2.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1).

Assim, é possível, àquele que se afirma credor de uma dada obrigação, obter, perante o Poder Judiciário, a *imunização* de uma situação de *ameaça*, evitando-se, com a intervenção jurisdicional, o inadimplemento de uma obrigação e, consoante o caso, sua inafastável conversão em perdas e danos. Não se trata de violentar a intangibilidade da pessoa humana e a sua dignidade, princípio igualmente fundante do Estado brasileiro (art. 1º, III, da Constituição Federal), mas, bem diferentemente, de criar mecanismos que obstem a *ameaça* de direitos, concretizando, assim, a diretriz agasalhada no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Nesse contexto, o art. 461 e, em específico, seu § 3º desempenham papel fundamental para a garantia de que obrigações de fazer e não fazer, tais quais assumidas no plano *material*, sejam asseguradas no plano *processual* sem que o *tempo* inerente à prestação definitiva da tutela jurisdicional apresente-se como obstáculo.

## **1.1. Os parágrafos únicos do art. 249 e do art. 251 do Código Civil**

O Código Civil, Lei n. 10.406/2002, autorizou expressamente, nos parágrafos únicos de seus arts. 249 e 251, que, em certos casos de obrigações de fazer ou de não fazer, quando houver *urgência*, o credor da obrigação pode, *independentemente de autorização judicial*, fazer ou mandar fazer, desfazer ou mandar desfazer, consoante a situação, o que foi convencionalizado no plano material, *ressarcindo-se*, oportunamente, junto ao devedor, valendo-se da via jurisdicional, para tanto, se necessário.

Esses dispositivos legais, que não encontram similar no Código Civil anterior, de 1916, não revogaram ou, quando menos, derogaram o binômio “inadimplemento/perdas e danos”, que foi conservado no sistema pelos arts. 389, 247 e 251, *caput*, todos do Código Civil e pelo art. 638, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Tampouco eles tiveram condições de negar a *necessidade* de a “tutela jurisdicional específica”, autorizada pelo art. 461, ser pedida perante o Judiciário, inclusive *antecipadamente* se for o

caso, embora *posteriores* à introdução daquele dispositivo no Código de Processo Civil.

O que aqueles dispositivos regulam é que, em determinados casos, por se mostrar impossível uma tutela jurisdicional *eficaz* apta a surtir efeitos práticos, mesmo com a possibilidade de sua antecipação, legitima-se o próprio credor, independentemente de prévia intervenção judicial, a fazer ou desfazer o que ajustou com o devedor, resolvendo-se a obrigação, desde logo, em perdas e danos. O que a lei civil criou é uma verdadeira *alternativa* extraprocessual para os casos em que a intervenção do Judiciário poderia redundar em ineficácia de qualquer medida, dada a especial urgência da hipótese concreta, e, conseqüentemente, insatisfação daquele que a pleiteia.

Eles não afastam — e se o fizessem agrediriam o “modelo constitucional do processo civil” — a *possibilidade* de o credor buscar a tutela jurisdicional, inclusive *preventivamente*, quando o § 3º do art. 461 tem condições de desempenhar, em sua plenitude, a sua função técnica serviente da concretização do disposto nos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal. O papel desempenhado pelos dispositivos do Código Civil é o de expressamente admitir, do ponto de vista do direito *material*, a licitude do comportamento do credor que manda fazer ou não fazer a obrigação assumida pelo devedor por outrem às suas expensas, convertendo-se, naquele plano (e não no processual) a obrigação *específica* em *perdas e danos*. Nesse sentido, aliás, é inegável que aquelas regras afinam-se ao comando do *caput* do art. 461 e de seu respectivo § 1º (v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 3).

Por tais razões, a melhor interpretação para aquelas regras é a de que o credor pode, por decisão sua, independentemente de prévia intervenção jurisdicional, converter a obrigação de fazer ou de não fazer em perdas e danos, reclamando do devedor que a inadimpliu, oportunamente, o seu equivalente monetário. A tutela jurisdicional a ser oportunamente requerida ao Estado-juiz não será, em tais casos, uma “tutela *específica*”, menos ainda uma “tutela *preventiva*”, mas, em função do ocorrido no próprio plano *material*, uma “tutela *repressiva*” (v. n. 8.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). Nesses casos, por mera opção do credor, *esvazia-se a necessidade* do pedido de tutela antecipada com base no art. 461, § 3º.

De qualquer sorte, quando o credor pretender que seja o próprio *devedor* quem faça ou deixe de fazer o que foi ajustado (e assim será sempre que a obrigação for *infungível*), não há como deixar de verificar a *imprescindibilidade* da antecipação dos efeitos da tutela regulada pelo § 3º. Em casos como estes, não há autorização legal para exercício da autotutela, pelo que o ingresso no Judiciário mostra-se imprescindível.

## 2. TUTELA ANTECIPADA E ART. 461

O § 3º do art. 461 regula a *antecipação dos efeitos* da tutela jurisdicional disciplinada no *caput* do dispositivo, tanto das obrigações de fazer como de não fazer.

A “antecipação” nele referida deve ser entendida da mesma forma destacada pelo n. 1 do Capítulo 1, isto é, como antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional que, não fosse a intervenção do juiz, só seriam sentidos ao longo do processo quando inaugurada alguma fase recursal despida de efeito suspensivo ou quando transitada em julgado a decisão concessiva da tutela jurisdicional para o autor.

A despeito da redação do *caput* do art. 461, não é correto supor que a *antecipação* autorizada pelo § 3º esteja limitada aos casos de “tutela específica”, subtraindo de seu alcance a prática de “providências que assegurem o resultado prático equivalente” indistintamente. Com efeito, o *caput* do art. 461 parece atrelar as “providências que assegurem o resultado prático equivalente” à “*procedência* do pedido”, dando ensejo ao entendimento de que a antecipação pressuporia, quando menos, o proferimento da sentença.

Para afastar esse entendimento é importante notar que o § 3º do art. 461 refere-se à possibilidade de se “conceder a *tutela liminarmente*”, não fazendo qualquer distinção entre “tutela específica” e “resultado prático equivalente”. Ademais, não há por que deixar de supor que, mesmo *liminarmente*, a satisfação do autor só seja atingida mediante a obtenção do “resultado prático equivalente”, quando impossível ou frustrada, por qualquer motivo, a tentativa de compelir o próprio réu à prestação ou à abstenção da “tutela específica”. Não fossem tais razões e a compreensão do dispositivo, à luz do “modelo constitucional do processo civil”, seria suficiente para afastar a pequenez daquela interpretação.

## 2.1. Aplicação subsidiária do art. 273

O art. 273 se aplica *subsidiariamente* ao art. 461, § 3º, como se se tratasse de uma “norma geral” de antecipação de tutela ou a norma que prevê, a exemplo do que se dá para o “processo cautelar”, um “dever-poder geral de antecipação” (v. n. 1, *supra*). Até porque o dispositivo em comento é bastante lacunoso se comparado com aquele.

Os números abaixo se voltam ao exame de cada uma das vicissitudes interpretativas do art. 461, § 3º.

## 2.2. Pressupostos

A tutela jurisdicional relativa às obrigações de fazer e não fazer *deverá ser* antecipada toda vez que, cumulativamente, ocorrerem os seguintes pressupostos: (a) relevância do fundamento em que se baseia o pedido e (b) justificado receio de ineficácia do provimento final.

O pressuposto apontado pela letra “a” assemelha-se, na sua realização literal, ao *fumus boni iuris* de que trata o n. 5.4 do Capítulo 1 da Parte II. Importa enfatizar, contudo, que esse *Curso* não vê distinção ontológica entre o pressuposto do *caput* do art. 273 (prova inequívoca da verossimilhança da alegação) com a “relevância da fundamentação” a que alude o § 3º do art. 461. Nos dois casos, assim como se dá, também, para os fins do Livro III do Código de Processo Civil, é suficiente, para fins de antecipação, que o magistrado convença-se da alegação do autor com base em “cognição *sumária*” a partir do que lhe é prontamente documentado. Têm incidência aqui, por isso mesmo, as considerações que ocupam o n. 4 do Capítulo 8.

O “justificado receio de ineficácia do provimento final” corresponde ao *periculum in mora* analisado pelo n. 2.4 do Capítulo 1, aplicáveis as mesmas observações lá expostas, inclusive no que diz respeito à viabilidade de a antecipação da tutela dar-se *liminarmente*, isto é, no limiar do processo, antes mesmo da citação do réu; *inaudita altera pars*, portanto, como se costumam referir à hipótese doutrina e jurisprudência.

Aplica-se ao § 3º do art. 461 o § 2º do art. 273: a tutela jurisdicional não deverá ser antecipada quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento em detrimento do réu, o chamado “*periculum in mora inverso*”. A vedação, contudo, deve ser interpretada à luz do “modelo constitucional do processo civil”, sendo legítima a antecipação em casos que

o dano a ser suportado pelo autor for *qualitativamente superior* ao dano a ser experimentado pelo réu, observando-se as considerações feitas pelo n. 2.6 do Capítulo 1.

É irrecusável que a tutela jurisdicional relativa às obrigações de fazer e não fazer seja antecipada também diante da presença dos pressupostos do inciso II e do § 6º do art. 273, aplicáveis para estas hipóteses as considerações do n. 2.5 do Capítulo 1 e do n. 2 do Capítulo 5, respectivamente.

A circunstância de o § 3º do art. 461 nada dispor sobre o “requerimento da parte” para fins de antecipação da tutela (art. 273, *caput*) não afasta as considerações feitas pelo n. 2.1 do Capítulo 1, que têm plena aplicação para a hipótese. Importa salientar, a propósito, que a formulação de expresse pedido da parte pode ser decisiva para a concessão da medida porque permite ao magistrado melhor apreciação quanto à sua *necessidade* e ao preenchimento de seus pressupostos ao longo do processo. A exigência, contudo, não pode sobrepor-se à sensibilidade do magistrado diante do caso concreto, fazendo eco, por isso mesmo, à autorização do art. 797 (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte II).

## 2.3. Fundamentação

A decisão que concede ou a que nega, total ou parcialmente, o pedido de tutela antecipada, para os fins do § 3º do art. 461, deve ser *motivada*. Não apenas por força de lei (arts. 165, 2ª parte, e 273, § 1º), mas, superiormente, por imposição do “modelo constitucional do processo civil” (art. 93, IX, da Constituição Federal).

A exigência reflete na fase recursal, viabilizando às partes o pleno controle sobre a decisão judicial perante o órgão competente na análise da ocorrência, ou não, dos pressupostos que conduzem à antecipação, inclusive no que diz respeito à demonstração de, na colidência entre prejuízos a serem suportados por ambas as partes com a intervenção jurisdicional, qual deve ceder espaço ao outro (art. 273, § 2º; v. n. 2.6 do Capítulo 1).

## 2.4. A “audiência de justificação”

O § 3º do art. 461, diferentemente do que se dá no art. 273, é expresse quanto à possibilidade de a tutela ser antecipada antes da citação do réu ou

“mediante justificação prévia”, o que rende ensejo à designação de uma “audiência de justificação”.

Referida audiência tem como objetivo a demonstração, ainda que com base em cognição não exauriente, do “fundamento relevante” e/ou do “perigo de irreversibilidade da medida”.

Trata-se da mesma audiência prevista, no âmbito do “processo cautelar”, pelo art. 804 (v. n. 3.8 do Capítulo 3 da Parte II) e, para os “procedimentos especiais” pelo art. 928, *caput*, para as “ações possessórias” e pelo art. 937 para a “nunciação de obra nova”.

As provas a serem produzidas na audiência são *orais* porque as documentais devem ser produzidas com a petição inicial. Nela, poderá o autor ouvir testemunhas e, até mesmo, prestar seu próprio depoimento quando não estará sujeito à pena de confissão (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 2, tomo I).

Mesmo quando designado antes da citação do réu, não há como aprioristicamente negar que ele, ciente de sua designação, possa dela participar, porque a isto se impõem os princípios do “contraditório” e da “ampla defesa” (art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal; v. ns. 5 e 6 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1, respectivamente). Considerando a especial finalidade daquele ato processual, contudo, a participação do réu deve se limitar à verificação da idoneidade da colheita da prova a ser produzida pelo *autor*, contraditando, por exemplo, alguma testemunha por ele arrolada ou reperguntando-as (v. n. 5 do Capítulo 6 da Parte IV do vol. 2, tomo I). É importante enfatizar: a “audiência de justificação” não faz as vezes, e nem pode pretendê-lo, de uma audiência de *instrução*, esta sim conducente à formação da cognição sobre a qual proferirá, o magistrado, a sentença que, por esta razão, obriga a uma participação equânime e mais ampla possível das partes. Não se trata de antecipação da fase instrutória, papel que, no Código de Processo Civil, é desempenhado pelo procedimento de que se ocupam os arts. 846 a 851, examinados pelo Capítulo 7 da Parte III.

A ressalva feita pelo parágrafo anterior quanto à dispensa apriorística do réu na audiência de justificação é plenamente motivada. Os referidos princípios do contraditório e da ampla defesa podem (e devem) ceder espaço, à luz das necessidades de cada caso concreto, quando a urgência da

providência jurisdicional solicitada for incompatível com eles (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

## 2.5. Cumprimento

O cumprimento da decisão que antecipa a tutela para os fins do § 3º do art. 461 deve observar a disciplina constante dos §§ 4º a 6º do mesmo dispositivo, aplicáveis, à hipótese, as considerações feitas pelo n. 4 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 3.

Considerando o teor daqueles dispositivos e a interpretação a eles dada, não se fazem presentes, na espécie, as dificuldades ressaltadas pelo n. 3 do Capítulo 4 com relação às obrigações de pagamento de quantia e a *aparente* estreiteza do § 3º do art. 273. As obrigações de fazer e de não fazer encontram, no plano *processual*, técnicas bastante aprimoradas para a plena satisfação do credor independentemente do fundamento que justifica a antecipação da tutela.

Ademais, por serem predominantemente *atípicas*, viabilizam, por si só, a adoção de mecanismos que melhor tutelam o direito da parte consoante as necessidades de cada caso concreto.

## 2.6. Revogação ou modificação da tutela antecipada

O § 3º do art. 461 viabiliza a revogação ou modificação da “medida liminar”, isto é, da decisão antecipatória da tutela, a qualquer tempo, sempre em decisão fundamentada.

Por “revogação” ou “modificação” deve ser entendida não só sua *adaptação* para melhor tutelar o plano material subjacente ao processo, mas, também, a determinação da cessação de seus efeitos, total ou parcialmente, quando, *supervenientemente*, o magistrado verificar a insubsistência dos pressupostos que legitimaram a concessão da medida (v. n. 5 do Capítulo 2).

Mais correto, pelas razões lá expostas, que a “revogação” se dê a partir de *novos* elementos fáticos ou jurídicos trazidos aos autos pelas partes ou por eventuais terceiros, vale dizer, à luz de uma *nova* avaliação dos fatos ou do direito a ser feita pelo magistrado com o conseqüente *aprofundamento* da cognição jurisdicional.

### 3. TUTELA ANTECIPADA E ART. 461-A

A expressa remissão feita pelo § 3º do art. 461-A a todos os parágrafos do art. 461 inclui a possibilidade de antecipação da tutela expressamente disciplinada pelo seu § 3º, razão pela qual todas as considerações feitas pelos números anteriores têm plena aplicação também para os casos em que a modalidade obrigacional, tendo como referência o direito material, for de dar, entregar ou restituir coisa diversa de dinheiro.

Assim, também o pedido de tutela jurisdicional para que o réu *dê, entregue* ou *restitua* coisa certa ou incerta admite antecipação, quando presentes e suficientemente comprovados os pressupostos exigidos pelo art. 461, § 3º.

Em tais casos, verificados os pressupostos autorizadores da antecipação da tutela, deve o magistrado determinar que o réu dê, entregue ou restitua o bem devido, sob pena de ser expedido mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, em se tratando de bem móvel ou imóvel, respectivamente, aplicando-se, no mais, para fins de *cumprimento* da medida, o que dispõem os §§ 1º e 2º do art. 461-A, tal qual exposto pelos ns. 5 a 8 do Capítulo 1 da Parte IV do vol. 3.

É importante ressaltar que a “irreversibilidade” contida na efetivação da medida — que resultará, em última análise, na entrega do bem devido pelo réu ao autor — não pode ser listada como óbice à antecipação da tutela (art. 273, § 2º).

Além das considerações do n. 2.2, *supra*, é inequívoca a assunção expressa pelo legislador dos *riscos* advindos desta situação concreta. Ademais, a responsabilidade advinda da revogação, da reforma ou, de forma ampla, da insubsistência daquela providência jurisdicional é *objetiva*. Para tanto, releva verificar, *motivadamente*, a presença dos elementos que *legitimam* a antecipação da tutela em cada caso concreto. Se o magistrado se convencer de sua presença, isto é, se os elementos fáticos e jurídicos carreados ao processo indicarem a *necessidade* da realização da “tutela específica” em prol do credor da obrigação, inclusive *antecipadamente*, não há qualquer óbice para a concessão da medida, muito pelo contrário.

# CAPÍTULO 7

## Tutela antecipada no direito processual público

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A tutela antecipada apresenta algumas vicissitudes quando a Fazenda Pública é parte no processo ou, como quer o n. 7.2 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1, nos casos de “direito processual público”.

Sem prejuízo do que este *Curso* traz com relação ao tema, tendo como pano de fundo o “mandado de segurança” (v. n. 7 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 2, tomo III), cabe ao presente volume o estudo relativo à “tutela antecipada”, viabilizando, com a iniciativa, um mais amplo exame da matéria.

### 2. A APLICABILIDADE DO ART. 273 E DO § 3º DO ART. 461 AOS CASOS DE “DIREITO PROCESSUAL PÚBLICO”: O ART. 1º DA LEI N. 9.494/1997

Desde a introdução da tutela antecipada no Código de Processo Civil, com a Lei n. 8.952/1994, deu-se início a interessante debate em sede de doutrina e de jurisprudência acerca de sua aplicabilidade nos processos em que a Fazenda Pública é parte, especialmente ré.

Para os defensores da tese do não cabimento, o reexame necessário do art. 475 (v. Capítulo 2 da Parte III do vol. 5) seria óbice intransponível à incidência do novel instituto. Se, como regra, nem a *sentença* proferida em desfavor da Fazenda pode surtir seus regulares efeitos senão depois de confirmada pelo Tribunal, não o poderia fazê-lo mera decisão interlocutória que, em última análise, anteciparia seus efeitos. Também não se poderia cogitar da tutela antecipada diante da regra do art. 100 da Constituição Federal, que impõe que todos os pagamentos em dinheiro devidos pela

Fazenda sejam feitos por precatório ou, quando menos, por requisição nos casos de pequeno valor, exigindo-se em um e em outro caso o trânsito em julgado da decisão respectiva (v. n. 6 do Capítulo 8 da Parte II do vol. 3). Ainda, dizia-se que o art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/1992, ao vedar o cabimento de “cautelares satisfativas” contra a Fazenda, afastaria a incidência do art. 273, já que a tutela antecipada veio, declaradamente, para ocupar o lugar daquelas medidas (v. n. 4 do Capítulo 5 da Parte II).

As razões acima destacadas nunca mereceram acolhimento. Não há nelas qualquer óbice que vede generalizadamente a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública que, à luz do “modelo constitucional do direito processual civil”, não pode ser proscrita do sistema processual civil. O que importa é que estejam presentes e demonstrados, em cada caso concreto, os pressupostos autorizadores do art. 273, do “dever-poder geral de antecipação”.

O art. 475 nunca foi e não é, em si mesmo, óbice à tutela antecipada, porque seu traço característico é, justamente, *antecipar* a eficácia de alguma decisão jurisdicional que, de outra forma, não surtiria efeito nenhum. Fosse correto o argumento baseado no art. 475 e nenhuma sentença sujeita a recurso de apelação com efeito suspensivo — é esta a regra que deriva do *caput* do art. 520 — poderia ter seus efeitos antecipáveis. Contudo, justamente porque determinada decisão jurisdicional não tem, por força de lei, condições de produzir seus regulares efeitos no plano material é que tem lugar a tutela antecipada.

A incidência do art. 100 da Constituição Federal para a hipótese também nunca mereceu acolhida.

A uma porque, se tutela antecipada significa emprestar efeitos a uma dada decisão jurisdicional *antes* do tempo abstratamente previsto pelo legislador, não há por que recusar que a expedição do precatório *antes* do trânsito em julgado já pode ser bastante significativa em termos de agilização da prestação da tutela jurisdicional. Eventuais “filas” de credores que deverão se formar ao lado daquelas previstas pela Constituição (credores alimentares e credores não alimentares) é questão que se deve resolver junto à organização da Administração Pública, que se pressupõe *eficiente* (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), e não pode ser oposta ao cidadão que tem direito seu devidamente reconhecido, mesmo que com base em cognição

sumária, em detrimento do ente público. Ademais, a própria exigibilidade da expedição de um precatório para que a Fazenda Pública pague valores reconhecidos como devidos pelo Poder Judiciário foi modificada sensivelmente desde a Emenda Constitucional n. 30/2000, diretriz que foi mantida pela mais recente Emenda Constitucional n. 62/2009. A Constituição admite, desde então, que pagamentos sejam feitos pela Fazenda mediante mera *requisição* nos casos identificados como “pequeno valor” (art. 100, § 3º, da Constituição Federal; v. n. 9 do Capítulo 8 da Parte II do vol. 3).

A duas porque, para aqueles casos em que se faz urgente a satisfação do direito, o *tempo* inerente ao processamento do precatório — mesmo que expedido *antes* do instante procedimental a que se refere a Constituição Federal — nunca pôde ser colocado como óbice à antecipação da tutela propriamente dita. Em tais circunstâncias, como demonstra o n. 3.2 do Capítulo 4, a *urgência* é fator determinante para a *modificação* dos meios de *concretização* da tutela jurisdicional mesmo quando for concedida em desfavor da Fazenda Pública.

A três porque, nem toda pretensão exercitável em face da Fazenda Pública pode ser reduzida a dinheiro e, processualmente, à necessidade da expedição de seu precatório ou requisição para o pagamento respectivo. Por isso, o precatório e a requisição do pequeno valor não são a *única técnica* de concretização dos comandos jurisdicionais contra a Fazenda Pública. O art. 100 da Constituição Federal, por isso mesmo, nunca foi e não é um óbice *constante* à admissão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública porque o particular pode pretender, em relação a ela, o adimplemento de uma obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa diferente de dinheiro.

O art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/1992, de sua vez, nunca teve o condão de ser empregado como óbice para a tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Se é verdade que nele se veda a “medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação”, visando a combater as chamadas “cautelares satisfativas” (v. n. 4 do Capítulo 5 da Parte II), a Lei n. 8.952/1994 e o art. 273 são normas posteriores que têm aptidão para revogar as disposições pretéritas em sentido contrário. Se “cautelar satisfativa” é expressão que pode ser entendida como contraditória nos próprios termos (v. n. 1 da Introdução), a tutela antecipada não o é. E mais: o papel indesejado

(ou indesejável) que as chamadas “cautelares satisfativas” desempenhavam no dia a dia do foro foi ocupado pela antecipação da tutela do art. 273.

Não há necessidade de prosseguir nas discussões levantadas pelos parágrafos anteriores. É que, antes do atingimento de qualquer consenso na doutrina e na jurisprudência a seu respeito, foi editada a Medida Provisória n. 1.570/1997, convertida, posteriormente, na Lei n. 9.494/1997, cujo art. 1º “disciplinou”, para restringir expressamente, a incidência da tutela antecipada contra a Fazenda Pública em algumas hipóteses.

O que o art. 1º daquele diploma legal fez, no substancial, foi vedar que a tutela antecipada contra a Fazenda Pública seja concedida para fins de pagamentos de vantagens a servidores públicos, a exemplo de restrições legislativas anteriores existentes para o mandado de segurança (arts. 5º e 7º da Lei n. 4.348/1964 e art. 1º, § 4º, da Lei n. 5.021/1966, hoje substituídas pelo art. 7º, § 2º, e pelo art. 14, § 3º, da Lei n. 12.016/2009) e para as “ações cautelares” contra a Fazenda Pública (art. 1º da Lei n. 8.437/1992; v. n. 2 do Capítulo 5 da Parte II).

Os arts. 3º e 4º da Lei n. 8.437/1992 que, mercê do dispositivo em exame, passaram a ser aplicados também para a tutela antecipada contra a Fazenda Pública não vedam propriamente a sua concessão, mas interferem, em diferentes medidas, na fruição imediata (antecipada) do direito reconhecido ao jurisdicionado.

O art. 3º, com efeito, empresta efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto da sentença que concede vantagens patrimoniais a funcionários públicos, afastando-se, assim, do art. 520, IV (v. n. 9 do Capítulo 3 da Parte II) e, pela especialidade, também do mais recente inciso VII do art. 520 (v. Capítulo 3). A coerência que a regra aparenta ter é agressiva ao “modelo constitucional do processo civil” porque inibe a proteção *imediata* a direito do servidor público que tem, por definição, caráter alimentar. Ainda que os pagamentos a serem feitos pela Fazenda Pública dependam, por força dos §§ 1º, 3º e 5º do art. 100 da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional n. 62/2009 do trânsito em julgado, importa destacar que aquela generalização atrita com o referido “modelo”, tendendo a ceder consoante sejam as necessidades de cada caso concreto (v. n. 3, *infra*).

O art. 4º da Lei n. 8.437/1992, por seu turno, disciplina o “pedido de suspensão” dos efeitos das decisões antecipatórias de tutela a ser formulado

perante o Presidente do Tribunal recursal competente, de cujo exame se ocupa o n. 5, *infra*.

A maioria da doutrina criticou veementemente a Medida Provisória n. 1.570-5/1997 e sua lei de conversão, a Lei n. 9.494/1997. As restrições impostas foram tachadas de inconstitucionais por violar, a olhos vistos, a cláusula constitucional de proteção a *ameaça de direito* (art. 5º, XXXV). Não há como discordar desse entendimento, máxime quando analisada a questão da perspectiva eleita como premissa para o desenvolvimento de todo o *Curso*.

Na medida cautelar da ADC 4/DF, relatada pelo então Ministro Sydney Sanches, contudo, o Plenário do STF, por maioria de votos, declarou *constitucional* o art. 1º da Lei n. 9.494/1997 (j.m.v. 11.2.1998, DJ 21.5.1999, p. 2) e o fez, porque se trata de ação declaratória de constitucionalidade, com efeitos *vinculantes* (art. 102, § 3º, da Constituição Federal). O julgamento foi confirmado em sessão plenária que se realizou em 1º.10.2008, quando a referida ação foi julgada procedente, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Desde então, qualquer decisão que antecipe a tutela em desfavor da Fazenda Pública nos casos vedados pelo referido dispositivo pode ser *cassada* por “reclamação” a ser apresentada diretamente no STF (v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 5; STF, Pleno, Recl 4.361/ES, Min. Cármen Lúcia, j.m.v. 20.5.2009, DJe 21.8.2009), assim como o foram todas as decisões jurisdicionais em sentido contrário ao que decidiu aquele mesmo Tribunal existentes àquela época.

Pelas razões já expostas acima, e com o devido respeito, não há como concordar com o entendimento que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal na oportunidade. A cláusula do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal não se limita a assegurar o “direito de ação” no sentido clássico e tradicional da expressão, de obter “julgamento de mérito” perante o Poder Judiciário.

A cláusula, devidamente compreendida, vai muito além, porque reconhece um verdadeiro “direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”, como expõe o n. 1 da Introdução. Não há espaço para o asseguramento meramente *formal* daquela garantia, destarte; ela tem que ser experimentada e sentida *fora* do plano processual, *no* plano material. É esta a missão a ser

desempenhada pelo “dever-poder geral de antecipação”, de onde decorre a inegável interferência causada pelo art. 1º da Lei n. 9.494/1997 nas hipóteses por ele albergadas.

Abstraída a ADC 4/DF — e, com o devido respeito, não há como aderir ao entendimento que acabou por prevalecer no seu julgamento —, todos os casos não cobertos pela Lei n. 9.494/1997 podem ser objeto de pedidos de antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, quando, evidentemente, estiverem presentes os pressupostos respectivos.

Provas seguras do acerto desse entendimento são a Súmula 729 do STF, segundo a qual: “A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária” e a decisão do Pleno do STF na Rcl 4.751/PI, rel. Min. Carlos Britto, j.un. 20.5.2009, DJe 19.6.2009, que entendeu possível a antecipação da tutela contra o Poder Público para viabilizar que candidatos participassem de ulteriores fases de concurso público mesmo diante da obrigação de o Estado pagar bolsa a eles.

Também é vasta a jurisprudência que admite a tutela antecipada contra a Fazenda Pública em diversas situações em que o que está em risco é a saúde do cidadão, “valor” em si mesmo considerado mais importante do que o equivalente monetário necessário para seu custeio, mesmo quando os responsáveis para tanto são os cofres públicos.

Neste sentido, no âmbito do STF, v., dentre tantos: 2ª Turma, RE 495.740/DF, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 2.6.2009, DJe 14.8.2009; 2ª Turma, RE-AgR 393.175/RS, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 12.12.2006, DJ 2.2.2007, p. 140, e 2ª Turma, RE-AgR 410.715/SP, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 22.11.2005, DJ 3.2.2006, p. 76.

No âmbito do STJ, v. os seguintes julgados: 1ª Turma, AgRg no REsp 936.011/RS, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 17.4.2008, DJ 12.5.2008, p. 1; 2ª Turma, REsp 784.241/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 8.4.2008, DJ 23.4.2008, p. 1; 1ª Turma, REsp 869.843/RS, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 18.9.2007, DJ 15.10.2007, p. 243; 2ª Turma, REsp 898.260/RS, rel. Min. Castro Meira, j.un. 15.5.2007, DJ 25.5.2007, p. 400; 1ª Turma, REsp 662.033/RS, rel. Min. José Delgado, j.un. 28.9.2004, DJ 8.11.2004, p. 191, e 1ª Turma, MC 6.515/RS, rel. Min. José Delgado, j.un. 16.9.2003, DJ 20.10.2003, p. 174.

A conclusão a ser tirada do quanto escrito nos parágrafos anteriores é a de ser vedada interpretação que restrinja ainda mais o campo de incidência do art. 1º da Lei n. 9.494/1997, reservando sua incidência — não obstante as notas anteriores — para os casos que aquele diploma legislativo *taxativamente* prevê. Bem fundamentado a respeito é o acórdão da 2ª Turma do STJ no REsp 424.863/RS, rel. Min. Franciulli Netto, j.un. 5.8.2003, DJ 15.9.2003, p. 293.

O magistrado deverá, outrossim, quando entender ser o caso diante de seus pressupostos respectivos, deferir tutela antecipada contra a Fazenda Pública em hipóteses que, a despeito de serem vedadas, encontram-se em *outros diplomas legislativos*, estranhos ao rol do art. 1º da Lei n. 9.494/1997. Isto porque, mesmo com a lei restritiva, é dado ao juiz do caso concreto, no exercício do controle *incidental* ou *difuso* da constitucionalidade, afastar sua incidência por entendê-la agressiva ao “modelo constitucional do processo civil” em consonância com o entendimento acima exposto. É o que se espera seja feito diante do § 5º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009, a “nova lei do mandado de segurança”, que impede a aplicação dos arts. 273 e 461 do CPC nos mesmos casos em que a “medida liminar” em “mandado de segurança” é vedada, por força do § 2º do mesmo dispositivo legal, a saber: “Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”.

A decisão do STF na ADC 4/DF, não há por que negar, a despeito de todas as considerações feitas até o momento, é um indicativo (um “precedente”) de que aquele Tribunal, não obstante a alteração de sua composição, poderá entender constitucionais outros diplomas normativos proibitivos da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, dentre eles o já citado § 5º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009. A ressalva, contudo, não veda — à falta de efeitos vinculantes — a atividade do magistrado que constata uma situação de perigo concreto e quer dar vida à promessa constitucional de que a lei (ou medida provisória) não afastará do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Diante dos pressupostos autorizadores da antecipação da tutela previstos no art. 273 e no § 3º do art. 461, o magistrado *deve*, a

despeito de norma restritiva, deferir o pedido, motivando, inclusive no que diz respeito ao afastamento da regra restritiva de direito fundamental do caso, a sua decisão. Trata-se de consequência inarredável do escorreito exercício do controle *incidental* ou *difuso* da constitucionalidade.

É também tendência da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mesmo quando não se discute a constitucionalidade de eventual vedação legislativa, a de afastar a aplicação de regra proibitiva de antecipação da tutela quando a hipótese concreta não vai de encontro à hipótese de incidência legal. É o que ocorre, por exemplo, com relação ao art. 29-B da Lei n. 8.036/1990, acrescentado pela Medida Provisória n. 2.197-43/2001, que proíbe a tutela antecipada para *saque* ou *movimentação* do FGTS, mas *não* para incidência de correção monetária nos depósitos (assim, v.g.: STJ, 1ª Turma, REsp 818.548/MG, rel. Min. Francisco Leitão, j.un. 1.6.2006, DJ 19.6.2006, p. 124) e a respeito do índice de correção monetária para pagamento dos serviços tabelados no âmbito do SUS (assim, v.g.: STJ, 2ª Turma, REsp 422.432/SC, rel. Min. João Otávio Noronha, j.un. 25.4.2006, DJ 3.8.2006, p. 237).

### **3. O TRÂNSITO EM JULGADO PARA PAGAMENTOS DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA**

Sem prejuízo das considerações de que se ocupa o n. 2, *supra*, importa analisar mais detidamente a vinculação feita desde o art. 100 da Constituição Federal entre o trânsito em julgado e a expedição de precatórios ou a requisição dos pagamentos de “pequena quantia”.

A questão é tanto mais interessante porque, a despeito do entendimento a que o Supremo Tribunal Federal chegou quando do julgamento da ADC 4/DF, há diversos outros pagamentos a serem feitos pela Fazenda Pública que não são relativos à remuneração de servidores públicos. É o que se dá, por exemplo, com valores devidos pela prestação de serviços devidos por contratos administrativos ou valores devidos pela repetição de indébito tributário. Também, por força da Súmula 729 do STF, quando se tratar de pagamentos devidos a título de previdência social (v. n. 2, *supra*).

O enfrentamento do tema é pertinente, pois a EC n. 30/2000, dando nova redação ao art. 100, *caput*, da Constituição Federal, atrelou a expedição do precatório ao trânsito em julgado da decisão que reconhece o direito do particular. E, mesmo quando *dispensou* o precatório no seu § 3º, não se esqueceu de vincular o pagamento ao trânsito em julgado da decisão respectiva. A exigência é feita pelos atuais §§ 1º, 3º e 5º do mesmo dispositivo constitucional, na redação que lhes deu a EC 62/2009.

Não obstante as *letras* dos dispositivos constitucionais, a melhor solução é a de entender possível a antecipação da tutela em tais casos. Isto fundamentalmente por duas razões:

A primeira é que o vínculo da expedição do precatório ou do requisitório ao trânsito em julgado é fruto de emenda à Constituição que, como tal, deve obediência a determinadas regras que lhe são *anteriores* e *impositivas*. Na exata medida em que a necessidade de *aguardar* o trânsito em julgado para que o jurisdicionado se beneficie de uma decisão judicial que o favorece tem aptidão de *ameaçar* a fruição plena de sua situação jurídica ou criar lesão de difícil reparação ou irreparável, o lapso temporal correspondente atrita com a proteção dos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal que também integram *expressamente* o “modelo constitucional do direito processual civil”. Nesse sentido, a exigência feita pela atual redação dos §§ 1º, 3º e 5º do art. 100 da Constituição Federal atrita com aquele “modelo” e, conseqüentemente, não pode prevalecer.

A segunda razão anunciada volta-se ao sistema infraconstitucional e justifica a própria razão de ser da “tutela antecipada” no Código de Processo Civil: justamente porque as precitadas regras constitucionais vinculam a expedição do precatório ou do requisitório ao *trânsito em julgado* é que há espaço para a *antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional*. Assim, sempre que o caso concreto exigir aquela atitude do magistrado nos termos do art. 273, antecipa-se a tutela, não obstante o *texto* da Constituição. Caso contrário, à falta de qualquer peculiaridade ou de urgência, prevalece o *texto* emendado da Constituição Federal com o aguardo do trânsito em julgado para o início dos atos executivos visando ao pagamento de soma em dinheiro por parte da Administração Pública.

As conclusões a que chegam os parágrafos anteriores são tanto mais corretas quando é a própria lei (ou medida provisória) quem vincula o

pagamento de quantia devida ao servidor público a qualquer título ao trânsito em julgado, como o faz, expressamente, o art. 2º-B da Lei n. 9.494/1997, fruto da Medida Provisória n. 2.180-35/2001 e como parece querer sugerir, pelo menos em uma de suas interpretações possíveis — e com a qual não concorda esse *Curso* —, o § 3º do art. 14 da Lei n. 12.016/2009, a “nova lei do mandado de segurança”.

Ademais, como analisado pelo n. 3.2 do Capítulo 4, é irrecusável que a *necessidade* de antecipar a tutela, mesmo contra a Fazenda Pública, pode justificar *também* o afastamento das técnicas executivas abstratamente disponíveis para a *satisfação* do direito. Assim, quando o *tempo* inerente ao processamento do precatório ou da requisição de pequeno valor for maior que o *dano* a ser experimentado pelo particular, aqueles mecanismos devem ser afastados, justificadamente, do caso concreto, dando-se azo ao emprego de outras técnicas que melhor possam tutelar o direito.

A esse respeito, vale o destaque de que a circunstância de o art. 1º da Lei n. 9.494/1997 referir-se ao art. 461 (e, conseqüentemente, ao seu § 3º; v. n. 2 do Capítulo 6) é de nenhuma importância porque o “fazer” ou o “não fazer” e o “pagar” reclamam, no plano processual, a adoção de diferentes *técnicas*. E porque a não adoção das técnicas idealmente predispostas pelo legislador para aquele fim baseia-se na *necessidade* da *prestação urgente* da tutela jurisdicional, isto é, na sua *concretização*, não apenas no reconhecimento de que ela é devida, a lei não pode pretender excluir a sua aplicação sob pena de agredir o “modelo constitucional do direito processual civil”.

Ademais, o art. 461-A, inserido no Código de Processo Civil apenas com a Lei n. 10.444/2002, não é albergado pela legislação restritiva que lhe é anterior, a Lei n. 9.494/1997. Assim, mesmo no plano da *literalidade* da lei, não há qualquer vedação legal que iniba, uma vez presentes os pressupostos fáticos autorizadores, a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública para que ela *dê*, *entregue* ou *restitua* algo do particular, fornecendo, assim, variadas técnicas para a realização do direito suficientemente reconhecido em prol do particular.

## **4. NO “DIREITO PROCESSUAL TRIBUTÁRIO”**

No campo do chamado “direito processual tributário”, isto é, quando o direito material controvertido em juízo é regido pelo direito (material)

tributário (v. n. 7.2.1 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1), há normas restritivas da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública que merecem exame destacado.

O art. 1º, § 5º, da Lei n. 8.437/1992, acrescentado pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001 — e que é apanhado pelo art. 1º da Lei n. 9.494/1997 para os casos de antecipação da tutela (v. n. 2, *supra*) — veda a tutela antecipada “que defira a compensação de créditos tributários ou previdenciários”. O dispositivo, a despeito de ter sido introduzido no cenário jurídico nacional por medida provisória, mantém sua vigência plena por força do art. 2º da EC n. 32/2001. Ademais, a vedação nele contida não destoaria do entendimento vencedor no âmbito do STJ como faz prova a sua Súmula 212 (v. n. 6 do Capítulo 5 da Parte II). Mais recentemente, a mesma vedação, embora restrita aos “créditos tributários”, foi feita pelo § 5º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009, a “nova lei do mandado de segurança” (v. n. 2, *supra*).

O referido art. 1º, § 5º, chegou a ser declarado *constitucional* pelo Plenário do STF no julgamento da ADI 2.251/DF, rel. Min. Sydney Sanches. Como aquele processo foi, posteriormente, julgado extinto sem resolução de mérito (DJ 24.4.2001), a decisão então proferida, por não subsistir no ordenamento jurídico, não tem efeitos vinculantes, diferentemente do que se dá com relação à ADC 4/DF (v. n. 2, *supra*).

Não obstante, a melhor doutrina que se debruçou sobre o assunto diz que a Súmula 212 do STJ e o § 5º do art. 1º da Lei n. 8.437/1992 (e, por identidade de motivos, o § 5º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009) não vedam a compensação de créditos tributários (e, por identidade de motivos, também os créditos previdenciários) em decisão antecipatória da tutela de forma absoluta (por todos, v. James Marins, *Direito processual tributário brasileiro*, p. 424-426).

O que as vedações querem significar — e nisto não há por que tirar a razão do argumento — é que não cabe ao Estado-juiz compensar o tributo, mas, bem diferentemente, limitar-se a estabelecer os parâmetros concretos pelos quais poderá o contribuinte, no plano material, fazer, por sua própria conta e risco, a compensação. E mais: que a compensação assim efetivada não tem o condão de *extinguir* o crédito tributário que pressupõe decisão

transitada em julgado nos termos do art. 156, X, do Código Tributário Nacional.

A Lei Complementar n. 104/2001 acrescentou um art. 170-A ao CTN, que dá a entender que a compensação de créditos tributários pressupõe o trânsito em julgado e, nessa condição, seria inviável sua compensação *antes* daquele instante procedimental, vedada, portanto, *antecipação* de tutela jurisdicional para aquele mesmo fim.

Aqui também a melhor doutrina que se debruçou sobre o assunto nega que a interpretação do dispositivo seja aquela (por todos, v. James Marins, “A compensação tributária e o art. 170-A do CTN: uma regra de procedimento dirigida à autoridade administrativa ou regra de processo civil dirigida ao juiz?”, p. 155-162). A vedação que decorre da lei é a de que a compensação de crédito tributário, antecipadamente admitida, enseja a produção de um efeito que só o trânsito em julgado pode gerar, que é a *extinção* do crédito tributário, por força do referido art. 156, X, do CTN. A compensação que extingue o crédito tributário nos termos do art. 156, II, do mesmo Código, pressupõe a ausência de litígio entre o contribuinte e o Fisco. Trata-se, nesse sentido, muito mais de regra voltada ao agente tributário do que ao magistrado. É regra que tem incidência restrita aos casos de “processo *administrativo* tributário” e não ao “processo *jurisdicional*”, portanto.

Ademais, tanto em um como em outro caso, a *constitucionalidade* da vedação pura e simples da compensação *antes* do trânsito em julgado assemelha a hipótese ao que o n. 3, *supra*, tratou com relação à expedição de precatórios ou requisições de pequeno valor e, por isso, a restrição não resiste a um confronto com o “modelo constitucional do processo civil”.

Outra questão interessante relativa às aplicações do instituto ao “direito processual tributário” diz respeito à possibilidade de a decisão antecipatória de tutela ter o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário. Muito se discutiu em doutrina e em jurisprudência sobre o assunto, porque o art. 151, IV, do CTN só fazia menção à “liminar em mandado de segurança” para aquela finalidade, silenciando-se, até porque aquela regra é anterior ao Código de Processo Civil, a eventual “liminar em processo cautelar” ou decisão antecipatória da tutela.

Para encerrar quaisquer dúvidas que pudessem existir sobre o assunto a Lei Complementar n. 104/2001 introduziu um novo inciso V no art. 151 do

CTN, com a seguinte redação: “a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial”.

A propósito do tema, cabe destacar que a 1ª Seção do STJ, em sede de recurso especial repetitivo (REsp 1.123.699/RS, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 9.12.2009, DJe 1.2.2010), corretamente entendeu cabível “ação cautelar” “para assegurar a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa”, equiparando, nesses casos, a caução ofertada pelo contribuinte (autor do processo) a uma penhora antecipada, exigível para fins de embargos à execução, caso já houvesse execução fiscal contra ele ajuizada pelo ente público.

## **5. O “PEDIDO DE SUSPENSÃO”**

Com relação à incidência da tutela antecipada nos processos em que é parte a Fazenda Pública não há como deixar de lado a menção a outro instituto, típico do “direito processual público”, o chamado “pedido de suspensão” ou “suspensão de segurança”, nomenclatura esta que se deve às suas origens nas leis que disciplinam o mandado de segurança.

O instituto notabilizou-se como mecanismo de que se serve a Fazenda Pública para pleitear a suspensão, junto aos Presidentes dos Tribunais competentes para julgar o recurso interponível da decisão respectiva, dos efeitos de decisão proferida em seu desfavor por razões muito mais políticas, quiçá de conveniência administrativa, do que jurídicas. A maior parte da doutrina defende arduamente a inconstitucionalidade do mecanismo, que, não obstante, tem ampla aceitação e aplicabilidade diuturna em todos os Tribunais brasileiros.

O art. 1º da Lei n. 9.494/1997, declarado constitucional pelo STF na ADC 4/DF, evidencia que o instituto, previsto, à época de sua promulgação, para o mandado de segurança no art. 4º da Lei n. 4.348/1964 (atualmente é o art. 15 da Lei n. 12.016/2009 que regulamenta o instituto para aquele procedimento jurisdicional constitucionalmente diferenciado) e, para as “ações cautelares” contra o Poder Público, no art. 4º da Lei n. 8.437/1992 (v. n. 8 do Capítulo 5 da Parte II), aplica-se também para os pedidos de antecipação de tutela formulados contra a Fazenda Pública. O dispositivo, assim, pretendeu eliminar qualquer dúvida que poderia ser levantada sobre a

incidência da figura para os casos albergados pelo art. 273 e pelo § 3º do art. 461 (v. n. 2, *supra*).

Sem prejuízo da mais aprofundada análise do instituto pelo n. 8 do Capítulo 5 da Parte II e pelo n. 13 do Capítulo 1 da Parte I do tomo III do vol. 2, cabe, para os fins presentes, ilustrar o funcionamento do “pedido de suspensão”.

Particular demanda a Fazenda Pública e requer, a título de tutela antecipada, que seja afastada sua inabilitação de processo licitatório, determinando-se seu reingresso no certame em igualdade de condições com os demais licitantes. O magistrado defere a antecipação de tutela, forte na presença dos pressupostos do *caput* e do inciso I do art. 273.

Contra essa decisão, a Fazenda Pública pode, sem prejuízo da interposição do recurso de agravo de instrumento (art. 4º, § 6º, da Lei n. 8.437/1992), pleitear junto ao Presidente do Tribunal competente para julgamento daquele mesmo recurso a suspensão dos efeitos da decisão visando, com isto, o afastamento do concorrente do certame. Deverá alegar e demonstrar, para tanto, que os efeitos daquela decisão comprometem “a ordem, a saúde, a segurança ou a economia públicas” (art. 4º, *caput*, da Lei n. 8.437/1992). Se o caso reclamar urgência, o pedido, quando presentes os seus respectivos pressupostos, pode ser *liminarmente* concedido (art. 4º, § 7º, da Lei n. 8.437/1992).

Da decisão do Presidente do Tribunal, acolhendo ou rejeitando o pedido da Fazenda Pública, cabe o recurso de “agravo interno” no prazo de cinco dias (art. 4º, § 3º, da Lei n. 8.437/1992) a ser interposto pela parte prejudicada. Há julgados do STJ (STJ, 2ª Turma, REsp 1.331.730/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. un. 7.5.2013, DJe 23.5.2013) e do STF (Pleno, SS-AgR-segundo 3.740/PR, rel. Min. Cezar Peluso, j.m.v. 29.3.2012, DJe 2.5.2012 e Pleno, STA-AgR-AgR 71/GO, rel. Min. Cezar Peluso, j.m.v. 29.3.2012, DJe 30.4.2012) negando a aplicação, à hipótese, do disposto no art. 188 do Código de Processo Civil, não admitindo, pois, o cômputo em dobro do prazo recursal previsto no precitado dispositivo legal.

Se o acórdão que julgar o agravo interno resultar na *manutenção* da decisão antecipatória da tutela, a Fazenda Pública poderá pleitear, perante o Presidente do Supremo Tribunal Federal e/ou perante o Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a suspensão de seus efeitos, o que fará

consoante a fundamentação de seu novo pedido seja constitucional federal ou infraconstitucional federal, respectivamente, analogicamente ao que prevê o art. 25 da Lei n. 8.038/1990, observando-se, em termos de procedimento, também por analogia, o disposto no art. 543 (v. n. 10 do Capítulo 11 da Parte I do vol. 5).

O pedido de suspensão tem cabimento também quando, mercê de julgamento de agravo de instrumento interposto da decisão de primeira instância, a decisão antecipatória da tutela for confirmada ou, caso seja uma decisão negativa, agravada pelo particular com base no referido § 3º do art. 4º da Lei n. 8.437/1992, acabe sendo concedida.

Em ambos os casos, o § 5º do art. 4º da Lei n. 8.437/1992 prevê a apresentação de um novo pedido, desta feita dirigido ao acórdão do Tribunal de segunda instância, diretamente ao Presidente do Supremo Tribunal Federal ou ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, observando-se, para fins de competência, sua específica fundamentação. Um verdadeiro pedido de suspensão com caráter recursal, um “pedido de suspensão da não suspensão”.

O § 8º do art. 4º da Lei n. 8.437/1992 prevê, também, a formulação de um “pedido *coletivo* de suspensão”, assim entendida a possibilidade de decisões sobre a mesma *tese* jurídica ter seus efeitos suspensos por mero aditamento ao pedido anteriormente já concedido.

Em quaisquer das hipóteses, a suspensão dos efeitos da decisão antecipatória da tutela tende a perdurar até o trânsito em julgado da decisão final, nos termos do § 9º do art. 4º da Lei n. 8.437/1992, solução que agride, inequivocamente, o “modelo constitucional do processo civil”, porque inutiliza a razão de ser da função jurisdicional *preventiva* (v. n. 8.1.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1).

# CAPÍTULO 8

## Fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Se a atuação do Estado-juiz, quando se faz necessária, e o seu produto ótimo, a outorga da tutela jurisdicional, devem dar a cada um aquilo que se espera do cumprimento espontâneo das obrigações no plano do direito material, ao legislador pôs-se a questão de criar condições para que isso realmente se verifique. Se como características marcantes da tutela jurisdicional encontram-se sua *substitutividade* com ânimo de *imperatividade* — consequências decorrentes, aliás, do monopólio da jurisdição exercida pelo Poder Judiciário (v. ns. 3.1 e 3.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1, respectivamente) —, nada mais coerente que as situações onde a atuação do Estado-juiz faz-se necessária não signifiquem perda ou prejuízo para a expectativa que o jurisdicionado tem no plano do direito material e que impõe o rompimento da inércia jurisdicional.

É comum a afirmação de que a “tutela antecipada” do art. 273 e a “tutela cautelar” (ou, como quer o Código de Processo Civil, todo o seu Livro III, dedicado ao “*processo cautelar*”; v. n. 1 da Introdução) são *técnicas* utilizadas para aquele fim, concretizando, assim, o “modelo constitucional do processo civil”, em especial os incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal (v. os ns. 15 e 16 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1 e o n. 1 da Introdução).

É correta a observação já posta em relevo pelo n. 2 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1 que, diante do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, sequer haveria necessidade de *lei* para tanto, suficiente uma adequada compreensão e aplicação dos referidos princípios constitucionais. A iniciativa legislativa, contudo, seja a constante originalmente do Código de Processo Civil (quando a Constituição Federal então vigente silenciava a

respeito da proteção à *ameaça* a direito e quando não havia a compreensão atual sobre a importância do estudo do direito processual civil a partir do “modelo constitucional”), seja a derivada do primeiro movimento mais intenso das “Reformas” que tiveram início da década de 1990 (v. n. 2.7 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1), é digna de aplausos porque ela disciplina de maneira mais clara as *técnicas* processuais disponíveis no sistema para evitar que lesões e ameaças a direito sejam afastadas da apreciação do Judiciário e quais as *técnicas* a serem empregadas para o atingimento de uma duração razoável do processo e, de forma ampla, para a celeridade de sua tramitação.

Destarte, o “dever-poder geral de antecipação” (art. 273) e o “dever-poder geral de cautela” (art. 798) devem ser entendidos como técnicas concorrentes predispostas pelo legislador processual civil para bem cumprir as diretrizes do “modelo constitucional”, transformando o processo no que, na perspectiva constitucional, *deve-ser*.

O entendimento que este *Curso* traz para a “tutela antecipada” tem o condão de extremá-la com bastante nitidez da “tutela cautelar”.

A “tutela antecipada”, como expõe o n. 1 do Capítulo 1, é a forma pela qual, desde que presentes os pressupostos legais analisados pelo Capítulo 1, os efeitos *práticos, concretos, reais* da tutela jurisdicional sejam fruídos antes do tempo que, não fosse pela intervenção do magistrado, emergiriam. Nessa perspectiva, mesmo a “tutela cautelar” pode ser *antecipada* como, com outras palavras, admite expressamente o art. 804 (v. n. 3.8 do Capítulo 3 da Parte II). A doutrina tradicional, contudo, vê o instituto diversamente, como a autorização dada ao legislador para conceder decisões *satisfativas* em contraposição às *cautelares* que, nessa perspectiva, só poderiam *assegurar* o resultado útil de uma outra (e diversa) manifestação jurisdicional a ser alcançada no “processo principal”.

A “tutela cautelar” representa, na formulação original do Código de Processo Civil, um diferente “processo” no qual haveria uma diferente “ação”, tudo em contraposição ao binômio tradicional “processo de conhecimento/processo de execução” e “ação de conhecimento/ação de execução”. Seria um *processo* e uma respectiva *ação* que se caracterizariam não pela *atividade jurisdicional* desempenhada, mas pela sua *finalidade*, a de *assegurar*, isto é, *salvaguardar, acautelar*, um direito ameaçado, criando

condições de, pela intervenção jurisdicional, imunizar uma situação de ameaça, equilibrando, no plano do processo, a situação das partes em conflito no plano material (v. n. 1 do Capítulo 1 da Parte II).

Para este *Curso*, contudo, a “tutela cautelar” nada mais é do que uma forma de manifestação do que o n. 8.1.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1 chama de “tutela *preventiva*”, no que, aliás, é clara a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil (v. n. 1 da Introdução).

A maior parte da doutrina e da jurisprudência, contudo, bem assim os “usos e costumes forenses”, consagrara uma distinção verdadeiramente ontológica entre “tutela antecipada” e “tutela cautelar”, pretendendo, com isto, estabelecer uma verdadeira barreira entre uma e outra. A distinção, contudo, justifica-se muito mais por razões históricas e da própria tradição do direito processual civil brasileiro do que por qualquer outro fundamento. A consciência de que aquelas formas de tutela não representam, na atualidade, a dualidade que uma vez representaram (ou, quando menos, pretenderam representar) é fundamental para a adequada funcionalidade do sistema processual civil à luz de seu “modelo constitucional”, isto é, para a adequada compreensão do processo como método de atuação do Estado-juiz comprometido com a *satisfação* dos direitos, lesionados ou ameaçados, suficientemente reconhecidos como carentes da *tutela* jurisdicional. A *qualidade* dessa tutela jurisdicional é, dessa perspectiva, questão menos importante, que não pode sobrepor-se aos *fins* que justificam a *necessidade* da atuação jurisdicional.

Não obstante a ressalva do parágrafo anterior, o *asseguramento* obtenível pelo “processo cautelar”, de acordo com a formulação que acabou por prevalecer na doutrina e na jurisprudência brasileiras — o que não significa afirmar que não houvesse importantes vozes contra aquele entendimento — não tinha o condão de *satisfazer* o direito ameaçado. A *satisfação* do direito, de acordo com esse entendimento, é ideia antitética à cautelar. Ela se relaciona ao “processo de conhecimento” ou ao “processo de execução”; nunca, contudo, ao “processo cautelar”. A “tutela cautelar”, nessa perspectiva, seria incapaz de *satisfazer* qualquer direito pela simples razão de que ela não agiria (e não poderia agir) no plano *material*, apenas e tão somente, no *processual*. É a construção tradicional da “instrumentalidade” de que dá notícia o n. 5.5 do Capítulo 1 da Parte II.

O raciocínio, entretanto, nunca teve aptidão de passar em um teste frequentíssimo: o que fazer quando a única forma de *assegurar* um direito ameaçado é *satisfazendo-o* de imediato, ainda que parcialmente? A questão é tanto mais importante porque *assegurar* e *satisfazer* não são, ao contrário do que se poderia supor, noções contrapostas. Elas podem, até mesmo, combinar-se consoante as *necessidades* de cada caso concreto.

É imaginar a situação em que a fiscalização municipal pretende fechar um estabelecimento comercial que abriu suas portas para o público sem alvará. O estabelecimento pede ao Judiciário autorização para que ele continue operando. O magistrado, sensível à documentação e às alegações por ele apresentadas, defere o pedido. Trata-se de “tutela antecipada” ou de “tutela cautelar”?

A questão, que pode soar teórica e desnecessária, é importante ao menos por dois motivos.

O primeiro: a medida jurisdicional ao mesmo tempo em que *assegura* a fruição de um direito que o estabelecimento comercial reclama possuir e que, oportunamente, será declarado existente pelo magistrado, o *satisfaz* desde logo.

O segundo: discernir se o caso é de mero *asseguramento* ou de *satisfação* do direito importa porque o Código de Processo Civil prevê *formas* distintas para que a “tutela cautelar” e a “tutela antecipada”, respectivamente, sejam requeridas e concedidas ao Estado-juiz.

Põe-se, destarte, a necessidade de pesquisar o que, não obstante as considerações já feitas, pode distinguir uma da outra levando em conta a distinção que acabou por fazer o próprio Código de Processo Civil. Apresentado o critério pelo número seguinte, é o caso de verificar como a evolução do próprio direito positivo brasileiro se ocupou da matéria.

Tudo, em última análise, para viabilizar o estudo, o mais completo possível, do que o próprio Código de Processo Civil denominou, em seu Livro III, “processo cautelar” (v. n. 1 da Introdução), assunto ao qual se voltam as Partes II e III deste volume. Esta a razão suficiente, aliás, para deixar o tema relativo à *fungibilidade* entre a “tutela antecipada” e a “tutela cautelar” ocupar todo um Capítulo no fecho da Parte I; para que possa fazer, ao menos nas suas entrelinhas, as vezes de uma verdadeira conclusão do

atual estado do assunto no sistema processual civil brasileiro, sem prejuízo, evidentemente, das novidades anunciadas pelo n. 6 do Capítulo 2.

## 2. UM CRITÉRIO ÚTIL DE DISTINÇÃO ENTRE “TUTELA ANTECIPADA” E “TUTELA CAUTELAR”

A distinção entre a chamada “tutela antecipada” e a “tutela cautelar” na perspectiva tradicional, tal qual sugerida pelo número anterior, é, sem dúvida alguma, uma das mais intrincadas questões a ser enfrentada pelo estudioso do direito processual civil. Muitas vezes, a linha que separa uma da outra é tênue e repousa muito mais na *ênfase* do que é pedido ao Estado-juiz e ao modo de se beneficiar da tutela jurisdicional do que, propriamente, em algo cientificamente comprovado ou que pertença, ontologicamente, à espécie “tutela antecipada” ou “tutela cautelar”. É como se dissesse que, em alguns casos, a medida jurisdicional, tal qual pedida e concedida, mais *assegura* do que *satisfaz* e vice-versa; mais *conserva* do que *antecipa* e vice-versa.

Mas não é só. Na perspectiva do Código de Processo Civil, o pedido relativo à “tutela cautelar” reclama uma base procedimental própria, disciplinada pelo seu Livro III. E mais: nessa perspectiva — analisada criticamente pelo n. 2.1 do Capítulo 1 da Parte II —, há mais do que um *procedimento* diferenciado. Trata-se de um verdadeiro “*processo* cautelar” que tem nascimento com o exercício de uma “*ação* cautelar”. O pedido de “tutela antecipada”, diferentemente, prescinde de qualquer base procedimental própria. Ela é exercitável *incidentalmente* por mero requerimento em meio a um processo já existente e que se desenvolve validamente. A “tutela antecipada”, mesmo para a doutrina tradicional, não significa o exercício de uma “nova” ou “distinta” ação e não enseja a constituição e o desenvolvimento de um “novo” ou “distinto” processo.

Como sói acontecer nos trabalhos jurídicos, a questão é repleta de dúvidas e controvérsias. Para os fins presentes, entretanto, é suficiente apresentar um *critério útil* que distinga objetivamente a tutela antecipada da tutela cautelar, tendo presente, sobretudo, a preocupação sublinhada pelo parágrafo anterior. Esse “critério” não traz, em si mesmo, nenhuma verdade

intrínseca e não é isento a críticas. Por isso mesmo, ele não deve ser entendido como “o critério correto”, ou como o “único critério” para distinguir a tutela antecipada da tutela cautelar na perspectiva do Código de Processo Civil. Trata-se, diferentemente, de “um” critério que se mostra *útil* para fixar determinadas consequências e determinadas peculiaridades de cada uma daquelas técnicas de prestação da tutela jurisdicional, distinguindo-as, sem, contudo, colocar em xeque as implicações decorrentes diretamente do “modelo constitucional do processo civil”.

O critério eleito por este *Curso* para distinguir a tutela antecipada da tutela cautelar é verificar em que condições o que se pretende “antecipar” coincide ou não com o que se pretende a final. Na exata medida em que houver *coincidência* total ou parcial — a tutela antecipada pode ser concedida total ou parcialmente, lê-se do *caput* do art. 273 —, o caso será de tutela antecipada. Na ausência dessa coincidência, seja ela total ou parcial, a hipótese é de tutela cautelar.

Um exemplo ilustrará suficientemente bem a distinção. Um comerciante (JCP) procura o seu advogado com uma notificação de protesto de um título de crédito. Diz ao causídico que deixou de pagar a duplicata porque nem sequer conhece o prestador de serviços; que jamais aquele serviço foi efetuado. Que, em suma, não há o negócio jurídico que legitimaria a expedição da cártula e que, por isso mesmo, trata-se de título nulo de pleno direito. O advogado, com seus vários anos de experiência, propõe em juízo com a chamada “ação cautelar de sustação de protesto”, criação forense consagradíssima calcada no “dever-poder geral de cautela” (v. Capítulo 2 da Parte II). Ao mesmo tempo que pede a imediata sustação do protesto do título, o advogado declara na petição inicial respectiva, em atenção ao inciso III do art. 801 (v. n. 3.3 do Capítulo 3 da Parte II), que ajuizará, no prazo do art. 806, uma “ação declaratória de nulidade do título”, na qual pretenderá o reconhecimento jurisdicional da nulidade da duplicata pela falta de justa causa, cuja sustação de protesto agora requer e que, por ora, é suficiente para evitar quaisquer danos ao comerciante, o autor do processo.

Note-se que, de acordo com esse raciocínio, a “tutela cautelar” (a sustação do protesto autorizada pelo art. 798) justifica-se porque *não há coincidência* entre o que se pedirá na “ação principal” (a declaração jurisdicional de nulidade do título) e na “ação cautelar” (a sustação de

protesto). O que existe, não há como negar, é uma relação de conexão, não só jurídica mas também lógica, entre uma e outra. A sustação de protesto baseia-se na nulidade do título; pede-se a sustação porque o título é nulo, embora a pesquisa *exauriente* sobre a existência ou não dessa nulidade seja objeto da “ação principal”. Para a cautelar, a nulidade, que basta ser apenas aparente (*fumus boni iuris*), é mera causa de pedir; o objeto (pedido) da “ação cautelar” é a sustação de protesto. Na “ação principal”, entretanto, a nulidade passa a ser o seu próprio objeto, já que compõe o pedido (mediato) a ser formulado pelo autor. A essa “relação” entre a ação cautelar e a ação principal a doutrina costuma dar o nome de “referibilidade”, no sentido de evidenciar a *relação* que existe entre uma e outra “ação” e a função *instrumental* que a “ação cautelar” tem o condão de exercer para a “ação principal”, a fim de que a declaração que lá será proferida tenha a possibilidade de surtir utilmente todos os seus efeitos no plano exterior ao processo, o plano material (v. n. 5.8 do Capítulo 1 da Parte II).

Se, é certo, o costume do foro habituou-se a lidar com a situação tal qual descrita, não há como negar que, com a introdução do art. 273, muitos começaram a questionar se o caso é (ou era) mesmo de “tutela cautelar”, a exigir o rompimento da inércia jurisdicional de acordo com a disciplina do Livro III do Código de Processo Civil, ou se era suficiente, à luz daquele dispositivo, que na própria “ação declaratória” fosse formulado pedido de tutela antecipada para impedir o protesto do título. Não para antecipar a declaração de nulidade do título — há quem diga, até mesmo, ser impossível a antecipação da declaração jurisdicional porque ela pressupõe certeza, o que a tutela antecipada, revogável e modificável a qualquer tempo (art. 273, § 4º), não pode oferecer (v. n. 2 do Capítulo 4) —, mas para antecipar alguns efeitos subjacentes à declaração pretendida, como, por exemplo, a proibição de protestar um título que provavelmente será declarado nulo oportunamente.

Não é despropositado, a esse respeito, pensar que a sustação decorre, naturalmente, embora em grau menos intenso, do efeito “declaratório” que o autor busca preponderantemente com sua investida jurisdicional (v. n. 8.5.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). Tratar-se-ia, em última análise, de um caso de tutela antecipada “parcial”. Parcial no sentido de que não se pede a antecipação do efeito principal (a declaração), mas apenas e tão somente de *parte dele*, a vedação de qualquer atitude ou comportamento que contrarie

aquele comando jurisdicional a ser, oportunamente, pronunciado, em específico, a sustação do protesto. Alguns dirão, como faz Teori Albino Zavascki (*Antecipação da tutela*, p. 87-89), que este efeito capaz de ser antecipado é o “mandamental” (v. n. 8.5.5 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1), justamente porque ele faz as vezes de uma *ordem* dada pelo Estado-juiz de que ninguém deverá comportar-se diferentemente daquilo que foi (ou, no exemplo, virá a ser) decidido jurisdicionalmente. Na doutrina italiana, que não reconhece a classe de “tutelas mandamentais” ou “efeitos mandamentais”, a questão é tanto mais evidente, como faz prova a lição de Ferruccio Tommaseo (*I provvedimenti d’urgenza*, p. 236), ao destacar que a jurisprudência daquele país aceita a hipótese como sendo de antecipação da *condenação* a não fazer aquilo que o acolhimento da pretensão declaratória mostrará ser ilegítimo de ser feito.

Assim exposta a situação, é imediata a constatação da dificuldade de encontrar “o” critério para distinguir a tutela antecipada da tutela cautelar. Sempre será possível, mormente com a variação das escolhas eleitas como premissas de estudo — muitas vezes nem sequer enunciadas de forma explícita por seus formuladores, que se limitam a dizer que tal providência “é” tutela cautelar e que aquela outra “é” tutela antecipada (como se essas condições estivessem nas próprias coisas e não em quem as formula) —, discordar a respeito da linha que separa a tutela cautelar da tutela antecipada.

Por isso mesmo é que parece *útil* a este *Curso* — a palavra é proposital, assim como o seu emprego repetitivo — entender “tutela antecipada” como a providência jurisdicional capaz de antecipar os efeitos da tutela jurisdicional que, não fosse por ela, seriam experimentados somente a final, não tanto com o proferimento da sentença, mas, mais corretamente, com a possibilidade de seu cumprimento. Não “quaisquer efeitos” ou “efeitos subjacentes”. A *coincidência*, posto poder ser total ou parcial, nos termos do art. 273, *caput*, deve ser do efeito *preponderante*. Por essa razão é que, no exemplo do título que se pretende seja declarado nulo, não há, partindo desse critério, dúvida quanto à afirmação de que a sustação do protesto deve ser perseguida de acordo com a disciplina do Livro III do Código de Processo Civil. Não há coincidência, total ou parcial, entre o que se busca “agora” (antecipadamente) e a final. O que há, bem diferentemente, é, nos

termos expostos, *referibilidade*; há, por definição, um estreito relacionamento entre a “tutela cautelar” e a tutela jurisdicional (“declaratória”, de acordo com a classificação tradicional) a ser, oportunamente, levada ao Estado-juiz. O caso seria de “tutela antecipada” se o pedido de tutela jurisdicional a ser formulado pelo comerciante do exemplo fosse para declarar alguma nulidade na lavratura do protesto e não para declarar a nulidade do título, caso em que precisaria descrever algum defeito *intrínseco* do ato do protesto, não *extrínseco* a ele, relativo ao título, como no exemplo formulado.

Se o autor persegue, em juízo, a cobrança de um crédito, teme que o devedor dissipe seus bens e quer evitar a dilapidação de seu patrimônio, buscará sua pretensão perante o Estado-juiz pela “ação cautelar de arresto”, disciplinada pelos arts. 813 a 821. Caso pretenda uma “tutela antecipada”, provados os pressupostos do art. 273, ele pedirá ao magistrado que lhe permita o início da prática dos próprios atos executivos e não, apenas, o asseguramento de uma execução futura com o arresto dos bens que, oportunamente, será convertido em penhora (art. 818). É perceptível a diferença das duas situações. O autor, no primeiro caso, quer, na “ação principal”, cobrar o crédito, mas, por ora, conforma-se em resguardar-se para uma execução futura bem-sucedida. No segundo, o autor quer, na “ação principal”, a cobrança do mesmo crédito, mas quer, também, desde logo, executá-lo. Isso é *antecipação* dos efeitos da tutela jurisdicional (uma “tutela condenatória” para a doutrina tradicional; v. n. 8.5.3 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1), e não seu mero acautelamento para uma execução futura. E será uma antecipação *total* na exata medida em que o autor peça ao magistrado a execução imediata da *totalidade* da dívida; será *parcial* quando, por qualquer razão, o autor pedir que a execução seja iniciada com relação a *parte* da dívida.

Sem dúvida que esse outro exemplo pode ser analisado à luz das considerações anteriores, sustentando que, em qualquer caso, a providência a ser pedida pelo credor da dívida poderia ser obtida pela “tutela antecipada” até porque os pressupostos para a concessão do “arresto”, tais quais exigidos pelos arts. 813 e 814, são extremamente rígidos (v. ns. 3.1 e 3.2 do Capítulo 2 da Parte III). E mais: que mesmo na “cautelar de arresto” o credor satisfaz-se, pelo menos em parte, porque, pela regra do § 1º do art.

666, combinada com o art. 821, o depositário dos bens arrestados é ele e não o devedor (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte III).

As observações do parágrafo anterior apenas confirmam a dificuldade que existe para identificar um critério que distinga com nitidez uma e outra forma de atuação da tutela jurisdicional. Para os fins do *Curso*, o que é eleito como critério *operacional* — e que se justifica pelas escolhas feitas pelo legislador processual civil — é que a “tutela antecipada” difere da “tutela cautelar” pelo adiantamento, no tempo, dos efeitos *preponderantes* da decisão final. Nos casos em que os efeitos que o autor pretender sejam produzidos de imediato não forem idênticos, da mesma ordem, daqueles que ele quer na decisão final, o caso será de cautelar, a ser exercitada de acordo com o Livro III do Código de Processo Civil.

Justamente porque a doutrina e a jurisprudência não conseguiram chegar a um denominador comum quanto ao *critério* ideal e unívoco para distinguir “tutela antecipada” de “tutela cautelar” é que o § 7º do art. 273, introduzido pela Lei n. 10.444/2002, passou a admitir verdadeira *fungibilidade* entre as duas providências jurisdicionais, assunto de que se ocupa o número seguinte.

### 3. O § 7º DO ART. 273

Como os números anteriores querem demonstrar, a doutrina e a jurisprudência não conseguiram, desde a introdução do instituto da tutela antecipada no Código de Processo Civil, em 1994, estabelecer um *parâmetro objetivo* e unanimemente aceito de distinção entre a “tutela antecipada” e a “tutela cautelar”. Ainda que haja algumas conclusões sobre as quais há maior consonância, não existe, em termos gerais, *uniformidade* quanto aos *critérios de classificação* aptos a distinguir os institutos.

O que é “antecipar” para muitos não passa de mero “acautelamento” para outros e a recíproca é verdadeira. Até porque a “tutela cautelar”, quando analisada em si mesma e tendo em conta os seus próprios fins, é inequivocamente *satisfativa*. O que o autor pede ao Estado-juiz em um “processo cautelar” — *liminarmente*, como é mais comum no foro, ou na sentença, isso não faz diferença — é, naquele âmbito, inegavelmente satisfativo: uma decisão liminar concedida no âmbito de um “processo cautelar” tem, por isso mesmo, inegável natureza *antecipatória* (v. n. 1 do Capítulo 1).

RBL pede que o magistrado impeça a lavratura do protesto de um título porque, oportunamente, requererá a declaração jurisdicional de sua nulidade. Decisão liminar para aquele fim é deferida. Se é verdade que aquela decisão não satisfaz a pretensão de RBL quanto à *declaração de nulidade* do título, não é menos exato afirmar que essa mesma decisão satisfaz, *total e completamente*, o pedido já formulado ao Estado-juiz, qual seja, o de impedir a lavratura do protesto. Trata-se, por isso mesmo, de decisão claramente *antecipatória* dos efeitos que, não fosse a necessidade de sua concessão antes mesmo da citação do réu, só seria obtida pelo proferimento da *sentença* do próprio “processo cautelar” nos termos e para os fins da primeira parte do *caput* do art. 807 (v. n. 8 do Capítulo 3 da Parte II).

Não obstante a discussão ser interessantíssima e relevantíssima do ponto de vista teórico, começou-se a verificar que, na prática — leia-se, no dia a dia forense —, as incertezas da doutrina passaram a ter aptidão para causar prejuízos ao jurisdicionado, o qual, ao bater nas portas do Judiciário, passou a ver seu pleito indeferido por questões técnicas, formais, indiferentes ao *fato* que reclamava a concessão de tutela jurisdicional, independentemente de seu *nome, natureza* ou critério classificatório.

Um devedor, por exemplo, pedia, em demanda que visava à anulação de título cambial, a sustação do protesto perseguido pelo credor, e o magistrado indeferia o requerimento acentuando tratar-se aquela providência de natureza *cautelar* por ser inviável a antecipação da *certeza jurídica*, que caracteriza a “tutela declaratória”, máxime porque a “tutela antecipada” pode ser revogada a qualquer tempo nos termos do § 4º do art. 273.

Em “processo cautelar” preparatório, o devedor formulava o mesmo pedido de sustação de protesto, e um outro magistrado indeferia a petição inicial por entender que a providência só poderia ser obtida pela antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, a ser pedida no “processo de conhecimento”, dado o seu alto grau de satisfatividade.

Não é desnecessário destacar que deixar de conceder tutela jurisdicional por causa de seu *rótulo* é clara contradição do que pregam os estudos do direito processual civil mais recentes. Máxime porque a *fonte* da tutela jurisdicional, qualquer que seja a sua “espécie” ou “classificação”, é uma só, a Constituição, que não faz, com relação a ela, qualquer distinção. O que

importa, na perspectiva constitucional, é que lesões e ameaças a direito sejam devidamente protegidas pela intervenção jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) e que haja técnicas aptas à otimização da prestação jurisdicional (art. 5º, LXXVIII).

Tais dificuldades acabaram por sensibilizar o legislador das “Reformas do CPC” que, com a Lei n. 10.444/2002, fez introduzir um § 7º no art. 273, com a seguinte redação: “§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

A intenção do legislador é clara, confessada até, na Exposição de Motivos do Projeto que veio a se converter no referido diploma legislativo. Resolveu-se criar uma espécie de *fungibilidade* entre as tutelas “antecipada” e “cautelar” para que nenhum jurisdicionado se visse barrado na sua busca à proteção jurisdicional por causa de uma discussão que, posto ser de inegável relevância no plano teórico, não faz nenhuma diferença no dia a dia forense. Trata-se, como o n. 5.2 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1 evidencia, de princípio infraconstitucional do processo civil que desempenha importante papel nos temas relativos aos atos processuais.

É ler, no seguinte trecho daquela iniciativa, da lavra dos Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, o seguinte: “a redação proposta para o § 6º [que acabou se convertendo no § 7º do art. 273] 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”.

O que se verifica, contudo, é que a realização textual da iniciativa, não obstante todos os seus méritos, não foi precisa. A leitura do § 7º do art. 273 dá a entender que foi esclarecido menos do que deveria ter sido.

Vale, a propósito, voltar os olhos àquele dispositivo legal. Nele está claramente escrito que, se alguém pede “tutela cautelar” como se fosse “tutela antecipada”, o magistrado deve admitir uma pela outra. Vale recuperar o exemplo do pedido de sustação de protesto do título de crédito: o comerciante busca o reconhecimento jurisdicional da inexistência de negócio jurídico subjacente à expedição de uma duplicata e pede, na petição inicial, “antecipação da tutela” para que o protesto do título seja sustado, é

dizer, que não seja lavrado enquanto se discute em juízo quais foram as condições que teriam justificado o sedizente credor de expedir a cambial. Mesmo que o magistrado esteja absolutamente convencido de que o caso é de “tutela cautelar”, ele deverá “antecipar a tutela” pretendida desde que “presentes os respectivos pressupostos”, ou, como o § 7º quer, deverá ele conceder a “medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”. O que ele não pode, na dúvida entre saber se o caso comportaria uma “tutela antecipada” ou uma “tutela cautelar”, é rejeitar uma iniciativa pela outra. Deve desconsiderar a *forma*, isto é, o *meio* processual pelo qual RBL optou para pedir tutela jurisdicional, e, analisando “seus respectivos pressupostos”, deferi-la de pronto, “embutida”, “dentro” do “mesmo processo”, isto é, *incidentalmente*.

É disso que trata o § 7º, que põe questões importantes sobre sua interpretação, discutidas pelo n. 4, *infra*.

Porém, é só disso que trata o § 7º: sua redação não autoriza iniciativa contrária do magistrado, qual seja, o deferimento de uma “tutela antecipada” quando o que se apresenta a ele é um pedido de “tutela cautelar”. É o caso de imaginar que o mesmo comerciante formule ao Estado-juiz um pedido de “sustação de protesto” em sede de “processo cautelar” preparatório, em consonância com a disciplina do Livro III do Código de Processo Civil. O magistrado, contudo, entende que a hipótese comporta “tutela antecipada” parcial do pedido de declaração de nulidade do título e, dada a inadequação da via eleita, indefere a inicial por falta de interesse de agir (adequação) e o protesto é lavrado, permitindo que a situação concreta, de mera ameaça, transforme-se em *lesão*.

A leitura do § 7º do art. 273 é suficiente para revelar que não há nele autorização para a “conversão” ou *fungibilidade* da “tutela cautelar” em “tutela antecipada”. Só de “tutela antecipada” em “tutela cautelar”.

A interpretação literal do dispositivo tal qual sugerida pelo parágrafo anterior, contudo, deve ser afastada. Ela conspira contra o “modelo constitucional do processo civil”. O que menos importa para a solução do problema é a presença ou a ausência de texto expresso na *lei* em um ou em outro sentido.

A “fungibilidade” ou a “conversão” do pedido de tutela jurisdicional é providência *impositiva* ao magistrado e que deriva não da lei, mas do

sistema processual civil como um todo, desde a Constituição Federal. Se é certo que os incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º daquela Carta deixam ao alvedrio do legislador a escolha das *técnicas* pelas quais ameaças a direito serão imunizadas e pelas quais o processo será célere no atingimento de seus resultados, não é menos certo que não é dado ao legislador criar uma situação tal que resulte no afastamento de determinadas situações da apreciação tempestiva do Poder Judiciário.

Mas não é só. Os arts. 154, *caput*, 244 e 250 e o “princípio da instrumentalidade das formas” deles derivado são suficientes para afastar o entendimento de que a *letra* do § 7º do art. 273 pode querer sugerir. O que há de fundamental nesses dispositivos é que a *forma* do ato processual não pode frustrar o atingimento de sua finalidade *substancial* (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1). O que se pretende, em última análise, em situações como as descritas ilustrativamente, é que o Estado-juiz preste tutela jurisdicional para imunizar uma dada situação de ameaça. Desde que a iniciativa tal qual formulada seja apta para romper validamente a inércia da jurisdição e conquanto os pressupostos exigidos pelo art. 273 ou pelo art. 798 estejam presentes, não há razão para negar o pedido de qualquer ponto de vista.

Não existe, mormente pelas razões expostas pelo n. 1, *supra*, uma distinção rígida entre “tutela antecipada” e “tutela cautelar”. Elas não são — e nunca foram, a depender da perspectiva eleita para o estudo do tema (v. n. 1 da Introdução) — realidades ontologicamente distintas; no máximo, trata-se de duas facetas diversas de uma mesma realidade que, como tais, complementam-se. A não admissibilidade de um “pedido pelo outro”, mormente quando são a própria doutrina e jurisprudência que apresentam tantas dúvidas e incertezas quanto ao tema, agride o “modelo constitucional do processo civil”.

Assim, não é porque a *literalidade* do § 7º do art. 273 não autoriza a conversão da “tutela cautelar” em “tutela antecipada” que, diante dos pressupostos exigidos pelo art. 273 e/ou pelo art. 798, o magistrado deverá indeferir o pedido de tutela jurisdicional que lhe é endereçado, independentemente da *forma* que ele apresentar. “Desde que presentes os pressupostos respectivos”, assunto do qual se ocupa o número seguinte, um pedido de “tutela cautelar” ou um pedido de “tutela antecipada” deve ser

concedido um pelo outro, *protegendo-se* o direito lesionado ou ameaçado. Se esse direito será “antecipado” ou “acautelado” é questão que o n. 1, *supra*, demonstra como sendo de nenhuma relevância.

O § 7º do art. 273, portanto, deve ser interpretado de forma a permitir fungibilidade ampla e *recíproca* entre a “tutela antecipada” e a “tutela cautelar”.

Para o atingimento desse desiderato, cumpre dar ampla aplicação ao art. 284, que permite o *aproveitamento* do *conteúdo* da petição inicial — assim entendido qualquer pedido formulado ao magistrado de tutela jurisdicional —, ao impor ao magistrado o *dever* de sanear eventuais defeitos formais, mesmo que, de alguma forma, possam ter reflexos *procedimentais*. Se a petição, na visão do magistrado, está longe de seu objetivo, mas, pelo menos, foi suficientemente capaz de alertá-lo para uma situação de urgência, carente de uma pronta resposta jurisdicional, ele tem o *dever* de dá-la ao jurisdicionado, nem que, no mesmo ato, determine ao autor que emende a petição inicial (a *forma* em que formulado o pedido), fornecendo as instruções que entender cabíveis (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I). A propósito, vale a lembrança do inciso V do art. 295 que, ao impor o indeferimento da petição inicial “quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação”, expressamente afasta sua incidência “se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal”. O próprio art. 250 merece lembrança nesse contexto: “O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais”, dispondo, ainda, o seu parágrafo único, o seguinte: “Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa”.

Determinará o magistrado, por exemplo, que o autor emende a petição inicial do “processo cautelar” para que o pedido nela formulado seja modificado, ampliado, para que já seja apresentado o “pedido final” e as razões quanto à necessidade de sua antecipação total ou parcial. Isso sem prejuízo de, desde logo, tutelar adequada e suficientemente o bem da vida tal qual descrito e comprovado na versão originária. O que é mais importante para tal finalidade é que o magistrado convenceu-se suficientemente da “verossimilhança da alegação” à luz de “prova *suficiente*” e também da

situação de dano irreparável ou de difícil reparação. Como a prestação da tutela jurisdicional em tais casos não pressupõe o exaurimento da cognição, é irrecusável que o juiz a conceda diante daqueles pressupostos, independentemente da *forma* pela qual sua prestação lhe foi requerida. Uma vez concedida a tutela jurisdicional (*antecipada*, consoante as razões expostas pelo n. 1, *supra*), realizada a emenda da petição inicial, cita-se o réu e o processo se desenvolve para que o magistrado, aprofundando, com o desenvolvimento do contraditório, sua cognição, profira, a final, sentença para confirmar, total ou parcialmente, ou para revogar a anterior decisão antecipatória da tutela (v. n. 2.3 do Capítulo 1).

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 686.209/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 3.11.2009, DJe 16.11.2009, entendeu ser “possível deferir, em sede de ação cautelar, medida de cunho satisfativo consistente na sustação de protesto de título, em face da fungibilidade existente entre medida cautelar e medida antecipatória”. Trata-se de entendimento que bem ilustra o quanto sustentado precedentemente.

As considerações até aqui desenvolvidas querem evidenciar que o § 7º do art. 273, para fazer uso de lugar-comum dos textos tradicionais de hermenêutica jurídica, “disse menos do que deveria”. Na verdade, ele é supérfluo, pois o que ele disciplina não precisava ser *expresso*, por decorrer do “modelo constitucional do processo civil”. É por isso que a sua melhor interpretação é no sentido de, a despeito de sua *letra*, admitir-se a *fungibilidade* daquilo que é pedido em “forma” (“técnica processual”) de tutela antecipada, mas deveria ter sido em “forma” (“técnica processual”) de “processo cautelar” e vice-versa.

É desejável ir um pouco além. O art. 273, § 7º, quando analisado no seu devido contexto, nem sequer deve ser entendido como um caso de *fungibilidade* da “tutela antecipada” em “tutela cautelar” ou o contrário. À luz do “modelo constitucional do processo civil” — e é este, vale a ênfase, o contexto adequado de exame do dispositivo legal —, a hipótese aproxima-se muito mais a uma *indiferença* de técnicas processuais. Tanto faz qual a *técnica* a ser empregada pelo jurisdicionado e pelo magistrado para, diante de cada caso concreto, tutelar (proteger) adequadamente (imunizar) situação de ameaça, pressuposto comum entre uma e outra técnica como demonstra o n. 4, *infra*.

O que importa é que cada *técnica processual* seja utilizada de acordo com os seus respectivos pressupostos, e quanto a isto não há qualquer crítica que mereça o dispositivo em exame.

Para ilustrar o pensamento, é pertinente a lembrança, dentre outros, de dispositivos do Código de Processo Civil: art. 489, com relação à “ação rescisória” (v. n. 8 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 5); arts. 527, III, e 558, *caput*, com relação ao “agravo de instrumento (v. n. 3.4.3 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5); art. 928 com relação às “ações possessórias”; arts. 936, I, e 937 com relação à “nunciação de obra nova” e arts. 1.051 e 1.052 com relação aos “embargos de terceiro”.

Na legislação processual civil extravagante, a situação não é diferente como fazem prova, apenas para fins ilustrativos, o art. 4º da Lei n. 10.259/2001, a Lei dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal; o art. 7º, III, da Lei n. 12.016/2009, a Lei do mandado de segurança; o art. 4º, *caput*, da Lei n. 5.478/1968, da “ação de alimentos”; o art. 12, *caput*, da Lei n. 7.347/1985, a Lei da ação civil pública; os arts. 59, § 1º, e 68, II, ambos da Lei n. 8.245/1991, este com redação dada pela Lei n. 12.112/2009, com relação à locação de imóveis urbanos e os arts. 56, § 2º, 173, parágrafo único, e 209, § 1º, todos da Lei n. 9.279/1996, o chamado Código da Propriedade Industrial.

Em todos os dispositivos legais mencionados pelo parágrafo anterior é transparente a noção de *indiferença* destacada entre as duas técnicas expressamente acolhidas pelo sistema processual civil para impedir a consumação de dano. O que se admite em todos eles é que, consoante situações de perigo e de plausibilidade do direito, o magistrado tome medidas capazes de imunizar a ameaça, mesmo que, para tanto, determine a satisfação *imediata* do direito, reconhecido suficientemente para tanto.

Mas não só. Em todos eles, o *processo* em que a medida é requerida ao magistrado de primeiro grau ou de grau recursal é o *mesmo*, assim como a *ação*, fazendo-se necessário, no máximo, um novo *suporte documental* do pedido e de suas respectivas alegações, isto é, de novos *autos*, razão histórica de ser, aliás, do recurso de “agravo *de instrumento*” (v. n. 1 do Capítulo 7 da Parte II do vol. 5). Confirma-se, por essa via, portanto, o acerto do entendimento quanto à circunstância de a tutela jurisdicional de

urgência (a “tutela jurisdicional *preventiva*”) ser ínsita ao exercício da função jurisdicional.

Ademais, os *efeitos práticos*, isto é, os efeitos exteriores ao processo, obtidos pelo deferimento do pedido, em um e em outro casos, são rigorosamente idênticos. É supor a hipótese de, em “processo cautelar preparatório”, pedir que o réu seja impedido de incluir o nome do autor em algum banco de informações de proteção ao crédito para que, oportunamente, seja declarada a inexistência da dívida que justificaria aquela iniciativa. Se a ordem judicial para o mesmo fim fosse resultado da concessão de um “pedido de antecipação de tutela”, mesmo que parcial, do pedido de declaração de nulidade daquele débito já formulado perante o Estado-juiz, o resultado útil do processo, isto é, da necessária intervenção e atuação jurisdicional, seria rigorosamente o mesmo. Analisada a questão dessa perspectiva, é impossível constatar qualquer distinção entre as duas hipóteses a robustecer o acerto da orientação aqui proposta.

São essas as razões pelas quais é importante entender que a fungibilidade propugnada pelo § 7º do art. 273 é de *forma*, de *procedimento*, de *técnica* e não *substancial*, aplicando-se a ela, conseqüentemente, os princípios regentes das *formas* dos atos processuais. A situação é tanto mais evidente quando comparada com hipóteses similares da legislação processual civil extravagante em que a “tutela antecipada” ou a “tutela cautelar”, com as vestes de uma “liminar”, é obtível no *mesmo* processo, incidentalmente a ele, sem que isso tenha despertado na doutrina nacional qualquer suspeita de que a iniciativa fosse representativa de uma *nova* ou *distinta* ação.

## 4. PRESSUPOSTOS PARA CONVERSÃO

Mesmo que aceitas as considerações que ocupam o número anterior no sentido de dar ampla aplicação ao § 7º do art. 273, admitindo-se fungibilidade entre a “tutela antecipada” e a “tutela cautelar” e vice-versa — diante, até mesmo, do reconhecimento da *indiferença* entre aquelas duas técnicas quando analisadas desde o “modelo constitucional do processo civil” —, importa compreender adequadamente que ela só se pode dar quando “presentes os seus respectivos pressupostos”. Assim, não é qualquer pedido de “tutela antecipada” que pode ser aceito como pedido de “tutela cautelar”, sendo verdadeira a recíproca com as ressalvas feitas no

desenvolvimento desse número. Para este fim — e não para outros —, importa distinguir as distintas técnicas processuais que o legislador pode assumir para bem realizar a diretriz constitucional de prestação de uma tutela jurisdicional efetiva.

Os pressupostos relativos ao “dever-poder geral de antecipação” são objeto de estudo pelo n. 2 do Capítulo 1. Os pressupostos do “dever-poder geral de cautela” são analisados pelos ns. 2 e 3 do Capítulo 2 da Parte II e, quanto ao que o Código de Processo Civil chama de “procedimentos cautelares específicos”, naquilo que eles podem ser chamados de “verdadeiras cautelares”, pelos diversos capítulos que compõem a Parte III. O que importa para cá é que nem sempre há coincidência dos pressupostos autorizadores da adoção de uma e de outra técnica processual.

De forma genérica mas correta, o sistema processual civil admite que a prestação da “tutela cautelar” dependa invariavelmente da presença de “*fumus boni iuris*” e de “*periculum in mora*”. Ademais, a despeito do silêncio do Código de Processo Civil, não há espaço para duvidar de que *não cabe* a cautelar quando ela sufocar irremediavelmente o réu, aplicando-se a ela, em nome do “princípio da ampla defesa”, a diretriz do § 2º do art. 273 (v. n. 2.6 do Capítulo 1).

A tutela jurisdicional pode ser antecipada, contudo, mesmo em situações em que não há a presença de *periculum in mora*, bastando haver prova inequívoca que leve o magistrado à verossimilhança da alegação e que o réu abuse do direito de defesa ou pratique atos protelatórios (art. 273, II) ou que haja pedidos, total ou parcialmente, incontroversos (art. 273, § 6º). Em tais casos, mesmo que se possa entender que a urgência foi, de alguma forma, pressuposta na hipótese legal pelo legislador, não há como negar a desnecessidade, para aquele que pleiteia a tutela antecipada, que descreva e comprove a necessidade *imediata* de obter tutela jurisdicional antes de quando, não fosse pela intervenção do magistrado, obteria. É dizer: a tutela deverá ser antecipada independentemente da existência de uma específica e concreta urgência a ser demonstrada pelo magistrado, sendo suficiente, em seu lugar, a demonstração da ocorrência dos pressupostos do inciso II e do § 6º do art. 273. O *dano* decorrente do desenvolvimento normal do processo — o “*danno marginale*” de que fala Enrico Finzi (citado por Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 18,

nota 1) —, em tais casos, sensibilizou suficientemente o legislador que, para fins de antecipação da tutela, contentou-se com a constatação, pelo magistrado, de *outros* pressupostos (v. n. 2.5 do Capítulo 1).

Assim, para as hipóteses do inciso II e do § 6º do art. 273, a falta de correspondência entre os “respectivos pressupostos” com a “tutela cautelar” não autoriza a fungibilidade entre aquelas duas medidas. Se, por exemplo, a petição inicial de um “processo cautelar” descreve (e comprova) situação de abuso de direito de defesa do réu, o § 7º do art. 273 não encontra espaço para ser aplicado. Isso, no entanto, não significa que o magistrado não possa “indicar” ao interessado qual o caminho que deve ser tomado para esse mesmo fim, dando-se ao art. 284 a ampla interpretação proposta pelo n. 3, *supra*. A hipótese, aceita por este *Curso*, contudo, não é de *fungibilidade* nos termos aqui discutidos.

A recíproca também é verdadeira. Ao longo do processo, o autor formula pedido de tutela antecipada fundamentado no art. 273, II. O magistrado, ao entender que a providência reclamaria a instauração de um “*processo cautelar incidental*”, não pode conceder uma pela outra “em caráter incidental do processo”, pela falta de correspondência entre os pressupostos respectivos. Também poderá perquirir do requerente a razão de ser do pedido; a iniciativa, contudo, já não será propriamente de fungibilidade.

Plena “fungibilidade”, no sentido de ser recíproca, entre a “tutela antecipada” e a “tutela cautelar” — e, por isso, descrevê-la como “*indiferença*”, na linha proposta pelo n. 3, *supra* —, dá-se naquelas situações em que concorrem os pressupostos “comuns” de uma e de outra: situação de plausibilidade (verossimilhança da alegação e *fumus boni iuris*) e necessidade da concessão de “tutela jurisdicional *urgente*” (*periculum in mora*). O magistrado, verificando a presença daqueles elementos, deve aplicar o § 7º do art. 273, trate-se de pedido de tutela antecipada que deveria ser tutela cautelar (no que a lei é expressa), ou se trate de pedido de tutela cautelar que deveria ser tutela antecipada (no que a lei não é expressa, mas isso, como se quer demonstrar, é indiferente).

#### **4.1. Especificamente a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação” e o *fumus boni iuris***

Não obstante a conclusão a que chega o número anterior, há um desdobramento necessário a ser feito, que ainda diz respeito aos “respectivos pressupostos” de que trata o § 7º do art. 273 para fins de admissão da fungibilidade plena defendida pelo n. 3, *supra*.

É correto o entendimento de que o *periculum in mora* da “tutela antecipada” e o da “tutela cautelar” correspondem e se equivalem reciprocamente em todos os seus aspectos. Trata-se da situação em que o *tempo* derivado da ameaça de lesão a um direito é menor que o *tempo* inerente ao desenvolvimento típico dos atos processuais tendentes à prestação da tutela jurisdicional.

Do ponto de vista técnico, no entanto, a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação” é mais *intensa*, isto é, mais *profunda*, do que o *fumus boni iuris*, quando menos pela necessidade de seu substrato probatório, documental ou não, coisa bem diversa (v. n. 2.3.1 do Capítulo 1).

É desta última constatação que se desenvolveu o argumento de que, se é verdade que não existem dificuldades práticas na admissão da tutela antecipada pela cautelar porque os pressupostos de admissibilidade da tutela antecipada são mais “rígidos” do que os da tutela cautelar, a recíproca não é verdadeira. É que, para a proteção “cautelar”, é suficiente que haja mera “aparência do bom direito”, ou, como costuma designá-lo o dia a dia forense, o *fumus boni iuris*; para a tutela antecipada é preciso algo mais profundo, a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”. É como se a “cognição sumária” apresentasse, em si mesma, diferentes nuances, cada qual para supedanejar um daqueles pedidos: o da “tutela antecipada” mais intensa, mais profunda; o da “tutela cautelar”, menos intensa, menos profunda. É o que sustenta, dentre outros, Arruda Alvim (Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei n. 10.444, de maio de 2002, p. 9).

Alguns autores (assim, v.g., Fredie Didier Jr., *A nova reforma processual*, p. 91-92, e Eduardo de Avelar Lamy, *Flexibilização da tutela de urgência*, p. 128-129), enfrentando a questão, chegam a sustentar que a incidência do art. 273, § 7º, em casos como estes, depende de expressa determinação de emenda à inicial para que o requerente da tutela jurisdicional demonstre possuir mais do que mero *fumus boni iuris*, o que, no particular, tem a expressa concordância deste *Curso*. Trata-se de medida que se afina muito bem às preocupações externadas pelo n. 3, *supra*, mormente quando

analisadas a partir do “modelo constitucional do direito processual civil”. A hipótese, em última análise, reflete falta de formação de convicção *suficiente* do magistrado para a prestação da tutela jurisdicional de imediato, tal qual requerida.

Nem todo o caso, contudo, reclamará a emenda do pedido. O que importa é que o processo, uma vez prestada a “tutela jurisdicional *urgente*”, prossiga, mesmo que sob o “procedimento *cautelar*”, para viabilizar o aprofundamento da cognição do magistrado como, no particular, sugere Luiz Gustavo Tardin (*Fungibilidade das tutelas de urgência*, p. 172).

Cabe insistir, para afastar qualquer azo de *formalismo* no enfrentamento da questão, que o traço divisório entre o *fumus boni iuris* e a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação” é, com o devido respeito dos que pensam diferentemente, mais teórica do que real.

É fácil afirmar que o *fumus boni iuris* representa dado grau de convicção do juiz e que a “prova inequívoca da verossimilhança” representa um pouco mais. De uma hipotética escala, de 0 a 100, 0 é o grau de convicção do juiz antes de analisar o pedido e 100 é o grau de convicção quando ele se sente apto para proferir a sentença (“cognição *exauriente*”). O *fumus boni iuris*, aceita a orientação dominante, estaria, para fins didáticos, entre os 50,1% de convicção e os 75%; a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”, entre os 75,1% e os 99,9%.

A colocação feita pelo parágrafo anterior, que tem o seu apelo didático, é, até mesmo, extremamente simples de ser feita. A dificuldade, contudo, é que ela não corresponde à realidade do pensamento humano. Não há como avaliar, com precisão matemática, qual o *grau de convicção* do magistrado a respeito dos pedidos que lhe são formulados e das provas e dos argumentos que lhe dão embasamento. É impossível reduzir a um simples cálculo aritmético ou a padrões matemáticos o *quanto* alguém está convencido. Está-se mais ou menos convencido de algo; acredita-se mais em uma tese do que em outra; a plausibilidade de um argumento é maior do que o outro; convence-se *suficientemente* do acerto da afirmação e das suas consequências jurídicas; acredita-se que dificilmente a parte contrária conseguirá demonstrar o contrário do que afirmado e comprovado pelo autor. É difícil — para não dizer impossível —, contudo, graduar os níveis intermediários de *quanto* se está convencido; *quanto* uma tese jurídica é

mais digna de acolhimento que a outra ou *quanto* um argumento é mais plausível que o outro. Não, pelo menos, em graus exatos, em uma escala rigorosa.

Diante dessa constatação, a melhor opção que se pode fazer com vistas à efetivação do “modelo constitucional do processo civil” é abandonar qualquer tentativa de tornar *rígida* a distinção entre o *fumus boni iuris* e a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”. A lei (e sua interpretação) não pode frustrar a realização de um desiderato que, em última análise, decorre do “modelo constitucional do processo civil”.

Não há por que negar — muito pelo contrário — a existência de diferenças no grau de convicção despertado no magistrado ao analisar os pedidos que lhe são dirigidos. O que é pertinente, no entanto, é que esse grau de distinção (o *fumus* é menos intenso do que a “prova inequívoca”), embora possa ser aferido teoricamente, não pode fazer diferença nenhuma na prática; ele é, para os fins de aplicação do § 7º do art. 273, *indiferente*. O que não tem sentido, com o devido respeito, é entender que o pedido de tutela jurisdicional preventiva assuma uma ou outra *forma* porque, a depender do caso concreto, seu requerente tem condições de demonstrar a ocorrência de seus “respectivos pressupostos” de uma forma mais ou menos intensa.

Sempre que o magistrado estiver convencido *suficientemente* das alegações que lhe são feitas, com as provas, quaisquer que sejam elas, que lhe são apresentadas, ele presta tutela jurisdicional porque a isto lhe impõe o sistema processual civil. Se não estiver convencido *suficientemente*, há duas alternativas que se põem para ele: indeferir o pedido porque se convenceu suficientemente do contrário, isto é, que *não há* razão para tutelar a afirmação de direito por ora, ou determinar a produção de mais provas, viabilizando um *aprofundamento* na cognição, designando, para tanto, a “audiência de justificação” a que se refere o § 3º do art. 461 (v. n. 2.4 do Capítulo 6) e o art. 804 (v. n. 3.8 do Capítulo 3 da Parte II).

O que basta — desprezadas as diferenças *quantitativas* e *qualitativas* de graus de convicção que podem, consoante o caso (e é isto que importa), comprometer a *necessidade* da atuação urgente do magistrado — é que o magistrado entenda *suficientemente* que o requerente da tutela jurisdicional apresenta-se com *mais* razão do que seu adversário e que o seu pedido justifica-se diante de uma situação de *urgência*.

Prova segura do acerto das conclusões expostas pelos parágrafos anteriores está no próprio § 3º do art. 461. A regra, típica hipótese de especificação da tutela antecipada para as obrigações de fazer e não fazer, como demonstra o n. 2.2 do Capítulo 6, não exige “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”. Pelo contrário, o dispositivo, no que diz respeito à formação da convicção do magistrado quanto ao direito alegado pelo interessado, satisfaz-se com o “relevante fundamento da demanda”.

Também é o que se colhe do *caput* do art. 558, que se ocupa do exercício do “dever-poder geral de cautela” (ou, se for o caso, do “dever-poder geral de antecipação”) na fase recursal (v. Capítulo 4 da Parte II e n. 7 do Capítulo 3, respectivamente). Aquele dispositivo, valendo-se da expressão “relevante fundamento”, prefere-a a outras fórmulas redacionais que, para o mesmo fim, são empregadas pelo Código de Processo Civil em seus arts. 273 e 798, seguindo o exemplo, aliás, da maior parte dos casos em que a prestação *incidental* da tutela jurisdicional preventiva é expressamente admitida pela lei, como fazem prova os diversos dispositivos mencionados pelo n. 3, *supra*. Não será outra a razão pela qual, dessa perspectiva, há pouca referência à “cognição *superficial*” (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1), contentando-se, doutrina e jurisprudência, em discernir a cognição *exauriente* da *sumária* (v. n. 2.3 do Capítulo 1 e n. 3.8 do Capítulo 3 da Parte II).

Em todos estes casos, não se deve concluir que o “fundamento relevante” seja uma *terceira* categoria em termos de graus de convicção judicial, localizada entre o *fumus boni iuris* e a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”. Trata-se, diferentemente, como aqui se propõe, de uma expressão que só pode querer significar que o magistrado precisa convencer-se *suficientemente* de que o caso, na perspectiva da *existência* do direito afirmado, é digno de tutela jurisdicional preventiva.

## **4.2. A fungibilidade da tutela antecipada com as “cautelares nominadas”**

Admitidas a interpretação e a aplicação do § 7º do art. 273 no sentido propugnado pelo número anterior, isto é, a fungibilidade entre “tutela antecipada” e “tutela cautelar” e vice-versa, cabe ainda analisar em que condições sobrevive o “processo cautelar” tal qual disciplinado pelo Livro

III do Código de Processo Civil, em especial as “cautelares nominadas” previstas no seu Capítulo II, que compreende os arts. 813 a 889, objeto de exame pela Parte III.

Se é certo que o § 7º do art. 273 não revogou o referido Livro III, não há por que deixar de levar em consideração que, em vez da “duplicação processual” típica da junção da “ação cautelar preparatória” com a “ação principal” e de seus respectivos “processos”, é preferível a formulação, desde logo, de um pedido de tutela jurisdicional acompanhado, quando for o caso, da demonstração das razões pelas quais ele deve ser *antecipado*, total ou parcialmente. Do ponto de vista externo ao processo, os resultados (os *efeitos*) são rigorosamente idênticos, como demonstra o n. 3, *supra*.

A conclusão anterior é consequência inarredável da perfeita compreensão do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal: a atuação jurisdicional (o *processo*) tem de ser (re)pensada visando à sua maior celeridade e racionalização, à sua *eficiência*, com a produção de melhores e maiores resultados com o menor número de atos (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

Pelas razões expostas pelo n. 4, *supra*, a presença dos “respectivos pressupostos”, na medida em que eles o sejam, é questão que deve ser enfrentada sem tantos rigores. Havendo prova *suficiente* da necessidade de prestação jurisdicional preventiva (*periculum in mora*) e plausibilidade (ou probabilidade ou verossimilhança) de que o autor tem mais “direito” do que o réu, não há por que negar aplicação ao § 7º do art. 273. A *técnica processual* adotada para veicular pedidos de tutela jurisdicional preventiva é menos importante, é *indiferente*, quando se está diante dos “respectivos pressupostos”, vale dizer, dos pressupostos valorados como suficientes pela lei e constatáveis *suficientemente* pelo magistrado.

É importante ilustrar a hipótese: o credor PSD demanda o devedor FBF pelo seu crédito e, descrevendo e comprovando que o réu está dilapidando seu patrimônio, criando, pois, embaraços futuros para a execução, requer, como “tutela antecipada”, o arresto de seus bens. O “arresto” é “cautelar *nominada*” que exige, para sua concessão, a concorrência dos pressupostos dos arts. 813 e 814, que, como analisam os ns. 3.1 e 3.2 do Capítulo 2 da Parte III, são extremamente rigorosos. Não obstante, o autor do exemplo fez o pedido de arresto incidentalmente ao processo, como se fosse um caso de

tutela antecipada, e, pelo menos do seu ponto de vista, quis demonstrar, na sua petição inicial, que os “respectivos pressupostos” (da tutela antecipada) estavam presentes. Assim, comprovou a ocorrência do perigo de dano de difícil reparação, dano eventualmente até irreparável (inciso I do art. 273), e a prova inequívoca da verossimilhança de sua alegação (art. 273, *caput*), dando provas mais que suficientes de que é credor e de que seu devedor está fazendo de tudo para fraudar ou, quando menos, criar embaraços para a execução. O magistrado, analisando a inicial e seus documentos respectivos, constata essa circunstância: convence-se suficientemente de que o autor é mesmo credor e o réu, que, ao que tudo indica, é o devedor, está mesmo dilapidando seu patrimônio.

Analisada a situação com os olhos voltados para o art. 273, § 7º, e, superiormente, para o “modelo constitucional do processo civil”, o melhor entendimento é o de que o magistrado *deverá*, diante dos pressupostos demonstrados, conceder o arresto, mesmo que, rigorosamente, a hipótese não se amolde aos arts. 813 ou 814. Correto, a respeito, acórdão da 3ª Turma do STJ que entendeu legítima a concessão *incidental* de arresto em “processo de conhecimento”, independentemente de sua *formalização* como “cautelar autônoma”, forte no que dispõem os arts. 244 e 250 (REsp 709.479/SP, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 15.12.2005, DJ 1.2.2006, p. 548).

A solução não significa desconsiderar os dispositivos de lei relativos ao “arresto”. Mesmo antes da introdução da “tutela antecipada” no Código de Processo Civil, havia vozes que sustentavam, como ainda há as que continuam a sustentar, que, naqueles casos em que a cautelar é *nominada*, é vedado ao magistrado, no exercício do “dever-poder geral de cautela”, conceder qualquer providência que, voltada à proteção dos mesmos bens, não observe os pressupostos especificamente exigidos, como, no exemplo dado, o art. 814: ou se arrestam bens porque estão presentes todos os pressupostos exigidos pela lei ou, caso contrário, nenhum bem é arrestado, descabido o exercício do “dever-poder geral de cautela” como forma de suprir os rigores das exigências relativas às cautelares nominadas. Ao assunto volta-se o n. 3 do Capítulo 1 da Parte III.

Ela, diferentemente, afeiçoa-se àquilo que é mais importante para o processo, a realização do direito material, e tem, por esse motivo, a adesão deste *Curso*. O que importa, à luz do “modelo constitucional do processo

civil”, é que o magistrado disponha de meios para a tutela *adequada* de direitos quando lesionados *ou* quando ameaçados. Se tais meios são suficientemente obtidos, consoante as circunstâncias de cada caso concreto, pelo uso do “dever-poder geral de cautela” e do “dever-poder geral de antecipação”, não há por que deixar de reconhecer que o espaço a ser ocupado pelas “cautelares nominadas” tende a se apequenar. Isto porque ao mesmo tempo que se tem “direito” de requerer, ao Estado-juiz, um arresto em consonância com o que dispõem os arts. 813 a 821, *também* há o direito de se requerer ao Judiciário que se evite que a prestação jurisdicional seja inócua por *outros* fundamentos, muito mais amplos e que, por isso mesmo, tendem a se mostrar mais úteis consoante as necessidades e as características de cada caso concreto.

É nesse sentido que o § 7º do art. 273 tem tudo para ocupar *também* o espaço reservado, historicamente, para as “cautelares nominadas”. A conclusão não significa, contudo, a *revogação* da disciplina que consta do Livro III do Código de Processo Civil. No máximo, o que pode ocorrer é que, pelas mesmas razões expostas, aquela disciplina tenda a cair em *desuso*, pelo menos do ponto de vista do real usuário do sistema e de seu principal destinatário, o jurisdicionado. Não foi, aliás, outra razão que determinou o amplo emprego do “dever-poder geral de cautela” para qualquer espécie de providência jurisdicional urgente, satisfativa ou não, e que acabou por sensibilizar o legislador de 1994 a introduzir, expressamente, a possibilidade da antecipação da tutela jurisdicional nos moldes genéricos do art. 273, com vistas a ocupar o papel que vinha, de uma forma ou de outra, sendo desempenhado por uma leitura ampliada — e, na perspectiva tradicional da doutrina brasileira, errada — do art. 798.

O que satisfaz o jurisdicionado é o *resultado sensível* que ele obtém do Estado-juiz, isto é, a “tutela jurisdicional” em si mesma considerada, e não as *técnicas* ou os *meios* de chegar a ele. Embora haja técnicas corretas e incorretas, adequadas e inadequadas para alcançar determinados fins, mormente quando contrastadas, como devem, com o “modelo constitucional do direito processual civil”, elas são relevantes na medida em que viabilizem o correto atingimento das finalidades da prestação da tutela jurisdicional. A técnica processual deve ser entendida no seu devido

contexto para desempenhar o seu papel, viabilizar a efetivação do direito material conflituoso; nunca para se sobrepor àquilo que ela serve.

---

# **Parte II**

## **TUTELA CAUTELAR**

# CAPÍTULO 1

## Teoria geral da tutela cautelar

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como destacado pelo n. 1 da Introdução, importa separar, com a nitidez possível, as diferentes hipóteses aglutinadas no Livro III do CPC indistintamente sob a nomenclatura de “processo cautelar”.

Dentre elas há os casos que, à falta de melhor nome, podem ser chamadas de “cautelares propriamente ditas” e as hipóteses que são cautelares apenas por força do *procedimento* em que se desenvolvem perante o Estado-juiz.

No primeiro grupo, das “verdadeiras cautelares”, das diferentes classificações encontradas na doutrina, e que são examinadas pelo n. 6, *infra*, cumpre distinguir desde logo, as “cautelares *inominadas*” e as “cautelares *nominadas*”. No segundo, há situações que, a par de sua disciplina no Livro III do Código de Processo Civil, estariam mais bem alocadas no Livro IV, porque é nítida a preocupação do legislador em dar a determinadas situações de direito material um *procedimento* diferenciado, muito mais breve que o “comum” (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte III).

Por ora, o estudo se volta tão somente às “cautelares *inominadas*”, deixando todas as outras figuras que integram o Livro III do Código de Processo Civil para exame conjunto na Parte III.

Trata-se de proposta metodológica que se mostra adequada para evitar ao máximo maiores confusões entre figuras bastante diferentes e que repelem, se não totalmente, ao menos em parte, muito das considerações aqui expostas à guisa da formulação de uma “teoria geral da tutela cautelar”.

As expressões referidas acima — “cautelares propriamente ditas” e “verdadeiras cautelares” — devem ser entendidas, na perspectiva tradicional, como medidas *preventivas* aptas a evitar a consumação de dano, autorizando que o magistrado decida rapidamente, com base em cognição insuficiente para formar “coisa julgada *material*” (“cognição *sumária*”) e, conseqüentemente, transitar em julgado.

Elas, de acordo com a mesma perspectiva, não são e não podem ser *satisfativas*, isto é, não têm aptidão para atuar diretamente no plano material. Elas se relacionam intimamente não àquele plano mas ao próprio plano processual. Nesse sentido, as “cautelares”, que se desenvolvem em um “processo” próprio (o “processo cautelar”) e que têm um *procedimento* diferenciado, voltam-se a um outro processo, o “processo de conhecimento” e/ou o “processo de execução”. É neles e não naquele que o reconhecimento do direito e/ou a sua satisfação será alcançada. É essa a razão pela qual é possível concluir que as características mais marcantes da “tutela cautelar” são a sua *provisoriedade* e a sua *instrumentalidade*, expostas pelos ns. 5.2 e 5.5, *infra*.

Este *Curso*, pelas razões expostas pelo n. 1 da Introdução, não concorda com essa construção, embora não haja razão para deixar de entender que ela possa ter sido correta e adequada ao tempo de sua elaboração e incorporação ao direito positivo brasileiro, inegavelmente influenciado, no particular, pelo direito processual civil italiano.

O que deve ser colocado em destaque, contudo, é que ela não resistiu às profundas alterações experimentadas pelo Código de Processo Civil, em especial à introdução do art. 273 pela Lei n. 8.952/1994 e seu aprimoramento pela Lei n. 10.444/2002. Máxime quando se elege como ponto de *partida* do exame do direito processual civil, como faz este *Curso*, o “modelo constitucional”. Não há como pretender emprestar à “tutela cautelar” um viés que os incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal não autorizam.

A tutela jurisdicional, inclusive a *preventiva*, atua *também* no plano *material* não sendo correto, ao menos nos dias de hoje, entender que o proferimento de uma sentença ou, mais genericamente, de um “título executivo” seja significativo, em todo e em qualquer caso, de prestação de tutela jurisdicional. Não há espaço para entender a necessidade de uma verdadeira duplicação de “processos”, de “ações” e de “procedimentos” para buscar um só resultado que, em última análise, não repousa — e nunca repousou — no plano processual, mas, exclusivamente, no plano *material*.

De qualquer sorte, toda esta Parte II, ao se voltar ao exame do que, dentro do Livro III do Código de Processo Civil, pode ser chamado, “verdadeiramente”, de cautelar no sentido destacado, preocupa-se com uma

exposição mais “tradicional” da matéria, sem deixar de trazer à tona, onde cabíveis, as considerações críticas que se fazem necessárias.

A iniciativa, longe de atritar com a proposta fundante do desenvolvimento do *Curso*, quer evitar dar sustento a uma conclusão que transbordaria dos limites do presente estudo, qual seja, a de que aquele Livro, justamente no que ele trata das “verdadeiras cautelares”, foi revogado implicitamente pelo § 7º do art. 273, ou, quando menos, derogado em largas partes, verdadeiramente absorvido por aquele dispositivo e pela técnica dele decorrente, sobretudo quando analisada a questão à luz da proposta feita pelo n. 3 do Capítulo 8 da Parte I.

## 1.1. A “tutela cautelar”

A tutela jurisdicional obtida para os fins do número anterior, valendo-se, o interessado, do Livro III do Código é usualmente referida pela doutrina pelo nome de “medida cautelar” e, até mesmo, por “processo”, “ação” ou “sentença” cautelar.

É comum, até mesmo, o emprego de outras expressões — certamente derivadas do título da obra clássica de Calamandrei — como “providência” ou “provimento” cautelar.

Para os fins de toda a exposição, “tutela cautelar”, “medida cautelar”, “providência cautelar” ou “provimento cautelar” são expressões utilizadas como sinônimas para descrever a *mesma* realidade.

Considerando o que expõe e justifica o n. 2 da Introdução, a nomenclatura “*tutela* cautelar” é, dentre as opções possíveis, a preferível por enfatizar o que hoje deve ser a tônica dos estudos mais recentes do direito processual civil, a “tutela jurisdicional”. É ela e não as outras, conseqüentemente, a escolhida para dar nome à Parte II e ao presente Capítulo. “Processo cautelar” e “ação cautelar”, por seu turno, são expressões que devem ser afastadas pelas razões expostas pelos ns. 2.1 e 3, *infra*.

Ademais, como já demonstrado no mesmo local, não há mais espaço para confundir que a “sentença”, independentemente de seu designativo — para os fins presentes, uma “sentença cautelar” —, outorgue, ela própria, a *tutela* jurisdicional pretendida por quem rompe a inércia da jurisdição. Por isso, esta expressão é também descartada ao longo da exposição.

O que a doutrina tradicional denomina “ação cautelar *inominada*”, uma verdadeira “ação genérica” pela qual se pretende do Estado-juiz a prática dos atos autorizados pelos arts. 798 e 799, de acordo com o *procedimento* dos arts. 800 a 804, com as características dos arts. 805 a 811, é, destarte, estudado por este *Curso* sob o rótulo de “tutela cautelar”.

O emprego de tal expressão tem o mérito, vale a ênfase, de evidenciar não só a conveniência, mas a *necessidade* de alteração do eixo metodológico do direito processual civil, deixando de lado a *estática* de seus institutos consagrados (e ainda fundamentais, não há por que duvidar) em prol da *dinâmica* inerente aos resultados obteníveis pela intervenção jurisdicional. É a “tutela jurisdicional” — não o “processo”, a “ação” ou a “sentença” — que pode assumir feição *cautelar* no sentido de ser *provisória e instrumental*, como quer a doutrina dominante (v. n. 1, *supra*).

O mesmo deslocamento de método no desenvolvimento da pesquisa, outrossim, viabiliza o reconhecimento, com mais tranquilidade, de um “direito substancial de cautela”, assim entendido o direito à obtenção de uma “tutela jurisdicional *preventiva*”, de acordo com o que expõe o n. 5.8, *infra*.

## 2. O “PROCESSO CAUTELAR”

Em função das ressalvas e das remissões feitas pelos números anteriores, o emprego da expressão “processo cautelar” impõe o constante e consciente uso das aspas. Pelas razões expostas pelo n. 2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1, este *Curso* não aceita a existência de um “processo cautelar” em contraposição a um “processo de conhecimento” e a um “processo de execução”. O que há é um *processo*, sem qualquer qualificativo, em que se desenvolvem determinadas atividades jurisdicionais para o atingimento de determinados fins.

O “processo cautelar”, de acordo com a proposta original do Código de Processo Civil, quer ser próprio e distinto de um outro processo, que, naquela perspectiva, é chamado de “processo *principal*”, o “processo de conhecimento” e/ou o “processo de execução”. É para o asseguramento útil destes “processos” que serve, na formulação original acolhida pelo Código, o “processo *cautelar*”. Por isso, fala-se, usualmente, em ele fazer as vezes de um “instrumento do instrumento”, um processo que tem em mira a tutela de um direito a ser reconhecido ou satisfeito em *outro* processo e não nele

próprio. Na perspectiva do direito material, trata-se, por isso mesmo, de uma tutela *mediata* e não *imediate* (v. n. 5.5, *infra*).

Falar-se em “processo cautelar” (sempre com aspas) justifica-se, portanto, somente para explicar a própria razão de ser do Livro III do Código e sua propagada autonomia em relação à disciplina dos Livros I e II e, mais especificamente, dos chamados “processo de conhecimento” e “processo de execução”.

Como quer que seja, o “processo *cautelar*”, tal qual idealizado pelo Livro III do Código, justificava-se como forma de romper a inércia do Estado-juiz para a prestação de tutela jurisdicional *preventiva* com base em cognição sumária para o *asseguramento* do oportuno reconhecimento ou satisfação do direito. Uma tutela que não se confundia, sequer do ponto de vista de sua documentação, com aquela obténível no âmbito do “processo de conhecimento” e/ou no do “processo de execução”.

“Processo cautelar”, por isso mesmo, deve ser entendido (e é neste sentido que a expressão é empregada ao longo da exposição) como verdadeira *expressão idiomática*, que vale mais pela consagração de seu uso, a começar pelo próprio direito positivo, do que pelo significado de seus termos (v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

Trata-se, na perspectiva tradicional, do processo em que se formula pedido de tutela jurisdicional *provisória* que assume confessado caráter *instrumental*, isto é, voltada a *garantir* (apenas isto) a oportuna fruição de um direito que ainda será reconhecido ou satisfeito por *outra* atuação jurisdicional (outro *processo*, de “conhecimento” ou de “execução”). Tais características (v. ns. 5.2 e 5.5, *infra*), quando fundadas na necessidade de uma pronta resposta jurisdicional à luz da noção de *ameaça*, constitucionalmente prevista para atuação do Estado-juiz — *urgência*, portanto — é que significam o que, em geral, é chamado de “cautelar” e suas variantes tão diversas quanto utilizadas de forma acrítica (processo, ação, medida, sentença) e que, pelas razões expostas pelo n. 1.1, *supra*, serão aqui substituídas por “tutela”.

No que diz respeito ao “processo cautelar”, como se dá com qualquer outro, determinados *pressupostos* (v. n. 3 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1) devem estar reunidos para que, do ponto de vista jurídico, o processo

*exista e seja válido* ou, como prefere o inciso IV do art. 267, para que o processo constitua-se e desenvolva-se válida e regularmente.

No âmbito do “processo cautelar”, importa também dar destaque aos “pressupostos processuais *negativos*”. De acordo com o n. 3.3 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1, a presença desta classe compromete a higidez do processo e, por isso, as situações por eles albergadas devem estar ausentes sob pena de comprometer a constituição e o desenvolvimento válido e regular do processo.

A doutrina dos pressupostos processuais não porta qualquer especificidade quando de sua aplicação ao “processo cautelar”. Assim, são suficientes as considerações esparsas que, em diversas passagens do volume, são feitas a seu respeito como, por exemplo, o n. 3.1 do Capítulo 3 ao tratar do exame da “competência” e o n. 10, *infra*, ao se voltar ao exame da “coisa julgada”.

## 2.1. Nota crítica

A Exposição de Motivos elaborada para prefaciá-lo o Anteprojeto do que acabou se convertendo na Lei n. 5.869/1973, o atual Código de Processo Civil, assinada por Alfredo Buzaid, justifica o porquê da identificação do “processo cautelar”, distinguindo-o do “processo de conhecimento” e do “processo de execução”, cada qual disciplinado em um Livro próprio.

Lê-se, a respeito:

“A classificação dos três primeiros livros corresponde à função de conhecimento, de execução e cautelar da jurisdição civil. A dogmática do processo civil moderno sanciona esta classificação.

O processo cautelar foi regulado no Livro III, porque é um *tertium genus*, que se distingue das duas primeiras funções do processo civil, sem, entretanto, excluí-las. O seu elemento novo está na prevenção” (Alfredo Buzaid, *Anteprojeto de Código de Processo Civil*, p. 22).

Na Exposição de Motivos que acompanhou a aprovação do Código de Processo Civil, o mesmo Buzaid é ainda mais incisivo na última afirmação:

“O processo cautelar foi regulado no Livro III, porque é um *tertium genus*, que contém a um tempo as funções do processo de conhecimento e

de execução” (n. 11, 2º parágrafo).

Levando em conta a *função* a ser desempenhada no plano do processo, isto é, a *finalidade*, os objetivos a serem atingidos, a “cautelar” pode ser distinguida das demais funções que, tradicionalmente, são desempenhadas pelo “conhecimento” e pela “execução”. Não, contudo, quando se leva em consideração a *atividade* desenvolvida pelo magistrado para tanto que consiste, no que diz respeito ao tema em pauta, em um trabalho eminentemente *intelectual* ou *satisfativo*.

Ambas as afirmações do parágrafo anterior são bastante evidentes nas transcrições feitas e são a base da célebre crítica feita por Calamandrei (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 7-9 e em *Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 136-148, 186-187 e 300) à “tríplice classificação dos processos” em “processo de conhecimento”, “processo de execução” e “processo cautelar”. Para ele, o critério classificatório amplamente adotado, inclusive pelo Código de Processo Civil nacional e pela doutrina brasileira, sempre padeceu de incoerência por eleger critérios não homogêneos para distinguir uma *mesma* realidade: a *atividade* para os “processos de conhecimento e de execução” e a *função* para o “processo cautelar”.

Mas é importante ir além. Não só as “cautelares” ou, como quer o Código de Processo Civil, os “processos cautelares” que podem assumir feição *preventiva*. O caráter de preventividade pode ser constatado também na “ação declaratória” do art. 4º, embora ela seja admissível, como se lê de seu parágrafo único, “ainda que tenha ocorrido a violação do direito” (v. n. 8.5 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1); no âmbito dos recursos, quando o relator pode conceder a eles “efeito suspensivo” nos termos do art. 558 (v. n. 3 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 5 e n. 1 do Capítulo 4); no plano da execução, no art. 615, III, quando autoriza ao exequente “pleitear medidas acautelatórias urgentes” (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 3) e, até mesmo, em alguns dos “procedimentos especiais” disciplinados pelo Livro IV do Código de Processo Civil, como se nota, ilustrativamente, no art. 936, I (relativo à “nunciação de obra nova”) e no art. 1.052 (relativo aos “embargos de terceiro”). Mais recentemente, por força das “Reformas do CPC”, o elemento *preventividade*, por si só, passou a ser elemento

autorizador da *antecipação* dos efeitos da tutela jurisdicional, como se verifica no inciso I do art. 273 (v. n. 2.4 do Capítulo 1 da Parte I).

Melhor do que entender a *preventividade* como algo inerente a um “processo” (o “cautelar”), portanto, é entendê-la como inerente ao próprio exercício da função jurisdicional. E nem poderia ser diferente à luz do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que se refere expressamente a *lesão* e a *ameaça* a direito, impondo que ambas sejam objeto de proteção do Estado-juiz.

Por isso, desde o n. 2 da Introdução, a proposta é a de distinguir a “tutela jurisdicional” (e não o *processo* ou a *ação*) em “preventiva” e “repressiva”. É aquela, a “tutela *preventiva*”, que se relaciona (mas não se esgota) com o que o Código de Processo Civil chama de “processo cautelar” e que, à época de sua concepção, era o único meio hábil para veiculá-la de acordo com as percepções doutrinárias então amplamente predominantes.

A conclusão do parágrafo anterior é tanto mais importante ao constatar que o Livro III do Código de Processo Civil, ao contrário do que poderia parecer a partir da leitura dos trechos destacados, não se limita a disciplinar casos em que a *função* a ser exercida pelo Estado-juiz é “preventiva”. Dentre os “processos cautelares” lá previstos, há uma série de providências que nada têm da “preventividade” acima destacada e expressamente enaltecida pela sua Exposição de Motivos, consoante adverte o n. 1 da Introdução, e que é objeto de exame mais detido pela Parte III.

Em suma: como, para o *Curso*, a prestação da tutela jurisdicional (qualquer que seja a perspectiva de sua análise) não depende de um “processo” próprio ou distinto — apenas de um (e constante) “processo *jurisdicional*” (v. n. 1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1) —, ou de uma “ação” própria ou distinta — apenas de uma adequada provocação do Estado-juiz e constante e correto agir ao longo do processo (v. n. 1 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1) —, não há espaço para vincular um “processo” e/ou uma “ação” a determinada finalidade.

Situações que, na perspectiva tradicional, reclamariam a observância irrestrita de todo o arcabouço do Livro III do Código de Processo Civil — e, mesmo assim, sem que isto pudesse *satisfazer* o direito ameaçado (v. n. 1, *supra*) —, nada mais são, na perspectiva deste *Curso*, do que o compreensível e desejável exercício da função jurisdicional ao longo do

processo, independentemente da *etapa* ou da *fase* em que ele se encontre. Trata-se de irrecusável consequência da compreensão da “tutela cautelar” (amplamente considerada e ao lado da “tutela antecipada”) como categoria inerente ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva de que cuida o n. 1 da Introdução.

### 3. A “AÇÃO CAUTELAR”

Pela doutrina tradicional, dentro de um “processo cautelar”, haveria uma “ação cautelar”, do mesmo modo que um “processo de conhecimento” portaria uma “ação de conhecimento” e o “processo de execução” teria como móvel uma “ação de execução”.

Ela, a “ação cautelar”, distinguir-se-ia das outras “ações”, a de *conhecimento* e a de *execução*, pela sua *finalidade*, de assegurar o resultado útil de um processo e não a de atuar, satisfazendo direta e imediatamente, um direito material. Do ponto de vista da *atividade* jurisdicional, a “ação cautelar” não tinha condições de ser diferenciada daquelas outras duas espécies porque, para atingir a sua finalidade, ela combinava atividades *cognitivas* e *executivas* (v. n. 2.1, *supra*).

Este *Curso*, pelas razões expostas pelo n. 2 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1, não concorda com a distinção. A “ação” não aceita quaisquer classificações ou distinções. Ela é *invariável* porque consiste no direito subjetivo público de provocar o Estado-juiz, rompendo sua inércia característica, para que ele preste tutela jurisdicional e também no *agir* ao longo do processo para aquele mesmo mister. O que poderia ser compreendido como sendo de “conhecimento”, “execução” ou “cautelar” é a *tutela jurisdicional*; não, entretanto, a *ação*.

A “ação” exercida e exercitada para obter a tutela jurisdicional que, pelas razões expostas pelo n. 1, *supra*, é obténível no ambiente do Livro III do Código, não traz, por isso mesmo, nenhuma peculiaridade. Seu estudo deve-se dar suficientemente a partir das premissas teóricas expostas na teoria geral do direito processual civil, todas elas extraíveis *diretamente* do “modelo constitucional do processo civil”.

Mesmo que se pudesse admitir uma “ação cautelar” distinta da “ação de conhecimento” e da “ação de execução”, contudo, não haveria razão para entendê-la diferenciada daquelas duas outras espécies para nela enxergar,

por exemplo, “condições da ação” diferenciadas, além do “interesse de agir”, da “legitimidade das partes” e da “possibilidade jurídica do pedido”.

Com efeito. Tratando-se de uma só ação, como sustenta este *Curso*, ou uma “ação cautelar”, como quer a doutrina tradicional, suas *condições* são, invariavelmente, as mesmas, porque o direito positivo brasileiro não concebe a “ação” (nenhuma ação) com condições diferenciadas.

O interesse de agir da “ação cautelar” ainda é a conjugação da *necessidade* de pedir tutela jurisdicional para perseguir determinada *utilidade*, isto é, um dado bem da vida, mesmo que meramente *ameaçado*, mesmo que, na perspectiva tradicional, a fruição a ser alcançada seja *indireta*.

A legitimidade das partes da “ação cautelar” ainda é a hipotética constatação de que aqueles que comparecem em juízo na qualidade de autor (quem pede tutela jurisdicional) e réu (aquele em face de quem se pede tutela jurisdicional) são os integrantes da situação conflituosa *ameaçada* no plano material.

A possibilidade jurídica do pedido da “ação cautelar” ainda é a necessidade de o pedido de tutela jurisdicional (ou a sua fundamentação, isto é, a “causa de pedir”) ser admissível, ao menos em tese, pelo ordenamento jurídico. No âmbito das cautelares, aliás, sempre ocupou espaço de destaque o entendimento de que um pedido de “cautelar-satisfativa” seria um caso de “impossibilidade jurídica” a impor sua rejeição liminar pelo magistrado nos termos do art. 295, parágrafo único, III; um verdadeiro caso de contradição nos próprios termos.

Mesmo que se queira, com a doutrina tradicional, evitar maiores aproximações da “ação cautelar” com o plano material (v. n. 1, *supra*), é irrecusável que a construção feita pelos parágrafos anteriores não aceita maiores variações.

É importante frisar que as condições da ação, inclusive no contexto aqui discutido, são preenchidas a partir da constatação *in status assertionis* feita pelo autor em sua petição inicial. Qualquer outra perquirição a respeito da efetiva ocorrência da situação de plano material meramente *refletida* nas condições da ação é questão que extrapola sua função processual. Analisada a partir dessa perspectiva, de *aprofundamento* da cognição — mesmo que

ela não seja *exauriente* —, a questão não deve mais ser tratada como “condição da ação”, mas como “mérito”.

É essa a razão pela qual o *periculum in mora* (perigo na demora da prestação jurisdicional; v. n. 3.4 do Capítulo 3) e o *fumus boni iuris* (aparência da existência do direito; v. n. 3.4 do Capítulo 3) não são — e não podem ser — “condições da ação cautelar” mas, adotando-se a nomenclatura useira, seu “mérito”.

Aproximar o *periculum in mora* ao “interesse de agir” e o *fumus boni iuris* à “possibilidade jurídica do pedido”, por exemplo, é, a um só tempo, esvaziar a teoria das condições da ação, tal qual agasalhada pelo sistema processual civil (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1), e o “mérito” do “processo cautelar”, na medida em que, sendo aquelas categorias pertencentes às *condições* da ação, nada restaria para ser ou deixar de ser concedido pelo magistrado ao prover sobre a “tutela jurisdicional”, tal qual lhe é pedida no “processo cautelar”. É assunto que conduz ao número seguinte.

## 4. MÉRITO

Este *Curso* admite a existência de um “mérito” do “processo cautelar” distinto do “mérito” do “processo de conhecimento” e do “processo de execução”. Não que exista propriamente um “mérito cautelar”. Há, contudo, mérito naquilo que o Livro III do Código de Processo Civil, mesmo com as ressalvas feitas pelo n. 2, *supra*, chama de “processo cautelar” e que não se confunde com o “mérito” que a doutrina identifica no Livro I (“processo de conhecimento”) e, com alguma hesitação, também no Livro II (“processo de execução”), todos do mesmo Código de Processo Civil.

Corretas, no particular, as considerações de Marcelo Lima Guerra (*Estudos sobre o processo cautelar*, p. 76), para quem: “... a menos que se rompa com o sistema vigente e a concepção nele consagrada quanto à ação e às referidas condições da ação, não é possível considerar que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* sejam ‘condições da ação cautelar’, e nem mesmo ‘condições específicas’ dessa classe de ações. Considera-se, portanto, demonstrada a solução adotada para a questão delineada no início do presente trabalho relativa à distinção entre condições da ação e mérito do

processo cautelar, no sentido de que nessa espécie de processo o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* integram o plano do mérito”.

Destarte, o “mérito”, isto é, a constatação da existência de um direito a ser protegido jurisdicionalmente em sede “cautelar” — mesmo que, de acordo com a doutrina tradicional, um direito a ser reconhecido ou satisfeito em *outro* processo — corresponde à verificação, em cada caso concreto, da efetiva ocorrência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* dignos de tutela jurisdicional.

A circunstância de sua “efetiva ocorrência” dispensar o desenvolvimento de “cognição *exauriente*” incompatível com a *brevidade* que caracteriza o “*procedimento* cautelar” (v. n. 2 do Capítulo 3) não atrita com a conclusão do parágrafo anterior. A usual crítica de que o “mérito cautelar”, por ser aferido com base em “cognição *sumária*”, tende a se mostrar ainda mais vinculado ao plano material, tornando ainda mais árdua a distinção entre as “condições da ação” e o “mérito”, não resiste, com o devido respeito, à crítica feita pelo n. 3 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1, máxime quando se concebe, como propõe o n. 1.1, *supra*, a existência de um “direito à tutela jurisdicional preventiva”.

Pela sistemática processual civil, totalmente aderente ao “modelo constitucional do processo civil”, o aprofundamento da cognição não é *necessário*, sendo *suficiente* a “cognição *sumária*”. Por isso, não cabe ao magistrado apreciar exaustivamente as alegações feitas pelo autor em sua petição inicial quanto à *necessidade* da prestação da tutela jurisdicional *urgente* sobre um direito que *parece* ser digno de tutela. É nisto e para isto que reside a tutela jurisdicional que caracteriza como tal o Livro III do Código de Processo Civil; não para o *reconhecimento* do direito com base em “cognição *exauriente*”, típica do Livro I.

O “mérito” do “processo cautelar”, destarte, corresponde, como em qualquer outro caso, ao *pedido* de tutela jurisdicional tal qual formulado pelo autor. Na medida em que o magistrado enfrente-o, isto é, tenha condições de apreciá-lo porque superadas as questões relativas à existência e à regularidade do *processo* (pressupostos processuais; v. n. 2, *supra*) e ao desenvolvimento do próprio direito de *ação* (condições da ação; v. n. 3, *supra*), o julgamento é, para os fins do art. 269, em especial de seu inciso I, de *mérito*. O magistrado poderá acolher ou rejeitar o pedido, no todo ou em

parte, concedendo, em idêntica proporção, tutela jurisdicional. Em qualquer das hipóteses, seu julgamento é de *mérito*.

A conclusão a que chega o parágrafo anterior, contudo, não autoriza o entendimento de que o julgamento realizado no “processo cautelar”, mesmo para os fins do referido art. 269, I, torne-se estável com a formação de “coisa julgada *material*”. Para tanto, seria necessário que a *cognição* desenvolvida pelo magistrado fosse *exauriente*, o que, ressalvada a excepcional hipótese do art. 810, não ocorre no âmbito do Livro III do Código. Ao tema volta-se, com maior profundidade, o n. 10, *infra*.

## 5. CARACTERÍSTICAS

Os números seguintes apresentam diversas características geralmente referidas pela doutrina que se debruçou sobre o tema aqui versado.

A reunião de todas as categorias abaixo identificadas tem como finalidade última a de identificar o que uma “verdadeira” tutela cautelar deve ostentar para ser designada como tal e, conseqüentemente, para distingui-la de outras formas de tutela jurisdicional que, a despeito de poderem compartilhar com ela alguma característica comum, com ela não se confundem.

O que nem sempre fica claro no exame do tema, contudo, é saber se tais características são do “*processo cautelar*” (v. n. 2, *supra*), da “*ação cautelar*” (v. n. 3, *supra*) ou das “*medidas cautelares*”, assim entendidas as providências ou, mais tecnicamente, as *decisões* jurisdicionais proferidas com o objetivo de proteger *preventivamente* aquele que se reconhece como titular de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*, o que, na nomenclatura proposta pelo n. 1.1, *supra*, é bem descrito como “tutela cautelar”.

Na exposição que segue, forte na proposta destacada pelo n. 1.1, *supra*, as características são estudadas buscando destacar sua relação com uma ou com outra figura.

### 5.1. Preventividade

A “preventividade” é característica que deve ser relacionada diretamente com o comando do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

A tutela jurisdicional a ser obtida no âmbito do “processo cautelar” pretende evitar o dano, imunizando, destarte, a *ameaça* de uma afirmação de

direito, impedindo que ela seja convertida em *lesão*. É, na perspectiva do próprio Buzaid, a função que, como tal, caracteriza o “processo cautelar” distinguindo-o da função jurisdicional a ser alcançada no âmbito do “processo de conhecimento” e do “processo de execução” (v. n. 2, *supra*).

Decorre da preventividade a noção de *urgência*, que dá margem ao amplo desenvolvimento em torno do *periculum in mora* (v. n. 4, *supra*), e também ao entendimento de que o magistrado, para os fins do Livro III do Código de Processo Civil, está autorizado a decidir sem necessidade de aprofundamento de sua cognição. A “cognição *sumária*”, destarte, é, dessa perspectiva, também característica do que o Código chama de “processo cautelar” (v. n. 5.4, *infra*). Sem espaço para o desenvolvimento de “cognição *exauriente*”, a decisão proferida não tem aptidão de transitar em julgado, o que é objeto de análise pelo n. 10, *infra*.

A característica aqui destacada não se limita, contudo, ao “processo cautelar”. A “*ação cautelar*”, para quem a admite, e as “*medidas cautelares*”, assim entendidas as decisões que veiculam a tutela jurisdicional pedida e concedida para os fins do Livro III do Código — a “*tutela cautelar*”, portanto —, são, todas elas, *preventivas* na mesma perspectiva aqui colocada em destaque.

A nota crítica que cabe a respeito desta característica é que, dentre outras (v. n. 2.1, *supra*), também a “*tutela antecipada*”, mormente aquela concedida com base no inciso I do art. 273, é *preventiva* no mesmo sentido colocado em destaque pela doutrina tradicional e pela Exposição de Motivos do Código de Processo Civil. A circunstância de a “*tutela antecipada*” viabilizar a atuação jurisdicional *diretamente* no plano *material*, não se limitando, como quer a doutrina tradicional das cautelares, ao plano *processual*, não deve, pelas razões expostas pelo n. 1 do Capítulo 8 da Parte I, subsistir no atual sistema processual civil brasileiro.

## 5.2. Provisoriedade

É bastante frequente a referência à *provisoriedade* como característica do “processo cautelar”. Seu significado é o de que a proteção obtida “cautelarmente” extingue-se com a efetivação da tutela jurisdicional que se pretende proteger, trazendo à tona o disposto na primeira parte do *caput* do art. 807 e no inciso III do art. 808.

É a lição de Marcelo Lima Guerra (*Estudos sobre o processo cautelar*, p. 22): “... a *provisoriedade* da tutela cautelar se manifesta na peculiaridade desta forma de tutela, de estar fadada, em razão da sua função específica (acessoriedade), a cessar os seus efeitos tão logo o resultado útil do processo, à garantia do qual a tutela foi prestada, seja produzido”.

A característica, tal qual anunciada, parece descrever melhor — como destacado pelo eminente processualista cearense, aliás — a “*tutela cautelar*” e não, propriamente, o *processo* em que ela é concedida. É a *proteção* jurisdicional que tende a durar para dar utilidade ao resultado do “processo principal” e não, propriamente, o “processo cautelar” que pode, até mesmo, ser extinto antes e independentemente daquele pelas razões expostas pelo n. 9, *infra*.

Importa colocar em destaque que, a despeito da *letra* do art. 807 e da construção doutrinária tradicional que vincula a função do “processo cautelar” aos “processos de conhecimento e de execução”, que o melhor entendimento para a “provisoriedade” reside na obtenção do reconhecimento e/ou satisfação do próprio direito material e não, apenas e tão somente, à obtenção do título executivo que, por si só, pode não ter — e que, em se tratando de “tutela jurisdicional *executiva*”, não tem — condições de coibir o dano que a cautelar quis evitar, sequer de imunizar a situação de ameaça. A “tutela cautelar”, destarte, deve ser compreendida não em função do “processo principal”, em si mesmo considerado, mas, diferentemente, tendo presente a satisfação do direito a ser nele obtida.

Trata-se de aplicação segura (e atualizada) da distinção proposta pelo próprio Calamandrei entre a “*provvisorietà*” e a “*temporaneità*” (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 10). “*Temporaneo*”, acentua o jurista, é simplesmente o que não dura para sempre, aquilo que, independentemente da superveniência de qualquer evento, tem, por si só, duração limitada. “*Provvisorio*”, ainda de acordo com as lições do Mestre, é o que se destina a durar até o advento de um evento sucessivo em função do qual o estado de provisoriedade se justifica. É expressão que indica o que é destinado a durar somente o tempo intermediário que precede a ocorrência do evento esperado. Um tal evento, na perspectiva deste *Curso*, é a *satisfação* do direito, tal qual reconhecido pelo Estado-juiz.

### 5.3. Autonomia

A *autonomia* do “processo cautelar”, de acordo com a doutrina tradicional, deve ser entendida como sua configuração como “terceira classe” de processos, ao lado do “processo cautelar” e do “processo de execução”.

O que deve ser evidenciado, contudo, reiterando as considerações já feitas especialmente pelo n. 2.1, *supra*, é que é a “tutela jurisdicional” que pode ser variada, bem como as *técnicas* de sua obtenção e de seu cumprimento e o *procedimento* disciplinado pela lei para tanto. Não a “ação” ou o “processo”. Nessa perspectiva, não há razão para sustentar qualquer *autonomia* entre processos de conhecimento, de execução e cautelares.

Assim, o que este *Curso* admite é que as “cautelares”, tais quais disciplinadas pelo Livro III do Código de Processo Civil, impõem um diferente *procedimento* ao *processo* no qual são pedidas, eventualmente deferidas e cumpridas. Pela sua abrangência, o assunto é tratado apartadamente pelo n. 2.1 do Capítulo 3.

Quando a cautelar for *preparatória* (v. n. 6.2, *infra*) é inegável, outrossim, que a necessidade de sua *documentação* apartada pode render ensejo a discussões interessantes, como as que decorrem do art. 809 ou do art. 520, IV (v. n. 9 do Capítulo 3), mas que não se confundem com as ressalvas já feitas.

### 5.4. Cognição sumária

É inerente ao chamado “processo cautelar” que o magistrado decida sem ânimo de definitividade e, por definição, premido pelo tempo. Houvesse tempo para decidir e a hipótese repeliria a *necessidade* de se observar os ditames do Livro III do Código.

Não há condições, por isso mesmo, de desenvolvimento, ao longo do processo, de “cognição *exauriente*”, apenas de “cognição *sumária*” e que, observando-se a distinção *teórica* exposta pelo n. 9 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1 (v. n. 4.1 do Capítulo 8 da Parte I), pode até mesmo ser ainda menos profunda, uma verdadeira “cognição *superficial*”, como se dá para os fins do art. 804 (v. n. 3.8 do Capítulo 3).

O desenvolvimento de “cognição *sumária*” toma como ponto de partida o que Marcelo Lima Guerra (*Estudos sobre o processo cautelar*, p. 20-22) chama de “*hipoteticidade*”, isto é, a predestinação de a tutela cautelar referir-se à proteção de um provimento jurisdicional incerto e futuro (probabilidade de sua ocorrência) ou, como prefere este *Curso*, a um direito cuja existência ainda não foi reconhecida de maneira definitiva pelo Estado-juiz. Trata-se de característica que se relaciona, por isso mesmo, ao papel desempenhado pela expressão latina “*fumus boni iuris*”.

É importante destacar que a “cognição *sumária*”, embora característica do “processo cautelar” — e mais tecnicamente, pelas razões apresentadas pelo n. 1.1, *supra*, à “tutela cautelar —, não é *exclusiva* dele. Em variadas situações, o sistema processual civil pode, principalmente quando preocupado em realizar o seu “modelo constitucional”, autorizar — e, de resto, são inúmeras as situações em que ele autoriza — que o magistrado decida e satisfaça direitos em diferentes níveis de *profundidade* e de *extensão* da cognição jurisdicional (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte III), sem que isto, por si só, renda ensejo a uma tutela que possa, para os fins do Livro III do Código, ser compreendida como verdadeiramente cautelar.

## 5.5. Instrumentalidade

A *instrumentalidade* deve ser entendida, na sua formulação tradicional, como a circunstância de o “processo cautelar” não se voltar à proteção *imediata* do próprio direito material, mas, diferentemente, à do próprio plano processual. Trata-se da distinção feita pela doutrina entre a *finalidade* do “processo cautelar” e a do “processo de conhecimento” e do “processo de execução”: estes, voltados à tutela do direito no plano material; aquele, diferentemente, voltado, apenas e tão somente, à tutela do próprio processo e das técnicas jurisdicionais direcionadas ao plano material. Estes, vocacionados à tutela *direta* e *imediata* do direito no plano material; aquele vocacionado à tutela *indireta* e *mediata* daquele mesmo direito.

É o que se lê na obra clássica de Calamandrei (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 21-22, em tradução livre), para quem a “*strumentalità*” é tida como “a nota verdadeiramente típica dos provimentos cautelares (...) os quais não são fins em si mesmos, mas claramente preordenados à produção de provimentos ulteriores definitivos

dos quais os cautelares asseguram preventivamente a fruição prática. Os provimentos cautelares nascem, por assim dizer, ao serviço de um provimento definitivo, com o intuito de preparar o terreno e os meios mais adequados para seu sucesso”. E mais: “a tutela cautelar, quando comparada com o direito substancial é uma tutela *mediata*: mais do que fazer justiça serve a garantir o eficaz funcionamento da justiça. Se todos os provimentos jurisdicionais são um instrumento do direito substancial que atuam através deles, nos provimentos cautelares há uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada ao quadrado: eles são um meio predisposto a permitir o êxito do provimento definitivo, que, por sua vez, é um meio para a atuação do direito; são, com relação à finalidade última da função jurisdicional, instrumentos do instrumento”.

Tal característica, para o direito processual civil brasileiro, é perceptível no exame do inciso III do art. 801, que impõe, na petição inicial do “processo cautelar *preparatório*”, a indicação da “lide e seu fundamento” (v. n. 3.3 do Capítulo 3); no art. 806, que estabelece o prazo de trinta dias contados do cumprimento da medida cautelar para o ajuizamento da “ação principal” (v. n. 9, *infra*) e no art. 808, que, ao descrever as hipóteses de cessação da eficácia das medidas cautelares, vincula-as à sorte do “processo principal” (v. n. 9, *infra*).

Pelas razões expostas pelo n. 1.1, *supra*, não há como emprestar adesão a este entendimento. Menos por não entender existente algo próximo ao chamado “direito *substancial* de cautela” (v. n. 5.8, *infra*) e mais porque não há como aceitar o artificialismo da classificação dos “processos”, que desconhece que a finalidade da atuação jurisdicional é sempre, mesmo que com graus variáveis de intensidade ou com diferentes técnicas, tutelar (proteger) o plano a ele exterior, o plano material. É esta a *diretriz constitucional* (art. 5º, XXXV) da qual a legislação e seu intérprete não se podem furtar.

Ademais, a clássica e tão difundida afirmação de Calamandrei segundo a qual a cautelar é “instrumento do instrumento”, transcrita acima, isto é, servilão de um “outro processo”, o de “conhecimento” ou de “execução”, deve ser entendida no contexto proposto por aquele autor que faz importantes ressalvas com relação aos “provimentos cautelares” do terceiro grupo, isto é, aqueles que “decidem interinamente”, ou seja, provisoriamente, dentre os

quais estão os “provimentos que servem para facilitar a fruição prática de uma futura execução forçada”. É que em tais casos, “o provimento cautelar consiste em uma decisão antecipatória e provisória do mérito, destinada a durar até o momento em que a esta regulação provisória da relação controvertida sobreponha-se a regulação de caráter estável a ser obtida através do mais lento processo ordinário” (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 39, em tradução livre).

## 5.6. Revogabilidade e modificabilidade

A *revogabilidade*, por vezes denominada *modificabilidade* da “tutela cautelar”, é a mesma que o n. 5 do Capítulo 2 da Parte I tratou com relação à “tutela antecipada” na análise do § 4º do art. 273.

Trata-se do reconhecimento expresso feito pelo sistema processual civil, em especial pelo art. 807, da necessária *adequabilidade* da proteção outorgada jurisdicionalmente para os fins do Livro III do Código de Processo Civil para melhor salvaguardar o direito ameaçado.

A característica é tanto mais importante na medida em que é plenamente admissível que a atuação jurisdicional justifique-se *antecipadamente*, antes mesmo da citação do réu e de seu ingresso no processo e, por consequência, a partir das alegações e das provas produzidas unilateralmente pelo autor em sua petição inicial ou na audiência de justificação designada para os fins do art. 804 (v. n. 3.8 do Capítulo 3).

Com o estabelecimento do contraditório e com o aprofundamento da cognição jurisdicional daí derivado, pode-se justificar a *adaptação* da medida adotada pelo magistrado para melhor tutelar os direitos e interesses das partes (e de eventuais terceiros) no plano material e, bem assim, a revogação, total ou parcial, ou a modificação da medida por contrária ao que supervenientemente pôde apreender o magistrado (v. n. 5.7, *infra*).

A característica, assim compreendida, mostra-se como consequência inarredável da perspectiva de que o desenvolvimento do processo (mesmo que de procedimento abreviado como é o “cautelar”; v. n. 2 do Capítulo 3) é fator de aprofundamento da cognição jurisdicional (mesmo quando for desnecessária chegar à “cognição *exauriente*”; v. n. 5.4, *supra*) e, conseqüentemente, à viabilidade de melhor proteger as situações subjacentes ao processo.

Uma vez proferida sentença no “processo cautelar” (v. n. 8 do Capítulo 3), contudo, não há como se entender que seja possível ao magistrado aplicar a característica aqui discutida, sob pena de agredir a vedação do *ne bis idem* de que trata o n. 10, *infra*. A solução mais adequada para a hipótese é aquela que reserva ao interessado a apresentação de um *novo* pedido fundado em *novo* fundamento para obter, se for o caso, *nova* proteção jurisdicional.

## 5.7. Fungibilidade

A *fungibilidade* que a doutrina usualmente refere-se com relação ao estudo do “processo cautelar” prende-se, em primeiro lugar, ao princípio exposto pelo n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1. Trata-se do “princípio da instrumentalidade das formas”, que reflete, em última análise, a ampla diretriz, de inspiração constitucional, do amplo acesso à justiça e da necessária existência de meios tendentes à eficiência processual.

Mas não é só. Pelas peculiaridades do direito positivo brasileiro, a *fungibilidade* aqui discutida ganha relevo diante do art. 805. De acordo com o dispositivo, “a medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente”.

Assim, o oferecimento de caução ou, mais amplamente, de qualquer garantia que busque tutelar *suficientemente* o direito ou o interesse das partes e de eventuais terceiros pode, quando determinada ou aceita pelo magistrado, *substituir* quaisquer outras providências anteriormente autorizadas. Trata-se, em última análise, de aplicação do princípio da menor gravosidade ao executado — e, mais amplamente, das técnicas *executivas* —, decorrente do art. 620, nos meios empregados pelo magistrado para realizar a medida com vistas a proteger o direito da parte da maneira que melhor equilibre a situação dos litigantes (v. n. 11, *infra*), e, justamente por isso, é que a incidência do referido art. 805 justifica-se mesmo depois de a “ação cautelar” ter sido sentenciada (STJ, 3ª Turma, REsp 1.052.565/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j.un. 2.12.2008, DJe 3.2.2009).

O dispositivo é expresso, a propósito, ao autorizar a atuação oficiosa do magistrado (art. 797; v. n. 4 do Capítulo 2) — no que flexibiliza os rigores

do “princípio da adstrição do juiz ao pedido” e seus correlatos (n. 2 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1) —, sem prejuízo de sua atuação a pedido da parte interessada. Em ambos os casos, as partes ou a parte contrária deverão ser previamente ouvidas, ressalvada, sempre, a hipótese de ocorrência de *periculum in mora* tão intenso que, legitimamente, dispense esta providência a cargo do magistrado.

A *fungibilidade* também se relaciona a importante questão relativa à possibilidade de ser aceita “cautelar *nominada*” em lugar de “cautelar *inominada*” e vice-versa (v. n. 6.1, *infra*) assunto que é estudado pelo n. 3 do Capítulo 2 e pelo n. 3 do Capítulo 1 da Parte III.

Por fim, mas não menos importante, a *fungibilidade* também diz respeito às relações que existem entre a “tutela cautelar” e a “tutela antecipada”, máxime quando examinadas pela ótica do § 7º do art. 273, tema ao qual se volta o n. 3 do Capítulo 8 da Parte I.

## 5.8. Referibilidade

Ovídio Baptista da Silva (*Do processo cautelar*, p. 61-68) sempre se referiu à existência de um “direito substancial de cautela” como um direito subjetivo material à segurança, isto é, uma verdadeira pretensão à segurança, cujo fundamento “promana de princípio de natureza constitucional, imanente a todo o Estado de Direito”.

A importante lição é acolhida por este *Curso* por ser inegável a existência de uma tutela jurisdicional a ser obtida, inclusive no âmbito do Livro III do Código de Processo Civil, com vistas à proteção preventiva de um direito suficientemente reconhecido como existente no plano material; uma tutela jurisdicional que se mostre apta e adequada para realizar o desiderato do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Como esse direito é reconhecido na perspectiva de sua existência no plano material, como o é qualquer “tutela jurisdicional” — mesmo que com base em “cognição *sumária*” (v. n. 5.4, *supra*) — é irrecusável, com o destacado processualista gaúcho, constatar que o “processo cautelar” acaba estabelecendo um relação *direta* (e não *indireta*, como quer a maioria da doutrina) com o plano material. É o que Ovídio Baptista da Silva chama de “situação cautelanda” (*Do processo cautelar*, p. 83): “A inclusão deste pressuposto coloca-nos, mais uma vez, em divergência com a doutrina

dominante que confunde, como já vimos, a proteção cautelar com *tutela do processo* e apenas indiretamente e por via reflexa podendo proteger igualmente um direito subjetivo da parte. Temos constantemente insistido em que o objeto da proteção cautelar há de ser sempre, primariamente, um direito da parte, ou uma pretensão ou ação, ou até mesmo uma simples exceção substancial (...)

O inciso III do art. 801 pode ser interpretado para embasar essa conclusão ao exigir que da petição inicial do “processo cautelar preparatório” conste menção da “lide e seu fundamento”. Trata-se, e isto é reconhecido pela doutrina em geral, da *referência* que o autor do “processo cautelar” deve fazer com relação ao que pretenderá obter do Estado-juiz com o seu “processo principal”, isto é, qual o *direito* a ser oportunamente tutelado pela renovada intervenção jurisdicional, a chamada “ação principal”.

## 6. CLASSIFICAÇÃO

O Livro III do Código de Processo Civil convida à análise de algumas das variadas classificações usualmente encontradas na doutrina sobre a “tutela cautelar”, expressão empregada sempre com as ressalvas feitas pelo n. 1.1, *supra*.

Como toda classificação, importa colocar em relevo o critério classificatório e o destaque de que elas, as classificações, não podem e não devem ser compreendidas como fins em si mesmas mas, apenas e tão somente, como meios de atingimento de determinados fins, especificamente o de melhor conhecer e, conseqüentemente, apreender o objeto de estudo. A validade das classificações, destarte, repousa na maior (ou menor) utilidade que elas apresentem para compreender o objeto examinado.

Para aplicar essa consideração é que se fez a ressalva de que o estudo presente versará sobre “algumas das variadas classificações encontradas na doutrina”. Distinções entre “cautelares *conservativas*” e “cautelares *antecipatórias*”, “cautelares *satisfativas*” e “cautelares *assecuratórias*”, e entre “cautelares *jurisdicionais*” e “cautelares *administrativas*”, dentre tantas outras, são deixadas de lado por este *Curso* porque, aceitas as premissas expostas pelo n. 1 da Introdução, mostram-se pouco úteis para a pesquisa aqui empreendida.

Ademais, evidenciados os critérios classificatórios que ocupam os números seguintes, é importante constatar que uma mesma “cautelar” pode pertencer, concomitantemente, a mais de uma classe. Assim, por exemplo, há cautelares que são *típicas, incidentais, probatórias e conservativas*, enquanto outras serão *atípicas, preparatórias, pessoais e constrictivas*.

## 6.1. Quanto à tipicidade

Um primeiro critério classificatório leva em conta a *tipicidade* da “tutela cautelar”, isto é, a circunstância de ela ser, ou não, expressamente disciplinada pelo Código de Processo Civil ou pela legislação processual civil extravagante.

Para essa classe, é *inominada* ou *atípica* a “tutela cautelar” que toma como fundamento suficiente o “dever-poder geral de cautela” previsto no art. 798 e, superiormente, no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e que, portanto, não é disciplinada especificamente pela lei processual civil, codificada ou extravagante.

A circunstância de os usos forenses terem rotulado algumas destas hipóteses é indiferente para a classificação aqui apresentada, que se volta, apenas e tão somente, à constatação da expressa previsão legislativa da medida.

Assim, as conhecidas “cautelares de sustação de protesto”, de “obtenção de remédios ou tratamento de saúde”, as cautelares voltadas a impedir a “negativação de nomes em serviço de proteção ao crédito” (cuja admissão no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação foi reconhecida em sede de recurso especial repetitivo pela 2ª Seção do STJ no REsp 1.067.237/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 24.6.2009, DJe 23.9.2009) ou de “suspensão de deliberações sociais” e similares são *inominadas* ou *atípicas* porque, não obstante seu largo emprego no foro, não têm disciplina legal própria, derivando, por isso mesmo, da escorreita aplicação dos precitados dispositivos normativos.

Contrapõe-se a esta classe a “tutela cautelar” *nominada* ou *típica*, chamada, pelo próprio Código de Processo Civil, de “*procedimentos cautelares específicos*”, que são aqueles expressamente disciplinados pelo seu Capítulo II do Livro III, isto é, pelos arts. 813 a 889, e, ainda, pela

legislação processual civil extravagante como se dá, por exemplo, com a chamada “medida cautelar fiscal” da Lei n. 8.397/1992.

A concessão das providências requeridas no âmbito destes “processos cautelares”, isto é, da “tutela cautelar”, depende da ocorrência de determinados pressupostos originalmente valorados e exigidos pelo legislador e que, de acordo com a doutrina tradicional, não podem ser substituídos ou olvidados em nome do “dever-poder geral de cautela”, entendimento do qual não compartilha este *Curso* (v. n. 3 do Capítulo 2). Do estudo dos “procedimentos cautelares específicos” do Código de Processo Civil se ocupa a Parte III deste volume.

## 6.2. Quanto ao momento

No que diz respeito ao *momento* da formulação do pedido, a “tutela cautelar” pode ser *antecedente* (também chamada de *preparatória*) ou *incidente* (também chamada de *incidental*).

A distinção é expressamente agasalhada pelo art. 800 e pelo parágrafo único do art. 801, que se referem à primeira classe como “preparatórias” e como “procedimento preparatório”, respectivamente. Também o art. 796 prevê a possibilidade de o “procedimento cautelar” ser instaurado *antes* ou no *curso* do “processo principal”, referindo-se às duas classes destacadas.

*Antecedente* ou *preparatória* é a “tutela cautelar” cujo pedido significa o rompimento da inércia da jurisdição, é dizer, o interessado na obtenção de tutela jurisdicional provoca o Estado-juiz com o fito de proteger direito seu observando as regras do Livro III do Código, dando ensejo à formação de um “processo cautelar”, em que exercerá uma “ação cautelar”, entendidas ambas as expressões nos moldes tradicionais (v. n. 1, *supra*).

*Incidente* ou *incidental* é a “tutela cautelar” requerida quando já está em curso o “processo principal”. São cautelares que, de acordo com o Livro III do Código, também dão ensejo a um “processo cautelar” e a uma “ação cautelar” mas que, por ocuparem autos próprios e tramitarem de acordo com procedimento próprio, não se confundem com o “processo principal” e a “ação principal” (v. n. 5.3, *supra*).

Embora não haja razão para desconhecer esta segunda classe de “processos cautelares” é irrecusável o destaque de que, por força da interpretação que o n. 3 do Capítulo 8 da Parte III dá ao § 7º do art. 273, ela

tende a se tornar *desnecessária* na prática do foro sem que isto atrite, muito pelo contrário, com a construção dogmática.

Inversamente, os chamados “processos cautelares *preparatórios*” tendem a manter muito de sua utilidade nos usos e costumes forenses naqueles casos em que aquele que se vê forçado a romper a inércia da jurisdição em busca de tutela jurisdicional preventiva não se vê, por qualquer razão, em condições de propor desde logo a “ação principal” na qual poderia formular o seu pedido de “cautelar” incidentalmente.

### 6.3. Quanto ao objeto

O objeto sobre o qual a tutela jurisdicional requerida para os fins do Livro III do Código recai rende ensejo a classificação que distingue as cautelares *reais* das cautelares *pessoais* das cautelares *probatórias*.

O objeto levado em conta na classificação é o “objeto *mediato*”, isto é, o bem da vida sobre o qual recai a prestação da tutela jurisdicional e não o “objeto *imediato*”, que corresponde à técnica jurisdicional a ser empregada para efetivação da tutela jurisdicional concedida (v. n. 11, *infra*).

São *reais* as cautelares que recaem sobre coisas, vale dizer, sobre bens, móveis ou imóveis. É o que se dá na maior parte das hipóteses disciplinadas pela lei processual civil como, por exemplo, nos casos do “arresto” e do “sequestro”, estudados pelos Capítulos 2 e 3 da Parte III, respectivamente.

São *pessoais* as cautelares que recaem sobre pessoas. Exemplo marcante do Código de Processo Civil é a “busca e apreensão” que, de acordo com o art. 839, poderá ser concedida com relação a coisas e a *pessoas* (v. n. 1 do Capítulo 5 da Parte III). Diversos incisos do art. 888, estudados pelo Capítulo 16 da Parte III, ocupam-se, também, de cautelares que incidem *diretamente* sobre pessoas e não sobre coisas.

São *probatórias* as cautelares voltadas, em última análise, à produção de provas. É o que se dá com a “exibição”, a “produção antecipada de provas” e com a “justificação”, estudadas pelos Capítulos 6, 7 e 10 da Parte III, respectivamente.

### 6.4. Quanto à produção de efeitos

Uma última classificação encontrada na doutrina distingue os “processos cautelares *constritivos*” dos “processos cautelares *conservativos*”, elegendo

como critério classificatório os efeitos que a concessão da medida e seu cumprimento, a tutela jurisdicional, portanto, têm aptidão de produzir com relação à parte contrária e a eventuais terceiros.

A “tutela cautelar *constritiva*” é aquela cujos efeitos afetam direta ou indiretamente o patrimônio jurídico alheio, assim compreendidos os direitos e interesses da parte contrária ou de terceiros, colocando-os em situação diversa daquela que se encontravam antes da concessão da medida e de seu cumprimento. A maior parte das “tutelas cautelares” pertence a esta classe.

Por sua vez, a “tutela cautelar *conservativa*”, nessa perspectiva, não tem o condão de gerar quaisquer efeitos desfavoráveis à parte contrária ou a terceiros, não interferindo na situação jurídica até então ostentada. É o que se dá, por exemplo, com a “produção antecipada de provas” e com a “justificação”.

## 7. DURAÇÃO

A duração da “tutela cautelar” é objeto de disciplina expressa na primeira parte do *caput* do art. 807.

De acordo com o dispositivo, “as medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”.

O “prazo do artigo antecedente” é referência aos trinta dias que, de acordo com o inciso I do art. 808, o beneficiário do “processo cautelar *preparatório*” (v. n. 6.2, *supra*) tem para “propor a ação principal” (v. n. 9, *infra*), assim entendido o pedido de tutela jurisdicional apto a reconhecer e/ou satisfazer o direito que, para os fins do Livro III do Código, é meramente assegurado (v. n. 1, *supra*). A regra incide também nos casos em que a medida cautelar tenha sido concedida *antecipadamente* (art. 804; v. n. 3.8 do Capítulo 3), sendo certo, contudo, que, na hipótese, o prazo para o “processo principal” flui do cumprimento da medida liminar (v. n. 9, *infra*).

Com relação à menção feita pelo dispositivo à conservação da eficácia das “medidas cautelares (...) na pendência do processo principal”, importa destacar que a questão não se põe no âmbito do próprio “processo cautelar”. Analisando-se deste prisma, eventual *antecipação* da tutela cautelar (art. 804) deixará de durar quando proferida sentença, que passa a regular a situação *imediatamente*, dada a ausência de efeito suspensivo ao recurso de

apelação (art. 520, IV; v. n. 9 do Capítulo 3), razão suficiente para afastar, da espécie, as discussões de que se ocupa o n. 3.4 do Capítulo 3 da Parte I. Para tutelar eventuais direitos derivados dessa situação, cabe às partes (e a eventuais terceiros) buscar outra decisão de salvaguarda de sua posição jurídica, até mesmo para resguardar o desfecho útil da fase recursal, tema ao qual se volta o Capítulo 4.

A primeira parte do art. 807, até em função da menção expressa que faz à “pendência do processo principal”, volta-se a situação diversa, verdadeiramente *externa* ao “processo cautelar”, que é a de saber qual relação pode ser traçada entre a “sentença do processo principal” e eventual concessão anterior de “tutela cautelar”, antecipadamente ou por sentença no âmbito do “processo cautelar”.

Para analisar a questão importa distinguir duas hipóteses.

A primeira é a de proferimento de sentença no “processo principal” no mesmo sentido da anterior concessão da “tutela cautelar”. Em tal caso, a sentença favorável harmoniza-se com a anterior cautelar que deve perdurar, independentemente da existência de interposição de recurso da sentença e dos efeitos de sua tramitação. Prevalece, na espécie, a regra específica do dispositivo em análise.

É a “tutela cautelar” que, nesta hipótese, surte seus efeitos de imediato e não propriamente a sentença proferida no processo principal que pode até mesmo — e esta é a regra decorrente do *caput* do art. 520 (v. n. 4.2 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 5) — não surtir quaisquer efeitos mercê de apelação recebida com efeito suspensivo. Se se tratar de uma das exceções previstas nos incisos do art. 520 ou da legislação extravagante, o problema é mitigado porque, na exata medida em que a sentença surte seus regulares efeitos desde logo, pode não haver *necessidade* de tutela cautelar e, por este motivo, ela deixaria de regular a situação, isto é, ela perderia sua razão de ser.

É importante fazer uma ressalva com relação ao parágrafo anterior. A conclusão nele defendida faz mais sentido quando se assume, como faz este *Curso*, que a tutela cautelar tem aptidão de atuar *diretamente* no plano material (v. n. 2.1, *supra*). A concepção tradicional da “instrumentalidade” (v. n. 5.5, *supra*), com efeito, parece contentar-se com o mero proferimento da sentença do “processo principal” para a cessação dos efeitos da “tutela

cautelar”, como se ela, a sentença, em todo e em qualquer caso e independentemente da fase recursal, tivesse o condão de satisfazer o direito meramente assegurado até então.

A segunda hipótese a ser enfrentada é a oposta da já exposta. É supor o proferimento de sentença no “processo principal” em sentido contrário à anterior prestação da “tutela cautelar”. Em tal situação, os efeitos da tutela cautelar também cessam de imediato? Para responder a esta questão também importa formular duas situações diversas.

Quando o “processo cautelar” já tiver sido sentenciado independentemente do desfecho do “processo principal”, dando-se correta aplicação à *autonomia* de que trata o n. 5.3, *supra*, e mais bem desenvolvida pelo n. 2.1 do Capítulo 3, concedendo a tutela jurisdicional nele pretendida, a melhor interpretação é a defendida por Galeno Lacerda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, p. 225).

Para o prestigiado jurista do Rio Grande do Sul, o art. 807 deve reger a situação porque, a despeito do proferimento da sentença no “processo principal”, eventual interposição de apelação tem o condão de manter a litispendência (“efeito *obstativo*”; v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 5), fazendo com que incida, conseqüentemente, aquela regra nos seus próprios termos. “Inegável, portanto, que, em face e em virtude de apelação tempestiva, o processo principal ainda pende de decisão superior, e, assim, nos estritos termos do art. 807, a medida se deva conservar.”

É como se dissesse que, por essa interpretação da regra em análise, o legislador tivesse assumido o risco de o pedido do autor, sucumbente no primeiro grau, vir a ser acolhido, mercê da fase recursal, a pressupor que seu resultado possa, a final, ser plenamente útil, tarefa a ser desempenhada, pela conservação da anterior “tutela cautelar”. O § 2º do art. 687 do CPC/1939, a propósito, era mais enfático, ao vincular o fim da “tutela cautelar” ao trânsito em julgado da sentença do “processo principal” nos seguintes termos: “Se a sentença que resolver a lide transitar em julgado, cessará de pleno direito a eficácia da medida, embora não expressamente revogada”.

A questão, analisada deste prisma, não tem nenhuma relação com a exceção contida no inciso IV do art. 520. A “tutela cautelar” mantém-se incólume — é esta a hipótese destacada para exame — porque já concedida

(e, nesta perspectiva, ela já produz seus regulares efeitos) e por causa da regra do art. 807. A fase recursal a ser inaugurada da sentença proferida no “processo principal” é, assim, *indiferente* para as conclusões aqui expostas.

A prática, contudo, destoa desta primeira alternativa. Menos pelo seu conteúdo e pela sua construção e muito mais pela circunstância de a maior parte dos “processos cautelares” ser julgada conjuntamente com o “processo principal”, ao arripio da “autonomia” a que se referem o n. 5.3, *supra*, e o n. 2.1 do Capítulo 3, com o que não há razão nenhuma para concordar.

Assim fazendo, viabiliza-se que as sentenças proferidas ao mesmo tempo (e, até mesmo, o proferimento de uma só sentença para os “dois processos”; v. n. 8 do Capítulo 3) regulem uniformemente o caso, com a expressa revogação de anterior decisão antecipatória da “tutela cautelar” na exata medida em que, no âmbito do “processo principal”, não se reconhece qualquer direito a ser protegido. Em tais situações, a bem da verdade, acaba se aplicando a segunda parte do *caput* do art. 807, que admite a revogação ou a modificação da anterior tutela cautelar a qualquer tempo (v. n. 8, *infra*).

Nesta alternativa, diferentemente da aventada anteriormente, a decisão proferida no âmbito do “processo cautelar” surte, mesmo que recorrida, seus efeitos *imediatamente* (art. 520, IV; v. ns. 8 e 9.1 do Capítulo 3), e, conseqüentemente, tira o espaço de incidência da primeira parte do *caput* do art. 807. Para a eventualidade de uma *nova* proteção cautelar mostrar-se necessária ao longo da fase recursal, cabe ao interessado valer-se dos mecanismos discutidos pelo Capítulo 4.

É neste sentido que caminham doutrina e jurisprudência, fortes no entendimento de que são incompatíveis entre si a cognição exauriente do “processo principal” (contrária ao autor) e a cognição sumária do “processo cautelar” (favorável a ele), semelhantemente ao que o n. 3.4 do Capítulo 3 da Parte I analisa da perspectiva da “tutela antecipada”. Sobretudo, vale acrescentar, diante da regra do inciso IV do art. 520. Bem ilustram essa forma de pensar dois julgados da 3ª Turma do STJ: REsp 1.129.255/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j.un. 22.6.2010, DJe 1.7.2010, e REsp 1.046.050/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 17.9.2009, DJe 1.12.2009, que atribuem à ausência de efeito suspensivo (justamente o art. 520, IV) “a cassação da liminar anteriormente concedida”.

O parágrafo único do art. 807, por fim, ao prever que “salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo”, afina-se à regra genérica do art. 266 (v. n. 5 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1), buscando criar condições de tutela de direitos mesmo nas situações em que o processo deve ficar suspenso.

## 8. REVOGAÇÃO OU MODIFICAÇÃO

A segunda parte do *caput* do art. 807 traz à tona o tema relativo à revogação e à modificação da decisão que veicula a “medida cautelar”, isto é, a “tutela cautelar” (v. n. 1.1, *supra*).

Fundamentalmente, trata-se da expressa autorização legal para que o magistrado revogue ou modifique a medida concedida para melhor tutelar, ainda que *preventivamente*, o direito das partes consoante as necessidades verificadas em cada caso concreto.

O desenvolvimento do processo com a ampla participação das partes — mormente quando se trata de medida concedida para os fins do art. 804 — deve permitir o *aprofundamento* da cognição jurisdicional e, conseqüentemente, a viabilidade de revogar ou modificar anterior decisão concessiva da tutela jurisdicional com vistas a uma proteção mais adequada do direito das partes.

O dispositivo tem ampla aplicação prática quando, a despeito da autonomia desejada pelo sistema processual civil (v. n. 5.3, *supra*), “processo principal” e “processo cautelar” são julgados ao mesmo tempo e, diante da rejeição do pedido do autor, anterior “medida liminar” (art. 804; v. n. 3.8 do Capítulo 3), ser revogada pela *sentença* do “processo cautelar” (v. n. 7, *supra*).

No mais, a propósito da segunda parte do *caput* do art. 807 são suficientes as considerações de que se ocupam o n. 5.6, *supra*, e também o n. 5 do Capítulo 2 da Parte I, quando o tema foi tratado da perspectiva da “tutela antecipada”.

## 9. CESSAÇÃO

O art. 808 disciplina as hipóteses em que “cessa a eficácia da medida cautelar”. Trata-se de examinar em que hipóteses, de acordo com aquele

dispositivo, os efeitos da medida cautelar devem ser descontinuados.

O inciso I do art. 808, que prevê a cessação da eficácia da medida, “se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806”, deve ser entendido como a hipótese de o beneficiário de “cautelar preparatória” (v. n. 6.2, *supra*) não observar o prazo de trinta dias reservado pelo art. 806 para (re)provocar a jurisdição com o pedido de tutela jurisdicional que, substituindo a intervenção para os fins do Livro III do Código de Processo Civil, tem aptidão de reconhecer e/ou satisfazer direito seu.

O prazo legal deve ser contado do efetivo *cumprimento* da medida — antecipadamente ou a final, consoante o caso — que, por conseguinte, deve ser documentado nos autos. É insuficiente, para tanto, a autorização para seu cumprimento, isto é, a concessão da medida, ainda que a parte contrária dela esteja ciente (STJ, 4ª Turma, REsp 869.712/SC, rel. Min. Raul Araújo, j.un. 28.2.2012, DJe 16.3.2012). Quando a medida aceitar cumprimento em partes, é do primeiro ato de execução que se inicia o prazo (STJ, 3ª Turma, REsp 757.625/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 19.10.2006, DJ 13.11.2006, p. 257), e “não do momento em que se completaram integralmente todas as constringências” (STJ, 1ª Turma, REsp 1.115.370/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j.un. 16.3.2010, DJe 30.3.2010). Trata-se de prazo de cunho *processual* e, conseqüentemente, inapto a afetar o direito da parte no plano material.

Os efeitos da medida cautelar também devem ser paralisados quando a medida, concedida, não for cumprida no prazo de trinta dias. É o que dispõe o inciso II do art. 808. A providência legislativa quer evitar que o reconhecimento do direito a uma intervenção jurisdicional urgente seja inócuo e que não surta, regularmente, os efeitos pretendidos pelo seu beneficiário.

Ademais, nos casos de “cautelares *constritivas*” (v. n. 6.4, *supra*), a regra tem o condão de evitar que perdure indefinidamente a possibilidade de intervenção jurisdicional na esfera jurídica alheia não usufruída por quem a requereu e a obteve.

O inciso III do art. 808, por fim, prevê a cessação da eficácia da “medida cautelar” “se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito”. O dispositivo deve ser entendido no sentido da “instrumentalidade” destacada pelo n. 5.5, *supra*, de que a “cautelar”, tal

qual idealizada pelo Código de Processo Civil, volta-se, em qualquer caso, ao reconhecimento ou à satisfação, em outro processo (o “processo *principal*”), do direito que pretende assegurar (v. n. 1, *supra*). Na exata medida em que aquele direito não possa ser reconhecido ou satisfeito por causa do encerramento da atividade jurisdicional voltada àquele fim (extinção do processo com fundamento no art. 267) ou em que aquele direito já tiver sido reconhecido ou satisfeito (arts. 269 ou 794) ou não reconhecido (art. 269, I), não há mais *necessidade* da atuação jurisdicional para os fins do Livro III do Código. Trata-se, em última análise, de específica aplicação da regra que deriva do art. 807 que, por isso mesmo, traz à tona as considerações de que se ocupa o n. 7, *supra*.

Sobre a hipótese, há interessante acórdão da 3ª Turma do STJ (REsp 1.370.707/MT, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 4.6.2013, DJe 17.6.2013) no sentido de que “7. 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. 8. Os efeitos da sentença proferida em ação cautelar — demanda de natureza acessória e de efeitos temporários, cujo objetivo é garantir a utilidade do resultado de outra ação — não subsistem diante do julgamento de improcedência do pedido deduzido no processo principal, o que inviabiliza a execução da multa lá fixada”. Ressalva importante a ser feita, tendo as peculiaridades fáticas daquele julgado, é quanto à subsistência da multa diária imposta em sede de cautelar ao menos durante o tempo em que ela vigorou, na forma como discute o n. 4.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 3, forte na compreensão de que a multa, em tais casos, tem natureza *cominatória*.

É importante salientar, outrossim, que a cessação da “medida cautelar” para os fins dos incisos I e II do art. 808 não conduz, necessariamente, à extinção do próprio “processo cautelar”.

Quando a “tutela cautelar” for concedida *antecipadamente* (v. n. 3.8 do Capítulo 3), a cessação da medida, pelo advento de uma das hipóteses destacadas, não é, em todo e qualquer caso, motivo suficiente para a extinção do processo que prosseguirá com vistas ao proferimento da *sentença* que pode, consoante o caso, vir a conceder a tutela tal qual pretendida, observando-se, inclusive, a *modificabilidade* de que trata a segunda parte do art. 807 (v. n. 5.6, *supra*).

Assim, com o devido respeito, não há como emprestar adesão, ao menos sem a ressalva feita pelo parágrafo anterior, ao entendimento contrário que prevaleceu no âmbito da Corte Especial do STJ no julgamento dos REsp 327.438/DF, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j.un. 30.6.2006, DJ 14.8.2006, p. 247, sufragado mais recentemente por outros julgados daquela mesma Corte: 4ª Turma, REsp 704.538/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 15.4.2008, DJ 5.5.2008, p. 1; 3ª Turma, REsp 436.763/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 27.11.2007, DJ 6.12.2007, p. 312; e 1ª Turma, REsp 923.279/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 22.5.2007, DJ 11.6.2007, p. 298, e que acabou se convertendo na Súmula 482 daquele Tribunal: “A falta de ajuizamento da ação principal no prazo do art. 806 do CPC acarreta a perda da eficácia da liminar deferida e a extinção do processo cautelar”.

Em quaisquer das hipóteses do art. 808, consoante disciplina seu parágrafo único, a “medida cautelar” somente poderá ser requerida por “novo fundamento”, isto é, por causa distinta daquela que, anteriormente, foi reconhecida apta de proteção pelo Estado--juiz, mas que, pela ocorrência de uma ou mais de uma das situações aqui estudadas, restou frustrada. O tema convida a uma mais detida análise sobre as relações entre “coisa julgada material” e “processo cautelar”, disciplina do art. 810, objeto do número seguinte.

## 10. COISA JULGADA

É corrente o entendimento de que, no “processo cautelar”, não há “coisa julgada *material*”, fenômeno típico do “processo de conhecimento”, único apto a produzir decisões jurisdicionais com “cognição *exauriente*” capazes de tornarem-se imutáveis, ao longo do tempo, as “sentenças de mérito” (v. n. 4.3 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 2, tomo I).

O art. 810, ao prever que “o indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor”, daria respaldo a esse entendimento, ao insinuar que somente nos casos em que o magistrado reconhecer a decadência ou a prescrição é que a parte não poderia “intentar nova ação”, isto é, provocar,

uma vez mais, o Estado-juiz para a tutela de um *mesmo* direito pelas *mesmas* razões entre as *mesmas* partes.

Que o reconhecimento jurisdicional da ocorrência da decadência e da prescrição seja questão que o Código de Processo Civil cataloga de “mérito”, não há por que duvidar, suficiente a lembrança do art. 269, IV (v. n. 3.2.4 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I). Não há dificuldade, a respeito, de admitir que aquela sentença possa ser proferida no “processo cautelar”, mormente quando cada uma daquelas figuras é passível de apreciação oficiosa pelo magistrado (v. n. 2.2 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I). O próprio inciso IV do art. 811, ao disciplinar as hipóteses em que o beneficiário da “medida cautelar” responde pelos danos que causar, ocupa-se expressamente da hipótese (v. n. 12, *infra*).

Também não há espaço para colocar em xeque o entendimento amplamente aceito, inclusive por este *Curso* (v. n. 5.4, *supra*), de que os julgamentos no âmbito do “processo cautelar” satisfazem-se com o desenvolvimento de “cognição *sumária*”, sendo exceção suficiente a destacada pelo dispositivo em exame, quando trata da prescrição e da decadência. Sem aprofundamento da cognição, não se pode conceber a ocorrência de coisa julgada material.

Destas duas premissas, contudo, não há como tirar a conclusão de que, à falta de “coisa julgada material”, os pedidos formulados para os fins do Livro III do Código de Processo Civil possam ser reapresentados sucessivamente sem qualquer forma de estabilização ou de salvaguarda para a parte contrária. A interpretação do art. 810 não pode dar supedâneo a um tal entendimento.

Até porque há *mérito* no “processo cautelar”. A especial circunstância de o sistema processual civil admitir que o magistrado julgue sem aprofundamento de sua cognição não é razão suficiente para afastar o entendimento de que, também aqui, o magistrado julga, para acolher ou para rejeitar, um pedido de tutela jurisdicional. Julga, assim, *mérito* que, como demonstra o n. 4, *supra*, consiste na verificação da existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. O que não há no “processo cautelar” é cognição suficiente para que as decisões nele proferidas estabilizem-se, a não ser que reconheçam a prescrição e a decadência; não a inexistência de

um julgamento significativo do acolhimento ou da rejeição de um pedido de prestação da tutela jurisdicional.

Importa colocar em relevo, para solucionar o impasse, o parágrafo único do art. 808. O dispositivo, ao disciplinar as hipóteses em que “cessa a eficácia da medida cautelar” (v. n. 9, *supra*), expressamente impõe que a “repetição do pedido” funde-se em “novo fundamento”. O dispositivo, compreendido no sistema processual civil, está a exigir nova *causa de pedir* justificativa da reapresentação de pedido já rejeitado mesmo que sob as vestes de um “processo cautelar”.

A exigência é mais que justificável porque, independentemente da profundidade da cognição a ser desenvolvida pelo magistrado, a repetição concomitante de uma mesma demanda ou, quando menos, de demandas similares é fato levado em conta pelo sistema processual civil para obstar a repetição de demandas em curso (“litispêndência”; v. n. 3.3.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1) ou para indicar o juízo preventivo (v. n. 6 do Capítulo 3 da Parte I do vol. 2, tomo I), respectivamente.

É o que a doutrina de Sergio Gilberto Porto (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 6, p. 179-180), seguida por Márcio Louzada Carpena (*Do processo cautelar moderno*, p. 358) e, mais recentemente, por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (*Processo cautelar*, p. 188), denomina “vedação do *ne bis in idem*”. Fenômeno similar, mas inconfundível com a coisa julgada material, a vedação da *mesma* demanda é imperativo de segurança jurídica que, em última análise, decorre do “modelo constitucional do direito processual civil”.

Assim, mesmo que não se admita, pela ausência do desenvolvimento de cognição suficiente para tanto (“cognição *sumária*”), a formação de “coisa julgada *material*” no “processo cautelar”, ressalvado o reconhecimento da prescrição ou da decadência, nem por isto é legítimo, para o sistema processual civil, que cautelares baseadas na mesma causa de pedir sejam aceitas concomitante ou sucessivamente. Até porque a alternativa correta para aquele que discorda do indeferimento de um pedido de “tutela cautelar” é apresentar o recurso cabível contra a decisão respectiva e não *reformulá-lo* sob as vestes de uma nova demanda.

Importa destacar, outrossim, que a variação do fundamento, isto é, da “causa de pedir”, é suficiente para a configuração de uma nova demanda

(art. 301, §§ 1º a 3º; v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1), o que afasta desta *nova* investida jurisdicional, por si só, a pecha da ocorrência de coisa julgada anterior.

É correto, a respeito, o entendimento de que a “nova causa de pedir” não precisa ser nova no sentido de *superveniente* ao proferimento da sentença no “processo cautelar”. É suficiente que ela não seja a *mesma*. A melhor interpretação para o adjetivo empregado pelo parágrafo único do art. 808, destarte, é *diverso*, suficiente para afastar a “tríplice identidade”.

## 11. CUMPRIMENTO

O Código de Processo Civil não disciplina o *cumprimento* do que ele próprio chama de “processo cautelar”. Não há, com relação a ele, nada parecido com as normas do Livro II (“processo de execução”) que, na visão original do Código, serviam como um verdadeiro (e, por vezes, indispensável) *complemento* ao Livro I (“processo de conhecimento”), que se limitava a reger a obtenção do título executivo (judicial) — o *reconhecimento* do direito aplicável, portanto — mas não a sua realização prática, isto é, a satisfação do direito tal qual reconhecido.

Uma provável justificativa para esta omissão reside no entendimento colocado em relevo pelo n. 2, *supra*, de que o “processo cautelar” seria um terceiro (e distinto) gênero quando comparado com o “processo de conhecimento” e o “processo de execução” e, desta forma, alheio a questões relativas ao seu cumprimento (“execução”) ou à criação de títulos executivos (“conhecimento”).

Como analisado pelo n. 2.1, *supra*, contudo, a construção é extremamente artificial e não resiste a uma análise mais detida, mormente aquela que evidencia que, mesmo no “processo cautelar”, as *atividades jurisdicionais* são invariavelmente *cognitivas* e *executivas*.

Há aqueles que entenderão, com a conclusão que fecha o parágrafo anterior, que, por se desenvolverem as atividades jurisdicionais *cognitivas* e *executivas* em um “*mesmo* processo”, o “processo cautelar”, caracterizar-se-ia como um dos casos em que se presta “tutela executiva *lato sensu*” no sentido colocado em evidência pelo n. 8.5.4 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1. Tal entendimento, contudo, não afasta a única razão da investigação que aqui se pretende levar a cabo: quais são as *técnicas* jurisdicionais que

podem ser empregadas para o cumprimento das “medidas cautelares”? Ademais, este *Curso*, pelas razões que expõe o n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1, recusa a classe das “tutelas executivas *lato sensu*” no sentido que parcela da doutrina a reconhece porque a circunstância de as atividades executivas desenvolverem-se em um *mesmo* processo, ainda que em sucessivas fases, ou em processos distintos, não é critério apto para distinguir os *efeitos* que pode assumir ou ensejar a tutela jurisdicional.

Outra justificativa para a omissão destacada, esta de cunho ideal, é a de que a ausência de quaisquer referências ao *cumprimento* das “medidas cautelares” seria a compreensão de que as *ordens* judiciais a serem proferidas para os fins do Livro III do Código não encontrariam no seu destinatário qualquer resistência, não havendo necessidade, conseqüentemente, de qualquer disciplina legislativa específica que se ocupasse com a hipótese.

A explicação, que não encontra respaldo doutrinário — apesar de Ovídio Baptista da Silva (*Do processo cautelar*, p. 84-88) identificar, em contexto diverso, a “mandamentalidade” com um dos pressupostos do conceito da “tutela cautelar” — ou jurisprudencial e, menos ainda, reflete a realidade do dia a dia do foro, não elimina, de qualquer sorte, a questão que move a investigação: e se, por qualquer razão, houver resistência ao cumprimento de uma determinação judicial, ainda que proferida em sede de “processo cautelar”? Quais técnicas devem ser empregadas pelo magistrado para *proteger* o direito lesionado ou ameaçado que foi, para aqueles fins, suficientemente reconhecido como existente?

O silêncio do Código de Processo Civil a este respeito deve ser entendido como a desnecessidade de qualquer outra disciplina que não aquela já existente para o mesmo fim. O referencial normativo para o cumprimento de quaisquer decisões judiciais, mesmo aquelas que o Livro III do Código de Processo Civil chama de “cautelares”, é o regulado pelos demais Livros do mesmo Código.

Assim, por exemplo, as técnicas a serem adotadas para o cumprimento de um “arresto” de bens do devedor são as mesmas reservadas para a realização de qualquer penhora (art. 821; v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte III), máxime porque a finalidade última daquela medida que o Código chama de “cautelar” é a conversão dos bens arrestados em penhora (art. 818; v. n. 8 do

Capítulo 2 da Parte III). Os meios a serem empregados para a “produção antecipada de provas” são os mesmos da prova cuja efetiva realização se pretende assegurar, não obstante o art. 850, ao se ocupar do assunto, referir-se, apenas, à “perícia” (v. n. 2 do Capítulo 7 da Parte III).

Ademais, o disposto no § 3º do art. 273, embora trate, expressamente, da “efetivação” da “tutela antecipada”, é norma que pode e que deve ser compreendida como fonte segura para disciplinar também o *cumprimento* das medidas jurisdicionais obtidas por intermédio do “processo cautelar”, mormente com relação às “cautelares atípicas” (v. n. 6 do Capítulo 2) que, por definição, escapam da prévia consagração do modelo legislativo quanto ao seu *cabimento* e que, por isso mesmo, podem trazer ao magistrado questões tormentosas a respeito de seu *cumprimento*. Têm plena aplicação para a espécie as considerações que fazem os ns. 3 a 6 do Capítulo 4 da Parte I acerca do precitado dispositivo legal.

No que diz respeito ao cumprimento da “tutela cautelar”, seja ela prestada antecipadamente, isto é, por intermédio da medida a que se refere o art. 804, ou a final, ou seja, pela sentença, importa dar destaque à observância dos princípios regentes da *atividade* e da *tutela* executivas, tais quais expostos pelo n. 3 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 3.

Dentre outros, incide a diretriz do art. 620, o “princípio da menor gravosidade do executado”, isto é, daquele em face de quem a tutela jurisdicional (cautelar) é prestada, sem desmerecer, contudo, a *necessidade* de o direito suficientemente reconhecido à parte contrária ser *satisfeito*, mesmo que à guisa de mero *acautelamento* ou, como quer a doutrina tradicional, de mera *conservação*, com vistas a uma “execução equilibrada”, é dizer, a uma prestação *suficiente e adequada* da tutela jurisdicional, embora *preventiva*.

Para o atingimento desta finalidade, avulta em importância o que a doutrina identifica mais costumeiramente com a “fungibilidade” da “tutela cautelar”, analisada dentre as suas características pelo n. 5.7, *supra*.

## 12. RESPONSABILIDADE OBJETIVA

O cumprimento das “medidas cautelares” abordado pelo n. 11, *supra*, traz à tona o disposto no art. 811, a exemplo do que, no âmbito da “tutela

antecipada”, decorre da remissão feita pelo § 3º do art. 273 ao atual art. 475-O (v. n. 7 do Capítulo 4 da Parte I).

De acordo com o dispositivo, “sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida: I — se a sentença no processo principal lhe for desfavorável; II — se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias; III — se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código; IV — se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810). Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar”.

A doutrina é uniforme no entendimento de que a responsabilidade prevista no dispositivo é *objetiva*, não *subjetiva*, razão pela qual o dever de o beneficiário da “medida cautelar” responsabilizar-se pelos danos que causou com a medida independe de *culpa* sua. É mister, contudo, a demonstração da existência de *danos* (materiais ou morais) e de que eles provêm da medida jurisdicional tal qual concedida e, se for o caso, cumprida, isto é, de seu *nexo causal*.

É importante analisar, uma a uma, as hipóteses em que a responsabilização retratada no dispositivo incide.

Considerando a relação que o Livro III do Código de Processo Civil estabelece entre o “processo cautelar” e o “processo principal” (v. ns. 1 e 5.5, *supra*), toda a vez que o resultado deste for desfavorável ao beneficiário da “medida cautelar” é sua a responsabilidade por eventuais danos que a medida cause à parte contrária. É o que o inciso I do art. 811 descreve como sentença desfavorável no “processo principal”.

Em tais casos, a responsabilização daquele que se beneficia da “tutela cautelar”, mesmo quando *antecipadamente* prestada, é efeito que decorre, por si só, da hipótese prevista no dispositivo, um verdadeiro “efeito *anexo*” da sentença, tal qual analisado pelo n. 10.2 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I.

O inciso II do art. 811 prevê a responsabilização quando, a despeito do deferimento *antecipado* da medida (art. 804; v. n. 3.8 do Capítulo 3), seu beneficiário não promover a citação da parte contrária no prazo de cinco

dias. A “citação” prevista no dispositivo é tanto mais importante nos casos em que a cautelar é *preparatória* porque é naquele instante que o réu terá conhecimento da atuação jurisdicional em seu desfavor. Quando se tratar de “cautelar *incidental*” é suficiente, para os fins do dispositivo, a mera *intimação* da parte em face da qual se pretende cumprir a medida, desnecessária nova citação, desde que observadas as considerações feitas pelo n. 2.1 do Capítulo 3.

A ocorrência de qualquer das hipóteses do art. 808 é causa também de responsabilização objetiva do beneficiário da cautelar de acordo com o inciso III do art. 808. Cada uma daquelas hipóteses é examinada pelo n. 9, *supra*, sendo correto, também aqui, falar-se em um “efeito *anexo* da sentença”.

Por fim, o beneficiário pode ser responsabilizado quando o magistrado reconhecer a ocorrência de *decadência* ou de *prescrição*, como prevê o inciso IV do art. 811. É indiferente que um tal reconhecimento se dê no próprio “processo cautelar”, que o dispositivo denomina “procedimento cautelar”, ou no “processo de conhecimento”, no “processo de execução” ou em quaisquer “procedimentos especiais”. O que importa é que o magistrado, inclusive de ofício, se for o caso (v. n. 10, *supra*), reconheça a ocorrência da decadência ou da prescrição, fato suficiente para impedir o prosseguimento da atuação jurisdicional, inclusive para os fins do Livro III do Código. A *sentença* que reconhece aquele *fato* é título suficiente para fixação da responsabilização do beneficiário da tutela cautelar.

O parágrafo único do art. 811 prevê que a indenização “será liquidada nos autos do procedimento cautelar”.

A melhor interpretação para o dispositivo é aquela que entende serem desnecessários um “novo processo” e uma “nova ação” de iniciativa daquele que sofreu o cumprimento injusto da cautelar. Não só porque a utilização dos “mesmos *autos*” é medida digna de aplauso pelo aproveitamento da documentação dos atos e fatos processuais que, praticados, dão ensejo à responsabilização consagrada no dispositivo em exame, mas, superiormente, porque, para os fins deste *Curso*, “processo” e “ação” são designativos que não requerem qualquer adjetivação, sendo suficiente que as partes e eventuais terceiros, ao longo da atuação jurisdicional, assumam, nos casos em que a lei as admite, novas posições jurídicas de vantagem em face da

parte contrária e de eventuais terceiros. Aplicam-se, aqui, as mesmas considerações do n. 3.8.1 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 3 a respeito do disposto nos arts. 601 e 739-B.

A *necessidade* de liquidação dos danos, outrossim, quer evidenciar que não basta o proferimento de sentença desfavorável ao beneficiário da “tutela cautelar”. Para fins de responsabilização, tem que haver *dano* cuja existência, inclusive do ponto de vista do nexos causal, e quantificação devem ser comprovadas em amplo contraditório, observando-se, para tanto, os referenciais dos arts. 475-A a 475-H (v. Capítulo 5 da Parte I do vol. 3).

Sem prejuízo dos danos derivados pelo cumprimento da cautelar, incide, na espécie, o art. 16 como expressamente ressalva o *caput* do art. 811. Assim, a responsabilização objetiva admitida por este dispositivo não afasta a incidência do “princípio da lealdade” e as formas de sua proteção, inclusive patrimoniais, que se encontram fundamentalmente no art. 18 (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1).

A 3ª Turma do STJ já teve oportunidade de entender devida a responsabilização por danos *morais* diante do abuso de direito transparente de medida cautelar voltada a vistoria de equipamentos. Invocou-se, na espécie, o disposto no art. 14, § 5º, da Lei n. 9.609/1998 (que “dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador e sua comercialização no País”), regra específica que, contudo, não infirma a conclusão proposta pelo parágrafo anterior; muito pelo contrário, apenas a confirma, no que é clara a própria redação do precitado dispositivo: “§ 5º Será responsabilizado por perdas e danos aquele que requerer e promover as medidas previstas neste e nos arts. 12 e 13, agindo de má-fé ou por espírito de emulação, capricho ou erro grosseiro, nos termos dos arts. 16, 17 e 18 do Código de Processo Civil”. Trata-se do REsp 1.114.889/DF, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j.un. 15.5.2012, DJe 30.10.2012.

# CAPÍTULO 2

## Dever-poder geral de cautela

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O chamado “poder geral de cautela” previsto no art. 798 deve ser entendido, para todos os fins, como um autêntico “*dever-poder*” (v. n. 3.2 do Capítulo 1 da Parte III e n. 1 do Capítulo 3 da Parte III, ambos do vol. 1).

“Dever” no sentido de que a tutela (proteção) de uma dada situação que seja apresentada ao magistrado é, para ele, impositiva. Não há espaço para entender que haja, no exercício da função jurisdicional, em plena harmonia com o “modelo constitucional do direito processual civil”, qualquer elemento de “liberdade”, “facultatividade” ou de “discricionariedade”. Tais atributos não existem no que diz respeito ao exercício da função jurisdicional.

“Poder” no sentido de que, para o atingimento da finalidade destacada pelo parágrafo anterior, o magistrado lançará mão dos mecanismos que, consonantes com o “modelo constitucional do direito processual civil”, mostrem-se aptos suficientemente para garantir o resultado pretendido.

O “dever”, nessas condições, relaciona-se intimamente com os *fins* a serem atingidos pela atuação jurisdicional. O “poder”, de sua parte, justifica-se pela existência de *meios* para seu atingimento. Ambos, importa a ressalva, são plenamente regulados pelo sistema normativo. Não há, em um Estado Democrático de Direito, *fins* e tampouco *meios* para alcançá-los que não aqueles tolerados expressa ou implicitamente por todo o sistema normativo.

É no exato sentido do parágrafo anterior que a expressão “dever-poder” tem que ser entendida e empregada. O magistrado é, no melhor sentido da expressão, agente público, agente do Estado, que age não em nome de uma vontade sua, particular, mas, bem diferentemente, em nome do ordenamento jurídico, interferindo nos comportamentos que destoam do “dever-ser” derivado das normas de conduta. Trata-se, portanto, de uma “vontade

*funcional*” porque voltada à realização de *fins* estranhos ao agente que deve alcançá-los. É esse o objetivo último do exercício da função jurisdicional e do próprio *processo* como método de trabalho da autoridade pública, inclusive daquela vinculada ao Poder Judiciário, que garante, a todo o momento, a ampla *participação* do destinatário da vontade do Estado na produção do ato.

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

“A tutela cautelar é, sem dúvida, componente essencial da atividade jurisdicional do Estado, pois constitui importante instrumento de sua efetividade (v. n. 1 da Introdução). Destinada a evitar o perigo de ineficácia do processo, bem como aquele decorrente do mero retardamento na entrega da prestação final, integra a garantia constitucional do amplo acesso à justiça e da ampla defesa. Por isso, ao lado das modalidades expressamente previstas e devidamente nominadas, dispõe o sistema de regra geral admitindo o amplo poder cautelar do julgador, como meio de assegurar a utilidade da tutela principal”. José Roberto dos Santos Bedaque (*Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*), p. 221).

Pelo “*dever-poder geral de cautela*” o magistrado, no exercício da jurisdição, tende a tutelar (proteger) suficiente e adequadamente qualquer situação de ameaça que lhe seja apresentada ou que seja visível ao longo do processo como forma, até mesmo, de evitar que a função jurisdicional seja exercitada de forma inútil o que, no direito processual civil brasileiro, é assegurado amplamente desde o art. 125, III, do Código de Processo Civil.

É o que Piero Calamandrei já destacava, genericamente, a propósito dos provimentos cautelares e da sua *intrumentalidade* como formas de assegurar a realização do escopo publicístico da função jurisdicional, comparando-os, até mesmo, ao *contempt of court* do direito inglês, como medidas de salvaguarda do *imperium judicis*, ou seja, como instrumento apto “a impedir que a soberania do Estado, na sua mais alta expressão, a da Justiça, reduza-

se a ser uma tardia e inútil expressão verbal, uma ostentação estéril de mecanismos que chegam sempre tarde demais como os guardas nas óperas bufas” (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 144, em tradução livre).

Tanto assim que o mesmo autor lamentava, à época das conclusões de seu trabalho (op. cit., p. 147), a inexistência de um “*potere cautelare generale*” no direito processual civil italiano, apto a permitir ao magistrado a expedição de medidas de segurança que melhor correspondam às exigências do caso concreto.

Sobre a observação do último parágrafo, convém dar destaque à preocupação de Giuseppe Chiovenda e de Francesco Carnelutti, de criarem, no direito processual civil italiano, um “poder geral de cautela”, o que só se transformou em realidade naquele país com o advento do Código de Processo Civil de 1942, em seu art. 700, posteriormente, portanto, à consagração do instituto no art. 405 do Código de Processo Civil de Portugal de 1939, hoje art. 381<sup>o</sup>.

No direito processual civil brasileiro, é digno de nota o art. 675 do Código de Processo Civil de 1939, pouco utilizado à sua época, contudo, como bem demonstra Marcus Vinicius de Abreu Sampaio (*O poder geral de cautela do juiz*, p. 129-132), por força, sobretudo, da interpretação *restritiva* que lhe dava a jurisprudência da época.

## 2. CONTEÚDO

A concepção de um “dever-poder geral de cautela” a cargo do magistrado para obtenção dos resultados queridos pelo ordenamento jurídico desde o “modelo constitucional do processo civil”, em especial a *imunização* das ameaças, por força do que dispõe o art. 5<sup>o</sup>, XXXV, da Constituição Federal, conduz a outra discussão, relativa ao seu *conteúdo*, isto é, quais as atividades a serem desempenhadas pelo magistrado para o atingimento daquela finalidade.

O “dever-poder de cautela”, tal qual concebido pelo legislador processual civil, é *atípico*: o legislador não se ocupou com a definição apriorística das alternativas a serem feitas pelo magistrado para cumprimento de seu mister jurisdicional. A opção legislativa brasileira, muito pelo contrário, deu-se no sentido de permitir que o próprio

magistrado, consoante as necessidades de cada caso concreto, *crie* as condições ótimas de *imunização* das ameaças, evitando que elas, porque irreparáveis ou de grave e difícil reparação, tornem-se lesões.

É nesse amplo contexto que deve ser lido o art. 798, fonte do “dever-poder geral de cautela” em nosso sistema processual civil: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

O dispositivo contrapõe as “cautelares *nominadas*” — por ele denominadas “procedimentos cautelares específicos”, examinadas pela Parte III — às “cautelares *inominadas*”, que correspondem ao “dever-poder geral de cautela”. É por essa razão que importa entender as “cautelares *inominadas*” como expressão sinônima não só de “dever-poder geral de cautela”, mas também de outras encontradas na doutrina, na jurisprudência e nos usos e costumes forenses, tais como “ação cautelar *inominada*”, como faz, por exemplo, Enrico Tullio Liebman (*Manuale di diritto processuale civile*, p. 204), e as que são destacadas pelo número seguinte.

A amplitude do art. 798 tem levado alguns autores a entenderem-na como verdadeira “cláusula geral” e, nessa condição, como norma que impõe a necessidade não só de sua *interpretação*, mas também de sua *concretização* à luz das vicissitudes de cada caso concreto, a serem feitas pelo magistrado (v. n. 2.6.3 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1).

Não obstante a conclusão do parágrafo anterior, importa examinar mais de perto o que pode ser compreendido pelos conceitos vagos empregados pelo dispositivo em questão. Qual o conteúdo semântico mínimo para “medidas provisórias que julgar adequadas”?

A *provisoriamente* aí referida relaciona-se intimamente com o que expõe o n. 5.2 do Capítulo 1: a “tutela cautelar”, mesmo quando concedida com base no “dever-poder geral de cautela”, dura até o proferimento oportuno de uma *outra* “tutela jurisdicional”, que, no contexto de análise lá proposto, é “tutela *principal*”. A “tutela cautelar” não tem condições de se tornar definitiva, mas, bem diferentemente, apenas de atuar enquanto o Estado-juiz prepara a emissão de um outro provimento jurisdicional que *substitui* aquele ou, como

prefere este *Curso*, até que aquela outra “tutela”, a “principal”, tenha, ela própria, assegurado ou satisfeito o direito da parte no plano material.

O art. 798 refere-se também a “medidas adequadas”. A *adequação* prevista no dispositivo deve ser compreendida no sentido da adoção de providência ótima que, na visão do magistrado, melhor tutele, isto é, melhor proteja o direito daquele que rompe a inércia da jurisdição, formule pedido ao Estado-juiz.

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

O art. 799 indica algumas das “medidas adequadas” a serem adotadas pelo magistrado. Trata-se, nesse contexto, de norma inequivocamente *exemplificativa*. É ler o dispositivo: “No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução”.

Nesse sentido, não há como desconhecer que o art. 798, mormente quando lido em conjunto com o art. 799, desempenha o mesmo papel que, no plano da “atividade jurisdicional *executiva*”, é assumido pelo § 5º do art. 461 (v. n. 6, *infra*).

O art. 798, ao lado de prever expressamente o “dever-poder geral de cautela”, bem realizando o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, prevê também, as *medidas* que o magistrado empregará para prestar adequada e suficientemente a “tutela jurisdicional *preventiva*”. De nada adiantaria, com efeito, que a lei autorizasse ao magistrado reconhecer a *existência* de situações de perigo sem que lhe permitisse, em idêntica proporção, *agir* para debelá-las. A função jurisdicional não se esgota no *reconhecer* (dizer) o direito, mas, também, no seu *realizar* (satisfazer) na exata medida e para os mesmos fins em que suficientemente reconhecido (v. n. 1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1).

Dada a necessária observância do “princípio da isonomia” entre os litigantes, contudo, importa dar destaque à observância irrestrita, pelo

magistrado, dos princípios regentes das técnicas executivas disponíveis no sistema processual civil para implementar, *adequada e suficientemente*, a proteção ao direito, tal qual reconhecida. Para o correto uso das “medidas *adequadas*” ganha em importância uma das características da “tutela cautelar” analisada pelo n. 5.7 do Capítulo 1, a *fungibilidade*.

### **3. DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA E “TIPICIDADE”**

Aceitas as considerações expostas pelo número anterior, não há como negar que o chamado “dever-poder geral de cautela” confunde-se, conceitualmente, com o que comumente é chamado de “cautelar *inominada*”, “cautelar *inespecífica*” e “cautelar *atípica*”.

Questão clássica na doutrina e na jurisprudência é a de ser admissível alguma margem de *fungibilidade* entre as “cautelares *nominadas*” e as “cautelares *inominadas*”. Assim, por exemplo, saber se o magistrado deve conceder um pedido de “arresto” que comprove a ocorrência de *periculum in mora* e *fumus boni iuris* fora das hipóteses valoradas pelo legislador nos arts. 813 e 814, respectivamente (v. ns. 3.1 e 3.2 do Capítulo 2 da Parte III).

Pugnando pela *impossibilidade* porque isto agrediria a opção legislativa feita nas diversas seções do Capítulo II do Livro III do CPC é a doutrina, dentre outros, de Galeno Lacerda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, p. 87-88), de Sergio Shimura (*Arresto cautelar*, p. 91-93) e de Luiz Oriane Neto (*Processo cautelar*, p. 138 e 140). O direito processual civil português, é, no particular, expresso, como se lê do n. 3 do art. 381º de seu Código de Processo Civil, que remete expressamente aos “procedimentos cautelares especificados”.

Em sentido contrário, defendendo que quaisquer situações de dano aliadas à plausibilidade do direito que se façam presentes ao magistrado, mesmo fora das hipóteses previstas pelo legislador, são passíveis de tutela sob as vestes do “dever-poder geral de cautela”, encontra-se o entendimento, por exemplo, de Humberto Theodoro Jr. (*Processo cautelar*, p. 113) e de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (*Processo cautelar*, p. 203-204).

É essa a corrente à qual se filia o presente *Curso*. Não há como recusar acerto a este entendimento quando analisada a questão desde o “modelo constitucional do processo civil”. As consequências a serem extraídas pelo intérprete e pelo aplicador do direito da amplitude do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal são irrecusáveis: não há como conceber que quaisquer situações de lesão ou de ameaça fiquem carentes de tutela jurisdicional quando o próprio sistema autoriza no art. 798 (e, por identidade de razões, no art. 273; v. n. 1 do Capítulo 1 da Parte I) que o magistrado determine “as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

Não há como negar que o legislador fez, ao longo do Livro III do Código de Processo Civil, diversas escolhas para a tutela de determinados bens e de determinadas situações concretas, específicas no plano material. As opções lá feitas, contudo, guardam interesse muito mais histórico do que atual (v. n. 1 da Introdução). Um novo Código de Processo Civil, brasileiro ou estrangeiro, que deixasse de fazer referência àquelas hipóteses, limitando-se a conter dispositivos como os arts. 798 e 273, quiçá uma junção deles, seria tanto — ou até mais — operacional quanto o hoje vigente.

Assim, não se trata, como quer a primeira corrente indicada, de burlar as opções feitas pelo legislador processual civil, mas, bem diferentemente, de contextualizá-las no “modelo constitucional do processo civil”, que preside o estudo sistemático do direito processual civil. Que isto tende a tornar menos usadas, quiçá abandonadas, as “cautelares *nominadas*” é questão diversa, verdadeira *consequência* da adoção e da vivência das premissas e conclusões aqui defendidas; não se trata, contudo, de sua *causa*.

Outra questão, consistente na *fungibilidade* entre a decisão proferida com fundamento no art. 798, isto é, no exercício do “dever-poder geral de cautela”, e a “tutela antecipada” ou, como propõe o n. 2 do Capítulo 1 da Parte I, o “dever-poder geral de antecipação” é tratada suficientemente pelo Capítulo 8 da Parte I.

Para ela, o *Curso* também opta pela corrente ampliativa que defende, a despeito da *letra* do § 7º do art. 273, fungibilidade ampla entre as medidas, recusando, até mesmo, qualquer distinção sensível entre aquelas “tutelas” no sistema atual, que se justificaram — e nem sempre com a unanimidade por

vezes defendida por alguns — em outros tempos à luz de outras legislações e, mais do que isto, de concepções diversas de compreender os fins a serem alcançados pelo exercício da função jurisdicional.

## 4. ATUAÇÃO OFICIOSA DO MAGISTRADO

O art. 797 expressamente prevê que “só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”.

O dispositivo não pode ser interpretado como se a desnecessidade “audiência das partes” fosse significativa da viabilidade da concessão da cautelar sem prévia oitiva do *réu*. É que a hipótese já decorre suficientemente do art. 804, que autoriza, nos casos de urgência, a concessão de medida *inaudita altera pars* (v. n. 3.8 do Capítulo 3). O plural empregado pela regra na palavra “parte”, destarte, deve ser levado em conta pelo intérprete e pelo aplicador do direito.

A melhor interpretação para o art. 797 é a de que o deferimento das “medidas cautelares” pressupõe o rompimento da inércia da jurisdição mesmo que não haja pedido específico para esse fim. Não há, em suma, necessidade de um “processo cautelar” para que as “medidas cautelares” sejam expedidas pelo magistrado quando presentes os pressupostos respectivos, em especial os constantes do art. 798 (v. n. 2, *supra*). Em “qualquer processo”, diante daqueles pressupostos, a salvaguarda do direito de uma das partes (ou de eventuais intervenientes) é o comportamento que se aguarda do magistrado, que lhe é imposto pelo “modelo constitucional” (v. n. 5, *infra*).

Mais do que a desnecessidade de um “processo cautelar” para o exercício do “dever-poder geral de cautela”, o art. 797 autoriza o entendimento de que as “medidas cautelares” podem (e, quando presentes seus respectivos pressupostos, *devem*) ser concedidas de ofício pelo magistrado independentemente de qualquer *pedido* para essa finalidade. É suficiente que a inércia da jurisdição tenha sido rompida para que, no exercício da função jurisdicional, o magistrado aja em prol da obtenção de um resultado útil para aquele que mostra com razão suficiente. É disto que se ocupa a regra aqui examinada. Também aqui, a exemplo do que se dá com relação à fungibilidade da “tutela cautelar” (v. n. 5.7 do Capítulo 1), há

expressa mitigação do “princípio da adstrição do juiz ao pedido” e seus correlatos, em prol de uma melhor e mais adequada prestação jurisdicional.

As afirmações feitas pelos parágrafos anteriores podem despertar alguma dúvida na medida em que este *Curso* insistentemente nega a existência de um “processo cautelar” e de uma “ação cautelar”. Elas, contudo, são necessárias porque eventual paradoxo decorre do próprio Código de Processo Civil e não da interpretação aqui propugnada a ele. É o Código que atrela a existência de um “processo” ao exercício de uma “ação cautelar”, reservando um Livro próprio para disciplinar uma e outro.

Tanto assim que exemplos de “medidas cautelares” officiosas para os fins do art. 797 — que não têm adesão unânime da doutrina — são as previstas nos arts. 120, *caput* (designação de um dos juízos envolvidos no conflito de competência para a resolução de medidas urgentes); 266 (prática de medidas urgentes a despeito da suspensão do processo); 793 (prática de medidas urgentes a despeito da suspensão da execução); 1.001 (reserva de bens para pagamento do herdeiro excluído em inventário) e 1.018, parágrafo único (reserva de bens para pagamento do credor em inventário).

Mesmo no âmbito do próprio “processo cautelar”, pode o magistrado, com base na parte final do art. 804, exigir “contracautela” do autor, o que também é claro exemplo de que, de ofício, sem necessidade de qualquer provocação específica, o magistrado determinará medida cautelar sem a oitiva das partes. É nesse sentido — e com a ressalva feita pelo n. 1, *supra*, quanto à palavra “discrição” — que merece lembrança a Súmula 16 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Insere-se na discrição do Juiz a exigência de caução e análise de sua idoneidade para sustação de protesto”.

Também o direito *material* prevê hipóteses em que o magistrado, independentemente de qualquer pedido específico, defere medidas cautelares para os fins do art. 797.

É o que se verifica, por exemplo, do art. 1.584, II, do Código Civil, na redação da Lei n. 11.698/2008, a propósito da guarda unilateral ou compartilhada dos filhos nos casos de divórcio, separação, dissolução de união estável.

Também das “medidas protetivas de urgência” a que se refere o art. 18, I, da Lei n. 11.340/2006, a chamada “Lei Maria da Penha”, que cria

mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, cujo § 1º do art. 19 é expresso quanto à possibilidade de sua concessão “independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público”. As medidas concedidas com base neste diploma legislativo, vale o destaque, serão cumpridas com observância do disposto nos §§ 5º e 6º do art. 461 do Código de Processo Civil, remissão expressa feita pelo § 4º de seu art. 22.

Em todas as hipóteses acima destacadas, independentemente de qualquer pedido do interessado, impõe-se, quando presentes os respectivos pressupostos previstos na regra autorizadora, o agir do magistrado em prol do assecuramento do resultado útil do processo.

Mas não é só. É desejável interpretar o art. 797 para dele extrair que a atuação oficiosa do magistrado, no que diz respeito ao “dever-poder geral de cautela”, justifica-se não apenas nos casos “expressamente autorizados em lei”, mas também em “casos *excepcionais*”. É o que sustentam, dentre outros, Sérgio Shimura (*Arresto cautelar*, p. 83); Márcio Louzada Carpena (*Do processo cautelar moderno*, p. 182-185) e Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (*Processo cautelar*, p. 104-106), em conclusão que tem a adesão deste *Curso*.

Como, para o Código de Processo Civil, o “dever-poder geral de cautela” depende, invariavelmente, de *periculum in mora*, em qualquer caso que se mostre — justificadamente — excepcional, cabe ao magistrado, mesmo que não haja pedido para tanto, exercer o “dever-poder geral de cautela”, adotando medidas que, a seu ver, coíbam suficiente e adequadamente situações de ameaça, realizando o comando do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, harmonizando-se, esse entendimento, com aquele que o n. 2.1 do Capítulo 1 da Parte I propõe para o *caput* do art. 273.

A respeito do assunto, Marcelo Lima Guerra (*Estudos sobre o processo cautelar*, p. 29, com os destaques), conclui no sentido de que:

“Entendimento razoável e que vem prevalecendo é o que consagra conclusão a que se chegou no Simpósio de Curitiba, realizado em 1974, no sentido de que, estando em curso o processo principal, em relação ao qual surge o *periculum in mora*, o juiz pode conceder de ofício medida cautelar, o que faria com fundamento no art. 125 do CPC.

É que o *periculum in mora* configura, sem dúvida, um *desequilíbrio entre as partes*, no sentido de que uma pode, tranquilamente, esperar pelo desfecho final do processo, enquanto que a outra já não o pode. Seja observado que não poucos autores caracterizam a finalidade da tutela cautelar precisamente como sendo a de neutralizar um *periculum in mora*, garantindo o *equilíbrio entre as partes*”.

Trata-se, em última análise, da concepção absolutamente correta de compreender o “dever-poder geral de cautela” como mecanismo disponibilizado pelo sistema ao magistrado para reprimir qualquer atitude que possa, de alguma forma, comprometer a higidez dos resultados a serem obtidos mediante a atuação jurisdicional.

## 5. MOMENTOS DE EXERCÍCIO

Como destacado pelo número anterior, o “dever-poder geral de cautela” é exercitável dentro de “qualquer processo”. Não há necessidade, mesmo para quem, forte na opção feita pelo Código de Processo Civil de 1973, distingue com nitidez o “processo de *conhecimento*” do “processo de *execução*” do “processo *cautelar*”, que aquele “dever-poder” reclame invariavelmente a existência de um “processo *cautelar*” e, conseqüentemente, de uma “*ação cautelar*”.

É que o “dever-poder geral de cautela”, como sustenta o n. 1, *supra*, é ínsito ao exercício da função jurisdicional. Basta, para que ele seja devidamente exercitado, que haja “processo” (pouco importando a classificação que ele, como tal, mereça) e que, sob pena de contrariedade ao “modelo constitucional”, trate-se de um processo *devido*, em que ambas as partes (e eventuais terceiros intervenientes) tenham condições de ampla participação.

Exemplos seguros do acerto dessa afirmação podem ser constatados ao longo da fase recursal. A possibilidade, bem aceita pelo sistema processual civil, doutrina e jurisprudência, de atribuição *ope judicis* de efeito suspensivo aos recursos que não o têm (art. 558 e parágrafo único) — bem assim, a sua retirada quando for essa a previsão legal —, nada mais é do que o exercício do “dever-poder geral de cautela” ao longo do processo.

Certo que, a respeito do tema aventado pelo último parágrafo, impõe-se a análise da *competência* do órgão jurisdicional apto a exercer o referido “dever-poder”. A questão, analisada pelo n. 3.1 do Capítulo 3, contudo, não afasta o que, para os fins presentes, é importante: o “dever-poder geral de cautela” não se constringe ao exercício de uma nova (e diversa) ação nem dá ensejo ao nascimento de um novo (e diverso) processo.

O art. 489, especificamente voltado à chamada “ação rescisória”, também se ocupa do assunto, ao permitir que o magistrado suspenda a execução da decisão rescindenda (a respeito, v.: STJ, 1ª Seção, EREsp 770.847/PR, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 23.4.2008, DJ 19.5.2008, p. 1).

É o que se dá, outrossim, com a caução para o levantamento de valores na “execução provisória”, feita pelo inciso III do art. 475-O, e a possibilidade de serem concedidas “medidas acautelatórias urgentes” ao longo da execução nos termos do art. 615, III. Também aqui, há inegável exercício do “dever-poder geral de cautela”, independentemente de um “processo cautelar” ou de uma “ação cautelar”.

Não há como negar, contudo, que, da perspectiva do Livro III do Código de Processo Civil, o exercício do “dever-poder geral de cautela” pressupõe um “*processo cautelar*” e uma “*ação cautelar*”, máxime nos casos em que o pedido formulado ao Estado-juiz for *antecedente* nos moldes expostos pelo n. 6.2 do Capítulo 1.

Assim, mesmo entendendo que o exercício do “dever-poder geral de cautela” dispensa um “processo cautelar” e que ele não se confunde com o exercício de uma “ação cautelar”, que se trata do desempenho de atividade ínsita ao exercício da função jurisdicional destinada à realização do “modelo constitucional do processo civil”, isso não autoriza a conclusão de que não há ou, quando menos, não pode haver um *procedimento* mínimo a ser observado para a sua concessão e ulterior confirmação, sobretudo nos casos em que seu exercício justificar-se de forma preparatória ou, como propõe o n. 6.2 do Capítulo 1, *antecedente*.

Quando o exercício do “dever-poder geral de cautela” for *antecedente*, a *forma* de provocação do Estado-juiz, desde o rompimento de sua inércia jurisdicional, é aquela prevista pelos arts. 800 a 804, objeto de análise do Capítulo 3.

Quando se pretender seu exercício de maneira *incidental*, contudo, este *Curso* entende ser desnecessária a *procedimentalização* destacada pelo parágrafo anterior. É suficiente que a parte, em face de quem o “dever-poder geral de cautela” é requerido, tenha condições plenas de participação na sua *concessão* — a não ser que a hipótese reclame urgência devidamente justificada nos moldes do n. 3.8 do Capítulo 3 — e na sua *revisão*, observando o que, a respeito, expõe o n. 5 do Capítulo 2 da Parte I.

Para tanto, não há necessidade, se não por amor à *forma*, de documentação própria dos atos relativos ao exercício do dever-poder geral de cautela, isto é, de sua autuação em apartado. O que importa, verdadeiramente, é que a *participação* das partes (e de eventuais terceiros) seja amplamente assegurada em igualdade de condições e que as decisões do magistrado, a começar pela que exercita o “dever-poder” aqui examinado, seja fundamentada.

## **6. A EXECUTIVIDADE INERENTE ÀS DECISÕES QUE VEICULAM O DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA**

Como acentuado pelo n. 2, *supra*, não existe nenhuma regra própria ou diferenciada para o *cumprimento* das decisões concessivas do que o Livro III do Código de Processo Civil chama de “cautelar”. É inegável, conseqüentemente, a aplicação do disposto no § 3º do art. 273 como referencial necessário para aquela finalidade. Até porque, como acentuado em diversas oportunidades neste volume, a distinção entre “tutela *antecipada*” e “tutela *cautelar*” não pode conduzir a interpretações e a entendimentos destoantes de todo o sistema processual civil, máxime quando analisado desde seu “modelo constitucional”.

Ademais, a menção àquele dispositivo não deve parecer estranho ao longo da exposição do que o Código de Processo Civil chama de “processo cautelar”, contraposto ao “processo de conhecimento” e ao “processo de execução”. Não só porque uma tal distinção não é aceita por este *Curso* (v. n. 2 do Capítulo 1), mas, superiormente, porque o *reconhecimento* judicial de que uma dada situação é carente de tutela (mesmo que de “tutela *cautelar*”) convida, desde logo, ao exame das questões relacionadas à forma

de seu *cumprimento*, isto é, da *efetivação* da tutela jurisdicional. As *atividades* jurisdicionais que seguem a esta constatação são, por definição, *executivas*, ressalva feita aos casos em que o próprio reconhecimento da situação, por si só, tiver aptidão de satisfazer, mesmo que para os fins do Livro III do Código, o autor.

Trata-se, aqui também, de bem aplicar uma das premissas expostas pelo n. 1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1 a respeito da teoria geral do direito processual civil: há situações para as quais não basta a “juris-dicção” e que pressupõem, por isso mesmo, uma “juris-satisfação” (v. n. 2, *supra*).

Assim, sem prejuízo das específicas incursões que alguns dispositivos fazem a respeito do tema para as diversas “cautelares *nominadas*” disciplinadas pelo Livro III do Código de Processo Civil, é suficiente destacar, para esta sede, que todas as considerações expostas pelo Capítulo 4 da Parte I aplicam-se para as decisões jurisdicionais proferidas com base no art. 798.

Como o exercício do “dever-poder geral de cautela” pressupõe *periculum in mora*, importa frisar que as “deformações” lá propostas para os casos em que a antecipação da tutela jurisdicional dá-se com fundamento no art. 273, I, ganham, para o assunto presente, colorido digno de nota. Também aqui, por causa da *urgência*, verdadeiramente ínsita ao exercício do “dever-poder geral de cautela”, o magistrado poderá (a bem da verdade, *deverá*) distanciar-se do modelo executivo eventual pré-concebido pelo legislador, como forma de tutelar adequadamente o direito que reconhece suficientemente.

## 7. RESTRIÇÕES

O “dever-poder geral de cautela”, por decorrer diretamente do “modelo constitucional do processo civil”, não pode ser restringido por qualquer lei ou ato infraconstitucional. O art. 798, nessa perspectiva, mera explicitação daquele modelo, não aceita quaisquer limitações.

Não obstante a afirmação do parágrafo anterior, há diversos casos em que a possibilidade do exercício do “dever-poder geral de cautela” é restringida, em especial nos casos de “direito processual público”, isto é, quando uma das partes do processo é o próprio Estado.

Tais normas, mais bem examinadas pelo Capítulo 5, são agressivas ao alcance do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal e devem ser consideradas como não escritas. Cabe a todo magistrado, no exercício do controle *incidental* de inconstitucionalidade (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 1), afastar motivadamente a sua incidência, concedendo, quando presentes os respectivos pressupostos, a providência requerida pela parte, a despeito de sua vedação *legal*.

## **8. RESPONSABILIDADE DECORRENTE DO EXERCÍCIO DO DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA**

A responsabilidade pelo exercício do “dever-poder geral de cautela” não oferece nenhuma nota distintiva que o afaste do regime geral do art. 811: o beneficiário da medida é *objetivamente* responsável pelos danos que causar ou, mais amplamente, que a efetivação da medida ocasionar, cabendo àquele que os sofre persegui-los no mesmo *processo*, sendo desnecessária, inclusive, qualquer nova documentação dos atos processuais para aquela finalidade. Suficientes, por isso mesmo, as considerações expostas pelo n. 12 do Capítulo 1.

A única observação que merece destaque nessa sede reside na circunstância de o “dever-poder geral de cautela” poder ser exercitado de ofício, isto é, sem ou, até mesmo, independente de qualquer pedido do autor, hipótese expressamente prevista pelo art. 797 (v. n. 4, *supra*).

Em tais hipóteses, à falta de pedido da parte, não há como responsabilizá-la por eventuais danos. É típica situação em que deve ter ampla incidência o princípio agasalhado no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, de responsabilidade objetiva do Estado. É o Estado, com efeito, *objetivamente* responsável pelos danos que seus agentes, inclusive os magistrados, causarem na consecução de suas finalidades. Trata-se de situação que, nos termos expostos pelo n. 2.1 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1, foi identificada com o “erro judiciário” de que trata o inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Quando houver dolo ou culpa do magistrado, é possível cogitar-se, sem prejuízo da responsabilidade estatal, de sua responsabilização pessoal, forte

no que dispõe o art. 133, I, assunto ao qual se volta o mesmo tópico destacado.

# CAPÍTULO 3

## Procedimento cautelar

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Livro III do Código de Processo Civil, ao tratar do “*processo cautelar*”, disciplina também o “*procedimento cautelar*”, contrapondo os “procedimentos cautelares *específicos*”, regulados pelo Capítulo II daquele Livro, com um “procedimento cautelar” que, por não apresentar nenhuma peculiaridade, pode ser chamado, em contraposição, de “não específico” ou, para empregar a classificação proposta pelo n. 6.1 do Capítulo 1, de “procedimentos cautelares *inominados*” ou “procedimentos cautelares *atípicos*”. Para fins de uniformização da nomenclatura empregada pelo próprio Código de Processo Civil não há nenhum inconveniente em contrapor tais procedimentos a partir da regra genérica do parágrafo único do art. 272: “procedimento cautelar *comum*” e “procedimento cautelar *especial*” (v. n. 6 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

É a última proposta, com efeito, que parece ser a mais capaz de indicar uma das razões da distinção feita pelo Livro III do Código entre as “cautelares *específicas*” e as “cautelares *inominadas*”. Sem prejuízo das considerações que ocupam o n. 1 da Introdução e o n. 2 do Capítulo 1 da Parte III, muito da diferença entre aquelas “cautelares” reside no plano do *procedimento*, isto é, da organização dos atos e dos fatos processuais desde a provocação da jurisdição até o proferimento da sentença.

Todas as “cautelares *específicas*” trazem diferenciações relevantes com relação ao *procedimento* que deverá ser observado pelo autor, quando da formulação de seu pedido — petição inicial —, pelo réu, quando da apresentação de sua resposta — nos casos em que ela é admitida —, e, mais amplamente, por ambas as partes e pelo próprio magistrado ao longo de todo o processo. É essa a razão pela qual o Código de Processo Civil tratou de disciplinar, uma a uma, em Capítulo próprio, o Capítulo II do Livro III, tais cautelares: o direito que se pretende assegurar (ou *satisfazer*) com a atuação

jurisdicional teve o condão de alterar o próprio *procedimento* do processo que, na perspectiva codificada, existe para aquele fim. Para seu estudo, volta-se toda a Parte III.

Por ora, importa o estudo do *procedimento* das “cautelares *inominadas*”, isto é, aplicando a classificação, proposta pelo n. 6.1 do Capítulo 1, daquelas cautelares genéricas, que não se voltam à tutela de quaisquer bens específicos, previamente identificados e valorados pelo legislador, mas, diferentemente, de quaisquer bens que possam merecer proteção jurisdicional, ainda que com base em “cognição *sumária*”, para os fins do art. 798.

Os arts. 800 a 803, a bem da verdade, regulam o *procedimento* padrão — por isso a lembrança da expressão “procedimento *comum*” do *caput* do art. 272 — do “processo cautelar” em que é exercido o “dever-poder geral de cautela”. A ausência de prévia opção legislativa para a tutela de um dado direito é reveladora de que a jurisdição atuará em conformidade com aquelas regras gerais. Bastante claro, a esse respeito, o art. 812 que, em plena consonância com o parágrafo único do art. 272, dispõe: “aos procedimentos cautelares específicos, regulados no Capítulo seguinte, aplicam-se as disposições gerais deste Capítulo”.

Uma última observação introdutória é importante.

À luz do “modelo constitucional do direito processual civil”, especificamente a distinção feita pelo inciso I do art. 22 e pelo inciso XI do art. 24 da Constituição Federal, sobre a competência *legislativa* para disciplinar matéria *processual* e “*procedimentos* em matéria processual”, é inegável, tendo em conta as próprias diretrizes do Código de Processo Civil, que as normas analisadas neste Capítulo, bem assim as que ocupam toda a Parte III, precisam ser compreendidas mais como “normas gerais” do que como normas bastantes para regular as hipóteses por elas disciplinadas a dispensar, por isso mesmo, qualquer complementação, em maior ou menor intensidade, dos legisladores Estaduais para os fins dos §§ 1º a 4º do art. 24 da Constituição Federal.

Na medida em que os Estados-membros exerçam a competência legislativa que lhes é constitucionalmente assegurada para melhor implementar e concretizar jurisdicionalmente suas realidades regionais a partir da disciplina constante do Código de Processo Civil, criando

procedimentos cautelares específicos diferenciados dos do modelo federal, será o caso de estudá-los um a um. Por ora, à falta de normas estaduais próprias, é suficiente o estudo das que constam do Código de Processo Civil.

## 2. CARACTERÍSTICAS: BREVIDADE

O “procedimento cautelar”, regulado pelo Capítulo I do Livro III do Código — os “procedimentos cautelares” do Capítulo II, disciplinados pelos arts. 813 a 889, são objeto de investigação da Parte III —, caracteriza-se, sobretudo, pela sua *brevidade*. Mais ainda do que o procedimento sumário de que tratam os arts. 275 a 281, estudo pela Parte VI do vol. 2, tomo I, o procedimento em foco é extremamente abreviado, reduzido, verdadeiramente, ao essencial à luz do “modelo constitucional”, viabilizando, por isso mesmo, que o magistrado decida sobre o deferimento ou não do que lhe é pedido com observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório de acordo com as necessidades que, para os fins daquele Livro do Código de Processo Civil, mostram-se adequadas e suficientes.

Diferentemente do que se dá para o “procedimento *comum*”, ordinário ou sumário (art. 272, *caput*) e para os “procedimentos *especiais*”, que ocupam o Livro IV do Código, a decisão do magistrado no âmbito do “processo cautelar”, empregando a nomenclatura dada pelo próprio Código, é proferida com base em “cognição *sumária*” (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1).

A *sumariedade* da *cognição*, ao mesmo tempo, impõe e justifica a abreviação do procedimento, reduzindo-o ao mínimo indispensável para que o magistrado possa contrapor as alegações das partes e produzir a prova que se faça indispensável para tanto: o recebimento da petição inicial dá ensejo à citação do réu para responder em cinco dias. Se houver necessidade, realiza-se audiência de instrução e, desde logo, o magistrado está habilitado a proferir sentença. Nos casos em que a prévia citação do réu puder comprometer a idoneidade da tutela jurisdicional pretendida pelo autor, o magistrado a deferirá *antecipadamente*, no que é expresso o art. 804 (v. n. 3.8, *infra*).

Se a finalidade precípua do “processo cautelar” é debelar uma situação de urgência, nada mais coerente que admitir que o magistrado esteja

habilitado a proferir decisões com base em “cognição *sumária*” e em procedimento correlatamente mais abreviado que o “tradicional”, apto a conduzi-lo à formação de “cognição *exauriente*”. É esta, com efeito, a justificativa, tão clássica quanto acertada, da característica mais marcante da *brevidade* do *procedimento* cautelar. É ler a respeito a lição de Lopes da Costa.

O autor, fazendo menção ao que chama de “ações preventivas”, escreve que “A natureza especial dessas ações já estava esboçada no velho direito, onde entravam na classe dos procedimentos sumários como *processos que exigem marcha rápida (causae moram non ferentes: Boehmer, apud Almeida e Sousa, Ações Sumárias I/II)*” (*Medidas preventivas*, p. 27). Pouco mais à frente, após destacar a *finalidade* daquelas “ações”, qual seja, de “assegurar a execução futura, evitar os inconvenientes do tempo gasto na marcha do processo”, destaca, o mesmo autor, com base no Código de Processo Civil de 1939: “O que caracteriza o processo das medidas preventivas é em primeiro lugar o procedimento sumário, exigido justamente pelo risco da demora. O prazo da contestação se reduz a quarenta e oito horas. A dilação probatória, a um tríduo. Dispensa-se a discussão oral (Art. 685). O mesmo fundamento leva, em casos de extraordinária urgência, a dispensar a audiência bilateral (Art. 683)” (*Medidas preventivas*, p. 28).

A redução do número de atos e fatos processuais no âmbito do Livro III do Código para o mínimo indispensável é medida afinada ao “modelo constitucional do direito processual civil”: para bem realizar os comandos dos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, o legislador, ao *mitigar* a incidência dos princípios do “contraditório” e da “ampla defesa”, viabiliza o proferimento de uma decisão que, além de tutelar adequadamente o direito de uma das partes *suficientemente* reconhecido como existente, não impede que, oportunamente, ela seja mais bem discutida entre as próprias partes. É essa a importância de ser frisada a circunstância de a decisão proferida no “processo cautelar” não ter aptidão de transitar em julgado a não ser nos casos excepcionais do art. 810 (v. n. 10 do Capítulo 1).

## 2.1. Autonomia

Além da brevidade do “procedimento cautelar” destacada pelo número anterior, outra característica sua digna de destaque é a *autonomia*, em estreita consonância com o quanto exposto pelo n. 5.3 do Capítulo 1.

A autonomia do procedimento cautelar deve ser entendida no sentido de que os atos e fatos processuais que dizem respeito à prestação da tutela jurisdicional para os fins do Livro III do Código não se confundem com os atos e fatos processuais relativos à prestação da tutela jurisdicional que busca, na perspectiva do Código, o *reconhecimento* e a *satisfação* do direito do autor, os chamados, em contraposição ao “processo cautelar”, “processo de conhecimento” e “processo de execução”.

Tanto é assim que, em consonância com o art. 809, “os autos do procedimento cautelar serão apensados aos do processo principal”, isto é, a *documentação* dos atos de cada “processo” deve ser feita separadamente, embora os autos permaneçam, enquanto houver necessidade, juntos (apensados).

A ressalva é importante porque, uma vez sentenciado o “processo cautelar”, a apelação eventualmente interposta não tem aptidão de impedir que os efeitos da sentença produzam-se desde logo (art. 520, IV; v. n. 9, *infra*), admitindo-se, conseqüentemente, sua “execução provisória”, independentemente da fase recursal.

Não obstante, é bastante comum, na prática do foro, o sentenciamento conjunto do “processo cautelar” e do “processo principal”. Mesmo que isso se verifique — e este *Curso* não adere a essa prática, pelas razões que expõe o n. 8, *infra* —, a fase recursal da sentença do “processo principal” não é óbice para o cumprimento *imediato* da cautelar, ainda que a apelação relativa ao “capítulo” que julga o pedido concernente ao “processo principal” esteja sujeita à regra geral do efeito suspensivo do *caput* do art. 520 (v. n. 4.2 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 5).

Como o recurso de apelação processa-se nos mesmos autos do processo em que proferida a sentença (v. n. 3 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 5), e isso não é diverso em se tratando de “processo cautelar”, o interessado no seu “cumprimento provisório” extrairá “carta de sentença”, observando o disposto no § 3º do art. 475-O (v. n. 3 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 3).

A “dependência” que se lê do art. 796 não conflita com a autonomia aqui destacada. A “dependência” referida por aquele dispositivo deve ser

compreendida a partir das considerações que ocupam o n. 5.8 do Capítulo 1, isto é, como *referibilidade* do direito *material* que o autor pretende assegurar pela atuação do Estado-juiz e que é exigência expressa da petição inicial das “cautelares *preparatórias*”, como revela o n. 3.3, *infra*, a propósito do art. 801, III.

Ademais, como destacam o n. 5 do Capítulo 2 e o n. 4 do Capítulo 4, toda vez que o exercício do “dever-poder geral de cautela” justificar-se *incidentalmente* não haverá razão para dar maiores rigores ao *procedimento* e, mais amplamente, à *forma* a ser tomada pelos atos processuais respectivos. O que importa, em tais casos, é que as partes tenham possibilidade de participação (princípio do contraditório) na *concessão*, no *contraste* e no *cumprimento* da medida; em suma, de participar ao longo do *processo*.

Não há razão para querer extrair do *procedimento* previsto nos arts. 800 a 803 nada além daqueles elementos que decorrem, em última análise, do “modelo constitucional do processo civil”. Muito menos para pressupor nele uma “ação” (cautelar) ou um “processo” (cautelar). O procedimento é forma de viabilizar o contraditório entre as partes, eventuais terceiros e o magistrado. Observado suficientemente o princípio do devido processo legal, verdadeira síntese da observância daquele “modelo” (v. n. 4 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), as demais questões colocam-se muito mais no plano da *forma* do que, propriamente, no da substância.

Analisada a questão dessa perspectiva, até mesmo a necessidade de uma *nova* citação parece ser desnecessária todas as vezes em que as partes (e eventuais terceiros) estiverem regularmente representados no processo em curso por seus respectivos procuradores. Para a sua adequada participação, destarte, é suficiente a sua *intimação*, aplicadas as regras respectivas (v. n. 3.6, *infra*), a exemplo do que se dá com a “reconvenção” (v. n. 4.2 do Capítulo 3 da Parte II), com o “pedido de exibição” (v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte IV) e com o “incidente de falsidade documental” (v. n. 4.2 do Capítulo 5 da Parte IV todos do vol. 2, tomo I).

### **3. PETIÇÃO INICIAL**

O art. 801 disciplina a “petição escrita” que se faz necessária para o autor pleitear a “medida cautelar”. Na perspectiva do Livro III do Código,

trata-se de uma verdadeira petição inicial, que dá ensejo ao nascimento de um *novo* (e distinto) *processo* com a veiculação de uma *nova* (e distinta) *ação*. Ainda que, pelas razões expostas pelos ns. 2 e 3 do Capítulo 1, este *Curso* não concorde com essa construção, porque desarmonica com o “modelo constitucional do processo civil”, não há como olvidar a importância da disciplina derivada desse dispositivo e dos demais que lhe são correlatos, em termos de *procedimento*.

É que mesmo negando que exista um “processo cautelar” ou uma “ação cautelar”, existem atos que devem ser praticados para que o Estado-juiz preste tutela jurisdicional para os fins do precitado Livro III. Tais atos, mormente quando examinados na perspectiva de seu *procedimento*, devem ser analisados como faz este Capítulo.

Ademais, quando se tratar de “cautelar *preparatória*”, a “petição” do art. 801 fará, indiscutivelmente, as vezes de uma verdadeira “petição *inicial*”, na medida em que a inércia da jurisdição será rompida naquele instante, em que o autor formular o seu pedido de “tutela cautelar” (v. n. 1.1 do Capítulo 1).

Dada a especialidade da regra, contudo, não tem aplicação o disposto no art. 282, senão subsidiariamente.

### 3.1. Competência

A primeira exigência da petição em que o autor — o *caput* do art. 801 refere-se a ele como “requerente” — pleiteia a “tutela cautelar” é a indicação da “autoridade judiciária, a que for dirigida”, como se lê do inciso I do dispositivo.

O art. 800 regula a competência do “processo cautelar”. De acordo com o *caput* do dispositivo, “as medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal”.

A primeira parte da regra ocupa-se das “cautelares *incidentais*” (v. n. 6.2 do Capítulo 1). Para elas, não há nenhuma dificuldade no que diz respeito à identificação do juízo competente porque, pela sua própria natureza, já há *processo* e, conseqüentemente, um juízo competente (e *prevento*) para quem elas devem ser requeridas. A hipótese é a mesma do genérico art. 108: “A ação acessória será proposta perante o juiz competente para a ação principal” (v. n. 6 do Capítulo 3 da Parte I do vol. 2, tomo I).

Quando a hipótese for de “cautelar *preparatória*” (v. n. 6.2 do Capítulo 1), incide a segunda parte do *caput* do art. 800. A competência do juízo é a mesma da “ação principal”, isto é, a identificação do juízo competente deve observar as regras gerais, constantes dos arts. 91 a 111, cabendo destacar, especialmente, o art. 109, pelo qual “O juiz da causa principal é também competente para a reconvenção, a ação declaratória incidente, as ações de garantia e outras que respeitam ao terceiro interveniente” (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I).

Sendo o caso, incidirão as regras relativas à *modificação* da competência (v. Capítulo 3 da Parte I do vol. 2, tomo I). Ilustra suficientemente a hipótese a Súmula 75 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo enunciado é o seguinte: “Em se tratando de sustação de protesto de título cambial, precedida por ação análoga oriunda de discussão sobre a mesma relação jurídica subjacente, presente a conexão, justifica-se a distribuição por dependência para processamento e julgamento conjunto das demandas, em ordem a evitar decisões conflitantes”.

A única peculiaridade digna de destaque, no que respeita ao tema da competência no âmbito do “processo cautelar”, encontra-se em lição de que a presença típica da urgência nas cautelares teria condições de flexibilizar as regras de competência a ponto de permitir que um juízo incompetente, mesmo que por critérios tidos como “absolutos” (v. n. 2.1 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I), atue no caso remetendo os autos respectivos para o juízo competente quando protegido suficientemente o direito (assim, v.g.: STJ, 2ª Turma, REsp 1.038.199/ES, rel. Min. Castro Meira, j.un. 7.5.2013, DJe 16.5.2013). Trata-se de uma forma de viabilizar uma maior *aproximação* — e, conseqüentemente, uma melhor e mais adequada tutela jurisdicional — do Estado-juiz das pessoas ou dos bens a serem protegidos.

É o que se lê na obra de José Frederico Marques: “Urgente se apresentando a medida, a propositura da ação cautelar no território ou foro em que mais rápida e eficientemente se possa atender à necessidade da providência requerida, não irá afetar a concessão desta, ainda mesmo que incompetente o juízo requerido, porquanto se trata de competência territorial, que é relativa. Se o juiz a decretou sem antes ouvir o réu (art. 804), o pronunciamento deste, ao depois, levantando a exceção de incompetência, em nada prejudicará a medida deferida. Além disso,

concedida que foi a providência cautelar, cumpre ao autor, até 30 (trinta) dias, ingressar com a ação principal (art. 806), pelo que a suspensão do processo (art. 306) será irrelevante” (*Manual de direito processual civil*, vol. 4, p. 351).

Também é a lição de Calmon de Passos. O processualista baiano, forte, dentre outras razões, no caráter de *urgência* que caracteriza como tais as medidas cautelares e na sua finalidade de “assegurar a eficácia do processo” resguardando, portanto, interesse público, ao concluir que “... a cautelar deve ser, normalmente, requerida no foro da causa”, salienta seu entendimento: “Nada obsta que, uma vez provado o risco de sua frustração, se não efetivada de imediato, considere-se autorizado o seu requerimento perante o juiz funcionalmente competente para a efetivação da medida, quando deprecado pelo juiz do processo principal, que a antecipará *ad referendum* do juiz da causa principal” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, tomo I, p. 119-120).

A solução, a ser acolhida e amplamente aplicada, impõe, contudo, que seja sublinhada a ressalva de ela só se aplicar aos casos em que a competência *não* envolva critério *absoluto* para sua fixação.

A chamada “competência *absoluta*” não aceita, por definição, qualquer alteração porque o Código de Processo Civil, em estreita consonância com o “modelo constitucional do direito processual civil”, comina de nulidade os atos decisórios praticados por juízo despido de competência (art. 113, § 2º), situação que sobrevive, até mesmo, ao trânsito em julgado da decisão, dando azo à “ação rescisória” com fundamento no art. 485, II (v. n. 6.2 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 5).

O argumento de que conclusão diferente poderia ensejar o perecimento do direito que se quer evitar com a intervenção do Estado-juiz para os fins do Livro III do Código não convence. A questão não se passa no plano da localização do juízo competente, mas, diferentemente, no plano do *cumprimento* da medida. Para este fim — e não para aquele — importa dar relevo aos avanços tecnológicos que permitem, ainda que a distância, o cumprimento de determinações judiciais, independentemente da expedição de cartas precatórias, de ordem ou rogatórias (v. n. 4.7.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1) e, até mesmo, a flexibilização das técnicas a serem adotadas para o cumprimento das medidas. A concessão da tutela e a

determinação de sua efetivação, contudo, pressupõem, para a própria validade do processo, juízo *absolutamente* competente.

De outra parte, a chamada “interiorização” da Justiça Federal (v. n. 5.2 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1) e a crescente transformação de municípios em comarcas nos mais variados Estados brasileiros são sinais de que a estrutura judiciária encontra-se mais próxima do jurisdicionado, providência que tem tudo para reduzir drasticamente a preocupação, digna de destaque, é certo, de outras épocas.

A este respeito, cabe lembrar do art. 1.213, segundo o qual “as cartas precatórias, citatórias, probatórias, executórias e cautelares, expedidas pela Justiça Federal, poderão ser cumpridas nas comarcas do interior pela Justiça Estadual”. Trata-se de dispositivo que, voltado a propiciar um melhor acesso à justiça no sentido destacado pelo n. 3 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1, mostra-se afinadíssimo com a autorização do § 3º do art. 109 da Constituição Federal (v. n. 2.3 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I).

Diferentemente se passa nos casos em que se trata de “competência *relativa*” (v. n. 2.1 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 2, tomo I). Para eles, o réu, consoante o caso, questionará, ou não, o acerto da escolha feita pelo autor, valendo-se, para tanto, da “exceção de incompetência” a que se referem os arts. 307 a 311 (v. n. 5, *infra*), vedada a atuação oficiosa do magistrado para aquele mesmo fim (v. n. 3.1 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 2, tomo I). Graças ao disposto no art. 266, ademais, a *suspensão* do processo causada pelo *recebimento* da exceção de incompetência não tem o condão de interferir em eventual medida antecipatória dos efeitos da “tutela cautelar”. É que, não obstante a suspensão, “poderá o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes, a fim de evitar dano irreparável”.

O acolhimento da exceção do réu afasta a *prevenção* do juízo para o qual foi distribuído o “processo cautelar” para o “processo principal”.

### **3.1.1. Competência no caso de recurso**

O parágrafo único do art. 800 prevê que, “interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”.

A hipótese não pode ser confundida com a identificação dos Tribunais para o processamento de cautelares. Uma tal competência deriva diretamente do “modelo constitucional do direito processual civil” e é tanto mais

importante nos casos em que os Tribunais atuam como órgãos jurisdicionais de primeiro grau de jurisdição. Para tanto, prevalece a diretriz do *caput* do art. 800.

O que o parágrafo único do art. 800 regula é a situação em que os Tribunais atuam como órgãos de revisão, mercê da fase recursal, acentuando que o deslocamento da competência se dá tão somente com a interposição do recurso. A regra, que tem redação dada pela Lei n. 8.952/1994, substitui a anterior, segundo a qual “nos casos urgentes, se a *causa* estiver no tribunal, será competente o *relator* do recurso”.

O primeiro termo destacado, “*causa*”, era interpretado, no contexto da regra, como sinônimo de *autos*. Assim, toda a vez que, mercê da interposição do recurso, os *autos* já estivessem no Tribunal, a competência para apreciação de algum pedido jurisdicional seria do relator (v. n. 3 do Capítulo 5 da Parte I do vol. 5). Era a mesma orientação extraída do parágrafo único do art. 558, antes da atual redação que lhe deu a Lei n. 9.139/1995. De acordo com aquele dispositivo, enquanto os *autos* do agravo de instrumento estivessem em primeira instância, o juízo respectivo poderia suspender os efeitos da decisão recorrida nos casos indicados pela anterior redação do *caput*.

O segundo destaque feito no texto de lei transcrito, “relator”, devia ser entendido de acordo com a observação de Lopes da Costa, de que, não fosse pela expressa previsão, não haveria como excepcionar a regra de que o Tribunal sempre deveria manifestar-se em colegiado. O prestigiado processualista mineiro ensinava, à luz do art. 682 do CPC/1939, que “... não fosse o segundo inciso do art. 682, competente para decretar a medida seria o Tribunal, com a demora causada pelo prazo de vista ao relator, mesmo dispensadas a revisão, a designação de dia e a discussão. Então, excepcionalmente, o relator, que não é o juiz da segunda instância, será o juiz para a decretação da medida cautelar, nos casos urgentes, prementes, de extraordinária urgência, quando a solução está, como se diz, em cima da hora” (*Medidas preventivas*, p. 36). Para os dias de hoje, a menção a “tribunal” e não a “relator” é de menor importância pelas considerações trazidas pelo n. 8.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1 sobre a “colegialidade nos Tribunais”. Como *princípio* que é, o da “colegialidade” permite, consoante as *necessidades* do caso concreto — e a *urgência*,

característica das cautelares, é justificativa mais que aceitável para tanto —, as devidas mitigações, resguardando-se, sempre, que o órgão competente, o colegiado, manifeste-se, papel desempenhado pelo chamado “agravo interno” (v. n. 5 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5).

A melhor interpretação para o parágrafo único do art. 800 na sua atual redação é a que desconsidera, para efeitos de competência jurisdicional, a localização física dos autos do processo. A interposição do recurso, por si só, já é fato suficiente para o deslocamento da competência para o órgão recursal que o julgará. Enquanto os autos do processo não estão disponíveis para aquele órgão julgador — o que pressupõe que a documentação dos atos do processo sejam em papel, na forma tradicional, deixando de lado, conseqüentemente, as inovações trazidas pela Lei n. 11.419/2006 (v. n. 4.7 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1) — não resta ao interessado outra alternativa se não documentar as razões de seu pedido à luz da decisão recorrida e demonstrar a interposição do recurso apto a reformá-la ou anulá-la para identificação da competência nos termos do dispositivo documentado.

Esta documentação, a um só tempo suficiente e necessária, dará ensejo a novos *autos* perante o órgão recursal, competente para apreciação do pedido. Não se trata, contudo, de um *novo* “processo” nem de uma *nova* “ação”. O *processo* e a *ação* são os mesmos que se desenvolvem perante o juízo prolator da decisão recorrida. O que há de novo — pelo menos enquanto os atos processuais são corporificados em papel — é a *necessidade* da documentação do que justifica a intervenção do Tribunal na fase recursal para os fins do Livro III do CPC.

Para a incidência do parágrafo único do art. 800, ademais, é indiferente que o recurso tenha sido admitido ou não. A regra é suficientemente clara quanto ao momento em que o órgão recursal passa a ter competência, o instante em que o recurso é *interposto*. É essa a razão pela qual não há como emprestar adesão generalizada ao entendimento agasalhado nas Súmulas 634 e 635 do STF, que só admitem a competência daquele Tribunal para apreciação de pedidos cautelares durante a tramitação dos recursos extraordinários quando já houver juízo *positivo* de admissibilidade daqueles recursos perante o Tribunal *a quo*, perante os quais eles são interpostos (v. n. 2 do Capítulo 4).

Nada há, no art. 102 da Constituição Federal e, mais amplamente, no “modelo constitucional do direito processual civil”, que afaste a opção feita, expressamente, pelo legislador processual mais recente. O argumento usualmente empregado de que a apreciação do pedido de “cautelar” poderia, de alguma forma, inibir o juízo de admissibilidade recursal a ser feito oportunamente pelo órgão *a quo* não tem razão de ser pela própria função desempenhada por aquele ato de decidir, antecipando-se e sem vinculação nenhuma, quais recursos extraordinários deverão ou não ser enviados ao Supremo Tribunal Federal para apreciação. Se, por qualquer razão, aquele Tribunal sinaliza que o caso revela a ocorrência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, isto significa que há plausibilidade de direito em prol do recorrente e, por isto, o recurso deve ser admitido, assegurando-se, desde logo, a probabilidade — e apenas isto — de seu acolhimento (v. n. 3 do Capítulo 4).

No máximo, vale repetir a orientação já exposta pelos parágrafos anteriores, será necessário que o pedido dirigido ao Supremo Tribunal Federal — assim como se dá para qualquer outro Tribunal — seja *documentado* porque, pelo procedimento recursal, ainda não houve tempo hábil para a remessa e chegada dos autos respectivos. Com o aumento considerável do número de “recursos extraordinários *eletrônicos*” (v. n. 5 do Capítulo 11 da Parte I do vol. 5), ademais, sequer a falta de envio dos documentos em papel de um Tribunal a outro representará óbice para a apreciação do pedido, tal qual formulado.

Uma observação final a respeito do parágrafo único do art. 800 merece ser feita. Trata-se da ressalva, já anunciada, que deve ser feita à diretriz decorrente das referidas Súmulas do Supremo Tribunal Federal.

A circunstância de o parágrafo único do art. 800 deslocar a competência para o Tribunal quando *interposto* o recurso não significa dizer que também o juízo prolator da decisão não possa, consoante o caso, exercer o seu “dever-poder geral de cautela” e, pelas razões expostas pelo n. 2 do Capítulo 1 da Parte I, também “dever-poder geral de *antecipação*”.

É o que se dá, por expressa previsão legislativa, nos casos do § 2º do art. 518, que permite ao juízo prolator da sentença, perante quem a apelação é interposta e processada até ulterior envio dos autos ao Tribunal competente para julgá-la, modificar o juízo de admissibilidade recursal, inclusive com

relação a seus *efeitos*, dando ensejo ao contraste de sua decisão por intermédio de agravo de instrumento (art. 522, *caput*; v. n. 9.1, *infra*). Também é o que decorre da melhor interpretação do parágrafo único do art. 558: o juízo de interposição da apelação pode emprestar a ela efeito suspensivo quando presentes, no caso concreto, os pressupostos exigidos pelo *caput* do dispositivo.

Em tais hipóteses, é impossível deixar de extrair do sistema uma verdadeira competência *concorrente* para apreciação de pedidos “cautelares” ao longo da fase recursal como expõe o n. 2 do Capítulo 4. Trata-se, em última análise, de aplicação segura do reconhecimento de que o exercício do “dever-poder geral de cautela” é irrecusavelmente ínsito ao exercício da jurisdição.

### 3.2. Partes

O inciso II do art. 801 exige que a petição inicial indique “o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido”.

Requerente e requerido são o *autor* e o *réu*, isto é, aquele que pede tutela jurisdicional e aquele em face de quem ela é pedida, respectivamente. Pode acontecer de haver pluralidade de autores (“litisconsórcio *ativo*”), pluralidade de réus (“litisconsórcio *passivo*”) ou pluralidade de autores e de réus (“litisconsórcio *misto*”), não havendo, no âmbito do Livro III do Código, nenhuma peculiaridade digna de exame, suficientes, por isso mesmo, as considerações feitas, a propósito do tema, pelo Capítulo 2 da Parte VII do vol. 2, tomo I.

As exigências relativas à qualificação do autor e do réu são importantes quando se tratar de “cautelar *preparatória*” (v. n. 6.2 do Capítulo 1) em que a petição do art. 801 faz as vezes de uma verdadeira “petição *inicial*” e, por isso mesmo, representa o primeiro contato que o Estado-juiz terá com a situação de direito material que lhe é apresentada pelo autor. Nas “cautelares *incidentais*” (v. n. 6.2 do Capítulo 1), o inciso II do art. 801 deve ser aplicado no sentido de aquele que formula o pedido deve indicar eventuais modificações na qualificação das partes já constantes dos autos do “processo principal”.

Em uma e em outra hipótese, a falta de qualificação que possa ser suprida pela leitura da procuração ou de documentos não enseja nenhuma nulidade

processual. No máximo, o proferimento de decisão que determine a emenda da inicial de acordo com as indicações feitas pelo n. 3.7, *infra*.

### 3.2.1. Intervenção de terceiros

A propósito da identificação do *autor* e do *réu*, vem à tona a questão relativa à intervenção de *terceiros*, posição processual ocupada, em verdadeira antagonia, por quem não é *parte*, mas tem, por alguma questão de direito material, *direito* seu, mediato ou imediato, no conflito levado para resolução ao Estado-juiz.

Importa analisar a temática da “intervenção de terceiros” no âmbito do que o Livro III do CPC rotula de “processo cautelar”. Para tanto, cada uma das modalidades previstas nos arts. 50 a 80 precisa ser identificada isoladamente. Diferentemente do que o n. 2.1 do Capítulo 3 da Parte I do vol. 3 destaca com relação à “tutela jurisdicional executiva” e à forma e ao momento de manifestação de “terceiros” no processo, não existem, com relação às cautelares, quaisquer normas jurídicas, mesmo que dispersas, que se ocupam do tema, a justificar a tomada daqueles dispositivos como referência necessária.

A “assistência”, simples ou litisconsorcial (v. Capítulo 3 da Parte VII do vol. 2, tomo I), é, de todas as modalidades lá previstas, a que melhor se afina ao “processo cautelar”. É que a intervenção do assistente justifica-se pelas peculiaridades de direito material que o une ao assistido ou a seu adversário, para unir esforços em prol de uma decisão jurisdicional que, direta ou indiretamente, lhe traga algum benefício. Não há como recusar aprioristicamente a ocorrência desta hipótese mesmo quando se trata de “processo cautelar”.

Também não pode ser descartada aprioristicamente a “nomeação à autoria” (v. Capítulo 5 da Parte VII do vol. 2, tomo I). Considerando a especificidade de sua hipótese de incidência, otimizada à luz do “princípio da eficiência processual”, importa dar destaque à sua aplicabilidade toda a vez que o plano material autorizar a conclusão de que o réu do “processo cautelar” foi indicado em nome de outrem, o responsável pelo dano que, para os fins do Livro III do CPC, pretende-se evitar.

Diferentemente se passa com as demais modalidades interventivas, contudo. Todas elas — a “oposição” (v. Capítulo 4 da Parte VII do vol. 2,

tomo I), a “denúnciação da lide” (v. Capítulo 6 da Parte VII do vol. 2, tomo I) e o “chamamento ao processo” (v. Capítulo 7 da Parte VII do vol. 2, tomo I) —, pretendem, em última análise, o reconhecimento de um direito, com a formação de um título executivo, apto à sua satisfação, providência estranha ao “processo cautelar”.

No máximo, o que se pode aventar com Sydney Sanches (*Denúnciação da lide no direito processual civil brasileiro*, p. 144-146) e Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*, vol. II, p. 402) é que, nos casos em que oportunamente cogitar-se-á de denúnciação da lide — e, por identidade de motivos, de chamamento ao processo (assim, v.g., Flávio Cheim Jorge, *Chamamento ao processo*, p. 100-102) —, seja requerida a *intimação* daquele em face de quem será feita a denúnciação para que acompanhe o desenvolvimento do “processo cautelar *preparatório*” (v. n. 6.2 do Capítulo 1), cujo resultado útil poderá, de alguma forma, afetar direito seu, mesmo entendendo que este resultado útil, para os fins do Livro III do CPC, não tem aptidão, por si só, de trazer nenhum reconhecimento ou satisfação de direito.

A hipótese suposta pelos referidos autores é a de uma “cautelar *nominada*”, a “produção antecipada de provas”, que, na perspectiva de seu requerente, embasará a formulação de pedido de indenização, que, caso rejeitado, ensejará o exercício do direito de regresso em face daquele que é intimado para acompanhar a cautelar e antecipação da prova lá pretendida. Analisada a questão dessa perspectiva, a situação mais se assemelha a uma “assistência” ainda que, diferentemente do que prevê o Código de Processo Civil, *provocada*. De qualquer forma, para não macular os princípios do “contraditório” e da “ampla defesa” não há como descartar o acerto da construção. Ao tema volta-se também o n. 3 do Capítulo 7 da Parte III.

### **3.3. A “lide e seu fundamento”**

O inciso III do art. 801, ao exigir que a petição inicial indique a “lide e seu fundamento”, deve ser entendido como a indicação da “ação principal” ou do “processo principal”, no sentido exposto pelo n. 1 do Capítulo 1, que será apresentado ao Estado-juiz. Trata-se, em suma, da indicação, a ser feita pelo autor, de qual direito (material) que ele pretende seja reconhecido e/ou satisfeito oportunamente pela atuação jurisdicional. É dessa exigência da

petição inicial da cautelar que a “referibilidade” sobre a qual discorre o n. 5.8 do Capítulo 1 evidencia-se.

A regra é complementada pelo parágrafo único do dispositivo ao esclarecer que a exigência só é devida “quando a medida cautelar for requerida em procedimento preparatório”, o que se justifica porque, nos casos em que a cautelar é *incidental*, a “lide e seu fundamento”, isto é, a “ação e o processo principais” já são de conhecimento do magistrado. Tanto assim que a competência para o processamento da “cautelar *incidental*” é do mesmo juízo em que se processa o “processo principal” (v. n. 3.1, *supra*).

### **3.4. *Fumus boni iuris e periculum in mora***

O inciso IV do art. 801 exige “a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão”. Trata-se do que o n. 4 do Capítulo 1 entende como o “mérito da cautelar”: o pedido que, formulado pelo autor com a sua “petição inicial”, será concedido ou rejeitado, no todo ou em parte, pelo magistrado.

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

O indicativo é de que o magistrado limite-se a proferir sentença com base em “cognição *sumária*” (v. n. 5.4 do Capítulo 1), o que não significa dizer que, por vezes, o efeito prático, total ou parcial, dessa mesma sentença, não seja passível de *antecipação*, quando o magistrado decidirá com base em cognição ainda menos profunda, que, posto poder ser identificada teoricamente como “cognição *superficial*”, é expressão pouco consagrada na doutrina, na jurisprudência e na prática do foro (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). Certamente porque, também aqui, as distinções teóricas de que trata o n. 4.1 do Capítulo 8 da Parte I, não correspondam, necessariamente, ao que se passa no intelecto humano. É assunto ao qual se volta o n. 3.8, *infra*.

O “receio de lesão” é explicativo suficiente da outra expressão latina geralmente associada ao tema das “tutelas de urgência”, o *periculum in mora*, o perigo na demora da prestação jurisdicional, a compreensão de que,

em alguns casos, impõe-se a pronta atuação do Estado-juiz para evitar que o *tempo* inerente à prestação da tutela jurisdicional seja obstáculo à fruição plena do direito que se afirma na iminência de ser lesionado.

A questão, analisada desde a perspectiva constitucional, é tanto mais evidente porque o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal distingue, com nitidez, a atuação jurisdicional para reparar *lesões* e para imunizar *ameaças*. O campo clássico de atuação das “cautelares” é o segundo, tal qual expressamente prevê o dispositivo em foco.

### 3.5. Provas

A última exigência feita pelo art. 801, em seu inciso V, é a indicação das “provas que serão produzidas”.

Não é porque o julgamento do “processo cautelar” baseia-se em “cognição *sumária*” que não há possibilidade ou, menos do que isso, desnecessidade, de produção de provas. Muito pelo contrário. A “cognição *sumária*”, característica das cautelares, é, por definição, *adequada e suficiente* para os fins pretendidos pelo Livro III do Código. A assertiva, contudo, não pode ser entendida como se o magistrado não precisasse de provas para se convencer acerca da efetiva ocorrência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

As provas ou, o que é preferível, os *meios* de prova (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte IV do vol. 2, tomo I), mesmo no âmbito do “processo cautelar”, são essenciais para dar embasamento às alegações feitas pelas partes e, no que toca à “petição inicial” por ora estudada, às alegações do autor. É pelas provas produzidas com a própria inicial ou com outras provas a serem produzidas ao longo do processo, na fase instrutória (v. n. 7, *infra*), que o magistrado terá condições de formar sua convicção a respeito dos fatos e das consequências jurídicas narrados pelo autor, concedendo ou rejeitando, no todo em parte, o pedido de tutela jurisdicional que lhe é formulado, sempre com observância da *fungibilidade* que caracteriza, como tal, a “tutela cautelar” (v. n. 5.7 do Capítulo 1).

No que diz respeito à prova produzida com a petição inicial, importa dar destaque à prova documental e à interpretação propugnada desde o n. 9.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I, ao art. 283. Os documentos preexistentes ao início do processo e que são de conhecimento do autor

*devem* ser apresentados com a inicial, porque é este — e nenhum outro — o instante procedimental adequado para a sua produção. No âmbito do “processo cautelar”, dada a brevidade de seu *procedimento* (v. n. 2, *supra*), a afirmação é tanto mais correta. Mais ainda quando, como acontece com extrema frequência no dia a dia do foro, o autor requer a concessão de “liminar”, isto é, de decisão antecipatória da “tutela cautelar” (v. n. 3.8, *infra*).

De qualquer sorte, a inexistência de documentos ou o desconhecimento do autor quanto à sua existência não são óbices para que o magistrado preste a tutela jurisdicional que lhe é requerida. Há espaço, no “processo cautelar” para que a prova pertinente seja produzida (v. n. 7, *infra*) e, no que diz respeito ao pedido de antecipação de tutela, é desejável a designação de uma “audiência de justificação” para a produção de provas *orais* acerca do direito alegado pelo autor (v. n. 3.8, *infra*). Uma e outra circunstância devem ser indicadas na petição inicial para cumprimento da regra aqui analisada.

### **3.6. Outras exigências**

Além do que dispõem os incisos do art. 801, a petição em que se formula pedido de “tutela cautelar” deve indicar a “citação do réu” e o “valor da causa”, aplicando-se, subsidiariamente, o art. 282, VII e V, respectivamente (v. ns. 10 e 8 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I).

Quando se tratar de “cautelar *preparatória*” (v. n. 6.2 do Capítulo 1), é inafastável a necessidade da *citação* do réu. Como se trata do rompimento inaugural da inércia da jurisdição, a citação é fundamental para concretização do “modelo constitucional do processo civil”, dando ao réu ciência do pedido de tutela jurisdicional que lhe é formulado, criando-lhe oportunidade de exercer a sua “ampla defesa”.

Nos casos de “cautelar *incidental*” (v. n. 6.2 do Capítulo 1), uma nova *citação* do réu só pode justificar-se por amor à *forma* processual. Não só pelas considerações tecidas pelos ns. 2 e 3 do Capítulo 1 acerca da inexistência de um *processo* e de uma *ação* cautelar distintas do “processo” e da “ação” “principais”, mas porque — e mesmo para quem não concordar com aquele entendimento — a “cautelar *incidental*” pressupõe, por definição, processo em curso para o qual o réu (ou os réus, se for o caso) terá sido previamente citado para todos e quaisquer fins. Em tais condições,

é suficiente que seu procurador seja *intimado* do pedido de “tutela cautelar” para que se manifeste a seu respeito (v. n. 2.1, *supra*).

Não é diverso o que se dá com relação à “reconvenção” (art. 315; v. n. 4 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 2, tomo I) e com os “embargos à execução” (art. 736; v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 3), medidas que, em consonância com o entendimento amplamente vencedor, têm natureza de verdadeira “ação”. Também é o entendimento defendido por este *Curso* com relação à “oposição” e à “denúncia da lide”, que, de acordo com a doutrina predominante, são verdadeiras “ações *incidentais*”, consoante expõe o n. 1 dos Capítulos 4 e 6 da Parte VII do vol. 2, tomo I, respectivamente.

Ademais, a desnecessidade de uma “nova” citação para a “cautelar” tem recebido importante apoio da jurisprudência mais recente do STF (v. n. 4 do Capítulo 4), no que diz respeito ao pedido de efeito suspensivo a recursos — típico caso de exercício do “dever-poder geral de cautela” na fase recursal —, sem que a questão tenha despertado quaisquer questionamentos relativos à sua irregularidade.

Inversamente, quando, por qualquer razão, a citação para o “processo principal” não tiver, ainda, sido feita ou em que não houver advogado ou defensor do réu constituído nos autos, a citação ou, quando menos, a *intimação pessoal* do réu são providências inafastáveis, sob pena de agredir o “modelo constitucional”.

Entendendo-se necessária, no caso destacado pelo último parágrafo ou em quaisquer situações, a citação, a petição em que é formulado o pedido de cautelar, deve requerê-la, assim entendida a opção a ser feita pelo autor, nos casos em que isso é possível, com relação à *forma* de sua realização e, se a hipótese for esta, de indicação das razões pelas quais a citação deve ser realizada, desde logo, por editais (art. 232, I; v. n. 4.4.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

Com relação ao valor da causa (art. 282, V), a questão merece ser considerada em contexto diverso. A exigência, ao extrapolar os limites do direito processual civil — o valor da causa é, comumente, base de cálculo para incidência das taxas judiciárias —, impõe a análise das legislações locais a respeito do assunto.

Toda vez que a lei de “custas” do Estado-membro previr o valor da causa de alguma iniciativa que, para os fins do Livro III do Código, é “cautelar”, sua indicação é inafastável, sendo passível, até mesmo, de impugnação oficiosa do magistrado. É o que se dá, por exemplo, no âmbito do Estado de São Paulo, como se lê dos arts. 1º e 4º da Lei (estadual) n. 11.608/2003, que disciplinam a incidência da taxa judiciária no âmbito daquela unidade federada sem excepcionar o “processo cautelar”. A ressalva tem pleno cabimento também para a justiça federal, por força da letra *b* da Tabela I anexa à Lei n. 9.289/1996.

Assim, a circunstância de se tratar de “cautelar *preparatória*” ou “cautelar *incidental*” é indiferente, para os fins desta exigência. O que cabe ser dito a esse respeito em um trabalho sobre o direito processual civil é que a tendência a uma maior e mais ampla *fungibilidade* entre a “tutela antecipada” e a “tutela cautelar”, máxime naqueles casos em que não há, com objetividade, critérios seguros de distinção entre uma e outra (v. Capítulo 8 da Parte I), deve ser levado em conta pelos legisladores (federal e estaduais) para reformular a incidência tributária na espécie, até como forma de não criar qualquer obstáculo, este de cunho monetário, à realização plena do “modelo constitucional do processo civil”.

Superadas as questões relativas à *necessidade* de indicação do valor da causa, sua expressão monetária deve observar os mesmos ditames expostos pelo n. 8.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I, tendo em conta a regra genérica do art. 258. A prática forense, que tolera a indicação de valores que *não correspondem* ao direito que se alega ameaçado, não merece a adesão deste *Curso* não só porque contrária aos ditames do sistema processual civil, mas também porque a “cautelar” tutela diretamente direito da parte, não o “processo principal” (v. n. 1.1 do Capítulo 1), a impor, conseqüentemente, a incidência do precitado dispositivo codificado para reger a espécie.

Para tanto, importa distinguir os casos em que a cautelar corresponde diretamente à fruição plena do bem da vida ou, diferentemente, ao mero asseguramento de sua fruição futura. Nestes casos, diferentemente daqueles, o valor da causa deve ser inferior porque o benefício pretendido com a atuação jurisdicional não é diretamente proporcional ao próprio bem da vida.

### 3.7. Juízo de admissibilidade

Aplica-se à petição de que trata o art. 801, independentemente de se tratar de “cautelar *preparatória*” ou de “cautelar *incidental*”, o quanto exposto pelo Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I, com relação à *admissibilidade* da petição inicial. O magistrado, analisando-a, proferirá juízo de admissibilidade, que pode ser *positivo*, *negativo* ou *neutro*.

Se *positivo*, o réu será *citado* para os fins do art. 802, com as ressalvas feitas pelo n. 3.6, *supra*, sem prejuízo de *também* ser intimado da “medida liminar” eventualmente concedida nos termos do art. 804 (v. n. 3.8, *infra*).

O juízo *negativo* de admissibilidade pode-se dar por variadas razões, tendo plena aplicação na espécie o disposto no art. 295 (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I) e no art. 285-A (v. n. 3.2 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I). Ele pode resultar também da resistência do autor em cumprir eventual determinação de emenda ou pelo seu cumprimento inadequado, não obstante a concessão de prazo mais dilargado para aquela finalidade.

Da *sentença* que resulta do juízo *negativo* de admissibilidade de sua petição cabe recurso de apelação (art. 513; v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 5).

Nos casos em que o indeferimento da inicial fundamenta-se no art. 295, tem aplicação o disposto no parágrafo único do art. 296, inclusive no que diz respeito ao “efeito *regressivo*” (v. n. 4 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 5). Mantida a decisão, os autos serão enviados ao Tribunal recursal competente *sem* prévia citação do réu.

Se o fundamento da rejeição for o do art. 285-A, *caput*, aplicam-se os parágrafos do dispositivo, determinando-se a citação do réu tão logo o magistrado mantenha a sentença que proferiu.

A rejeição da “petição inicial” para os fins do Livro III do Código no âmbito dos Tribunais, quando é deles a competência originária para seu conhecimento (v. n. 3.1, *supra*), enseja seu contraste pelo recurso de “agravo *interno*”, quando se tratar de decisão monocrática (v. n. 5 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5), ou por recurso extraordinário e/ou recurso especial, quando se tratar de decisão colegiada (v. ns. 2 a 4 do Capítulo 11 da Parte I do vol. 5).

Em qualquer caso, nos Tribunais ou na primeira instância, a decisão comporta embargos de declaração quando presentes os pressupostos do art. 535 (v. n. 2 do Capítulo 8 da Parte I do vol. 5).

Com relação ao juízo *neutro* de admissibilidade, têm aplicação as mesmas considerações expostas pelo n. 4 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I, quando do exame do art. 284. O dispositivo merece interpretação ampla para permitir que qualquer defeito portado pela petição seja suprido pelo autor, consoante prévia indicação do magistrado. Trata-se de atitude que se afina muito bem ao “princípio do *contraditório*” e, no plano do “modelo infraconstitucional do processo civil”, aos princípios que regem a prática dos atos processuais. Não atendida a determinação do magistrado ou descumprido o prazo por ele fixado além do decêndio a que se refere o dispositivo destacado, o caso é de indeferimento. Caso contrário, o réu será citado para os fins do art. 802 (v. n. 5, *infra*).

### 3.8. Liminar

O art. 804 disciplina o que os usos e costumes forenses consagraram com o nome de “liminar”, usualmente acompanhada da expressão *inaudita altera pars*, significativa da concessão daquela medida sem a oitiva da parte contrária.

Trata-se de um caso típico de *antecipação da tutela*, total ou parcial, do que o autor pede ao Estado-juiz para os fins do Livro III do Código. “Antecipação da tutela”, importante o destaque, no mesmo sentido propugnado pelo n. 2 do Capítulo 8 da Parte I: o magistrado, diante dos pressupostos autorizadores do referido dispositivo, libera, total ou parcialmente, os *efeitos práticos* pretendidos pelo autor com o “processo cautelar”. Trata-se de pedido para que o nome do devedor não seja inscrito em cadastro de inadimplentes? Que ele não seja inscrito desde logo. É o caso de arrestar os bens do devedor para garantia do pagamento de uma dívida? Que os bens sejam arrestados desde logo e assim sucessivamente.

De acordo com o dispositivo, “é lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer”.

Como a regra evidencia, a possibilidade de concessão “liminar” da “medida cautelar” reside na especial circunstância de que a intensidade do *periculum in mora* narrado (e suficientemente comprovado) pelo autor é tão grande que o *tempo* necessário à prévia citação (ou intimação) do réu pode comprometer o resultado *útil* da tutela jurisdicional pretendida.

Não há, na regra, qualquer mácula ao “modelo constitucional do processo civil” porque a incidência dos princípios constitucionais aceita, por definição, ponderações como esta, em que o “princípio da *ampla defesa*” cede espaço, *circunstancial e momentaneamente*, a outros princípios, como o da “efetividade do processo”. Tanto assim que, concedida *liminarmente* a “medida cautelar”, o réu será *citado e intimado*, para atuar plenamente no plano do processo, inclusive com vistas à revogação ou modificação daquela medida (v. n. 8 do Capítulo 1). Trata-se, portanto, de um caso em que o princípio da ampla defesa é legitimamente *postergado* ao longo do processo, mas não eliminado, única alternativa proscrita pelo “modelo constitucional”.

A *necessidade* de fundamentação da decisão a ser proferida pelo magistrado, a despeito da inexistência de regra como a do § 1º do art. 273 (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte I) no Livro III do Código é, por isto mesmo, inafastável. O magistrado deve expor suficientemente as razões pelas quais as circunstâncias do caso justificam o adiamento da *prévia* ciência do réu da tutela pretendida pelo autor.

Mesmo quando o magistrado entender necessária a designação da “audiência de justificação” — chamada pelo art. 804 de “justificação prévia” —, para colheita da prova que embase o pedido do autor — e isso acontecerá quando os documentos eventualmente apresentados não se mostrarem suficientes para tanto ou quando não houver documentos (v. n. 3.5, *supra*) —, a hipótese ainda é, no sentido destacado (e amplamente empregado no foro), de *liminar*, apesar de a literalidade do inciso II do parágrafo único art. 802 insinuar o contrário. É que, ainda neste caso, a audiência realizar-se-á *antes* da citação do réu.

A “audiência de justificação” tem como finalidade a colheita de prova a ser produzida pelo autor ou, não há por que descartar, determinada de ofício pelo magistrado para os fins de proteção imediata do direito do autor e não do réu. Não é ato de instrução do processo e sim voltado à verificação da

presença, ou não, dos pressupostos autorizadores da antecipação dos efeitos da “tutela cautelar”.

Apesar da ênfase que o art. 804 dá à ocorrência de *periculum in mora* para *postergar* a indispensável citação do réu, importa colocar em destaque que a ocorrência desse pressuposto não é suficiente para sua incidência. Também o *fumus boni iuris* deve estar *suficientemente* demonstrado, a conduzir o magistrado à concessão *antecipada* da tutela jurisdicional. Pela própria dinâmica do *procedimento* imposto pelo Livro III do Código, a cognição judicial é, em tais casos, menos profunda que aquela, uma vez desenvolvida, autoriza-lhe a sentenciar. Trata-se, para empregar a nomenclatura proposta pelo n. 9 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1, de “cognição *superficial*”, não obstante o pouco uso da expressão (v. n. 3.4, *supra*). De qualquer sorte, a pouca profundidade (intensidade) do desenvolvimento dessa cognição é legítima para a proteção do direito do autor. Ela é *suficiente* para que o magistrado preste tutela jurisdicional apta a evitar ameaças a direito, concretizando, assim, o “modelo constitucional do processo civil.

À falta de elementos suficientes para a formação dessa cognição trazidos pelo autor com a petição a que se refere o art. 801, é o caso de o magistrado designar a audiência de justificação para viabilizar que, por provas orais, eles sejam demonstrados. A não ser que, em sentido radicalmente inverso, o magistrado sinta-se apto a descartar de imediato a ocorrência daqueles mesmos pressupostos. Em tal caso, a hipótese é de indeferir o pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida pelo autor.

## 4. CAUÇÃO

A segunda parte do art. 804, segundo a qual o magistrado poderá impor ao autor (requerente) que preste caução real ou fidejussória (v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte III) de ressarcir os danos que o réu (requerido) possa sofrer com a concessão antecipada da “medida cautelar”, deve ser entendida como providência que tutela, ainda que pelo equivalente monetário, eventual direito do réu que, oportunamente, poderá ser buscado pela reparação dos danos nos termos do art. 811 (v. n. 12 do Capítulo 1). Por isso mesmo, a medida é costumeiramente identificada como uma verdadeira “contracautela”.

A regra não pode ser interpretada, em hipótese nenhuma, como significativa de que a “liminar” pode ser concedida para a proteção de um direito que não se mostra suficientemente aparente para o magistrado (ausência de *fumus boni iuris*) ou não carente de tutela imediata (ausência de *periculum in mora*) por causa da caução.

São dois os juízos de valor a serem feitos pelo magistrado, um para o autor e um para o réu, cada qual com finalidades totalmente diversas, observando-se, sempre, a este propósito, as demais alternativas que o sistema processual civil lhe dá, inclusive no que diz respeito à “fungibilidade” da tutela cautelar, tal qual pedida e, conseqüentemente, à adequação dos mecanismos de *cumprimento* da medida, afinal concedida (v. n. 5.7 do Capítulo 1).

Não é porque o autor tem condições de prestar caução que faz jus à tutela jurisdicional, qualquer que seja ela. Tal entendimento romperia, a olhos vistos, com o “princípio da isonomia” (v. n. 10 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), privilegiando a atuação processual dos mais abonados financeiramente.

## 5. CITAÇÃO E RESPOSTAS DO RÉU

O réu (requerido) será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir. É o comando do art. 802.

As formas de citação, como destaca o n. 3.6, *supra*, são as admitidas pelo sistema processual civil e, no que é possível, cabe ao autor requerer a sua realização consoante as alternativas legais.

A citação produz, com relação ao réu, os efeitos *materiais e processuais* discutidos pelos ns. 2.2 e 2.3 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I.

Da carta ou do mandado de citação deve constar a advertência do art. 285, cabíveis as considerações que, à luz do “modelo constitucional do direito processual civil”, faz o n. 2.1 do Capítulo II da Parte II do vol. 2, tomo I.

Na contestação incide o princípio da concentração da defesa (v. n. 2.1 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 2, tomo I). É nela que o réu deverá indicar as provas que pretende produzir na fase instrutória (v. n. 7, *infra*) e, no que tange à prova documental, produzi-la de imediato. Aplica-se à espécie a

diretriz genérica do art. 396. Havendo documentos *novos*, sua apresentação oportuna é admitida em consonância com o art. 397 (v. n. 3 do Capítulo 5 da Parte IV do vol. 2, tomo I).

O art. 802 refere-se textualmente a “contestação”. Não há razão, contudo, para afastar a possibilidade de o réu apresentar também outras respostas consoante sejam as circunstâncias de cada caso concreto, tomando-se como referência o disposto no art. 297 e o rol construído pelo Capítulo 4 da Parte II do vol. 2, tomo I. Algumas ressalvas, contudo, são de rigor.

A denunciação da lide e o chamamento ao processo estão sistematicamente excluídas do “processo cautelar” pelas razões expostas pelo n. 3.2.1, *supra*.

Quanto à reconvenção, a tendência da doutrina é negá-la aprioristicamente como se lê, por exemplo, em Galeno Lacerda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, p. 184) e em Humberto Theodoro Jr. (*Processo cautelar*, p. 141). Cada caso concreto, contudo, parece merecer exame particularizado para verificar se o caso comporta ou não aquele verdadeiro “contra-ataque” do réu. Porque se trata de medida fundada, em última análise, no princípio da economia e eficiência processuais, a melhor interpretação é a de permitir que o magistrado analise a ocorrência, ou não, das vantagens destacadas pelo n. 4 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 2, tomo I, admitindo ou não, conseqüentemente, seu cabimento.

Também o “reconhecimento jurídico do pedido” e a “revelia” são *atos processuais* que podem vir a ocorrer podendo gerar seus efeitos típicos no plano do processo consoante as observações expostas pelo n. 11 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 2, tomo I. O *caput* do art. 803, a propósito, refere-se a uma das conseqüências da revelia, que é a possibilidade de serem considerados verdadeiros os fatos alegados pelo autor (v. n. 6, *infra*).

## 5.1. Fluência do prazo

O parágrafo único do art. 802 disciplina a contagem do prazo de cinco dias para apresentação da contestação.

O prazo tem início com a juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido (art. 802, parágrafo único, I), que repete a regra genérica do art. 241, II (v. n. 2.4 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 2, tomo I).

O inciso II do parágrafo único do art. 802 prevê a fluência do prazo para apresentação da resposta pelo réu da juntada aos autos do comprovante da “execução da medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia”.

Cabe destacar, a respeito do inciso II do parágrafo único do art. 802, que não se exige, propriamente, a ciência do réu da *concessão* da liminar, mas, diferentemente, a comprovação de sua “execução”, isto é, de seu *cumprimento*. Não obstante a letra do dispositivo, é mister entendê-lo em conformidade com o “modelo constitucional do processo civil”, destacando a imperatividade da prévia *ciência* da determinação judicial pelo réu — máxime porque ela foi concedida *inaudita altera pars* — para o início da fluência do prazo.

Pelas mesmas razões, quando o cumprimento da liminar se dá em face de um terceiro, assim, por exemplo, nos casos em que se obsta a publicidade de determinado ato a pedido ou por indicação do réu (sustação de protesto; inscrição de nome em rol de devedores etc.), o prazo da contestação pressupõe *sua* prévia ciência, isto é, do réu, sendo insuficiente, para sua fluência, a efetivação da medida. Pensamento diverso seria agredir o “princípio da ampla defesa”.

É bastante comum, na prática do foro, que a *citação* e a *intimação* da “medida liminar” concedida para os fins do art. 804 sejam feitas de uma só vez ao réu, juntando-se aos autos os comprovantes de sua realização na mesma oportunidade. Assim ocorrendo, não há qualquer dúvida sobre o instante em que deve fluir o prazo para a contestação do réu, na esteira da lição de Humberto Theodoro Jr. (*Processo cautelar*, p. 140). Caso contrário, o melhor entendimento é o de que o prazo para a apresentação das respostas e de eventual questionamento da decisão concessiva da “medida liminar” pelo recurso de agravo de instrumento deve ser contado separadamente, consoante a juntada, aos autos, dos respectivos comprovantes, de *citação* e de *intimação* da decisão ao réu, respectivamente.

Admitindo, como este *Curso* o faz, que o réu, além de contestar, pode apresentar outras respostas, não obstante a letra do *caput* do art. 802 (v. n. 5, *supra*), põe-se a questão relativa ao seu prazo. Será ele o de cinco dias a que se refere o dispositivo ou serão os prazos comuns de cada uma das hipóteses? À falta de regra própria, a melhor interpretação, para evitar

qualquer comprometimento da *brevidade* característica do procedimento cautelar, é a de que devem prevalecer, para a espécie, os *cinco* dias eleitos pelo referido dispositivo. Nesse sentido, a lição de Márcio Louzada Carpena, *Do processo cautelar moderno*, p. 290.

Havendo litisconsorte passivo com procuradores diversos, não há como afastar a incidência do art. 191, dispositivo que viabiliza melhor participação das partes ao longo do processo, em plena consonância com o “princípio do *contraditório*” (v. n. 4.2 do Capítulo 2 da Parte VII do vol. 2, tomo I).

Em sendo ré a Fazenda Pública, a hipótese reclama a incidência do art. 188, não obstante as críticas que o dispositivo merece quando examinado da perspectiva do “princípio da *isonomia*” (v. n. 10 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

Sendo a citação ou a intimação realizada por outras formas que não a prevista pelo inciso I do parágrafo único do art. 802, assim, por exemplo, quando ela se der pelo correio, por edital ou por carta precatória, a fluência do prazo para as *respostas* do réu deve observar as regras genéricas dos diversos incisos do art. 241 (v. n. 2.4 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 2, tomo I).

## 6. FASE ORDINATÓRIA

Finda a “fase *postulatória*” com o recebimento da petição inicial, citação do réu e, se for o caso, apresentação de suas respostas, o “processo cautelar” ingressa na “fase *ordinatória*”, isto é, nas “providências preliminares” a que se referem os arts. 323 a 328 (v. Capítulo 1 da Parte III do vol. 2, tomo I).

Quando for desnecessária a produção de outras provas além daquelas carreadas aos autos pelo autor e pelo réu (prova documental; art. 396) ou sendo viável presumir verdadeiros os fatos alegados pelo autor diante da revelia do réu (v. n. 5, *supra*), o caso é de “juízo antecipado da lide” (art. 330), aplicando-se, à hipótese, as explanações do Capítulo 2 da Parte III do vol. 2, tomo I. O art. 803, *caput*, reserva, para tanto, o prazo *impróprio* de cinco dias.

Mas não é só. Não obstante o silêncio do Livro III, aplica-se, à espécie, o disposto no art. 329, isto é, cabe ao magistrado, se o caso exigir, “extinguir o

processo *sem* resolução de mérito”, ou, na negativa, dar sequência ao processo, inaugurando a “fase *instrutória*”. Para tanto e sem prejuízo da *brevidade* que caracteriza o “procedimento *cautelar*” (v. n. 2, *supra*), não há como descartar a *necessidade* de serem praticados atos *saneadores* do processo, nos termos da segunda parte do art. 327, ouvindo-se, se o caso assim impuser, o autor acerca de alguma *preliminar* levantada pelo réu em contestação (v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 2, tomo I).

É correto o entendimento de que a “fase *ordinatória*”, mesmo para os fins do Livro III, assume o mesmo papel e tem a mesma abrangência que assume nos casos disciplinados pelo Livro I, ambos do Código de Processo Civil. Em qualquer caso, a necessidade da realização daqueles atos justifica-se por imperativo de interesse público, ínsito ao escorreito exercício da função jurisdicional.

## 7. FASE INSTRUTÓRIA

O *caput* do art. 803 expressamente prevê a possibilidade de o réu deixar de contestar o pedido, tornando-se, conseqüentemente, *revel*. Em tal caso, desde que não haja colidência com o sistema, presumir-se-ão verdadeiros os fatos alegados pelo autor, consoante as circunstâncias de cada caso concreto (art. 324; v. n. 11 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 2, tomo I). Sem prejuízo, e a despeito do silêncio do dispositivo, os prazos processuais fluirão independentemente de intimação do réu, a não ser que ele, a despeito de ser *revel*, tiver procurador constituído nos autos (art. 322, *caput*).

Caso o réu conteste o pedido no prazo legal, e desde que o juiz entenda que há necessidade para tanto, será designada “audiência de instrução e julgamento” (art. 803, parágrafo único). Na audiência serão produzidas provas orais (depoimento pessoal das partes e oitiva de testemunhas) e também provas técnicas como se dá com os esclarecimentos do perito nos termos do art. 435 (v. n. 4 do Capítulo 9 da Parte IV do vol. 2, tomo I).

O parágrafo único do art. 803, contudo, não merece ser interpretado como se toda a prova passível de ser produzida no “processo *cautelar*” tivesse que sê-lo na referida audiência. Pode acontecer que a análise do pedido do autor, mormente quando confrontado pela resistência do réu, imponha a produção de prova *pericial* e que, a despeito da previsão do precitado dispositivo, realize-se *independentemente* de qualquer audiência.

Assim, o parágrafo único do art. 803 deve ser compreendido no sentido de o magistrado, apesar de estar autorizado a proferir sentença com base em “cognição *sumária*” desde logo, poder, consoante as necessidades e as circunstâncias de cada caso concreto, conduzir o processo para a “fase *instrutória*”, determinando ou autorizando a produção da prova que entender oportuna e necessária para formação de sua convicção acerca dos fatos que lhe são narrados pelas partes e por eventuais terceiros intervenientes.

## 8. SENTENÇA

A sentença do “processo cautelar” não apresenta, quando analisada em si mesma, nenhuma peculiaridade digna de destaque. Trata-se do instante procedimental em que o magistrado, convencendo-se suficientemente da ocorrência dos fatos alegados pelo autor, concede a ele (total ou parcialmente) a tutela jurisdicional requerida ou, convencendo-se do contrário, nega-a.

Por força da *fungibilidade* que caracteriza a “tutela cautelar” (v. n. 5.7 do Capítulo 1), a concessão de *outra* medida, a despeito de não ter sido pedida pelo autor, mas que, *justificadamente*, mostre-se apta a proteger suficientemente o seu direito, não significa julgamento *extra petita*. Isto não quer dizer, contudo, que o autor, sentindo-se prejudicado com a decisão, não possa dela recorrer.

A exemplo do que se dá para o “processo de conhecimento”, a sentença proferida para os fins do art. 162, § 1º, encerra a “etapa de conhecimento” do “processo cautelar”, sendo inviável que o magistrado redecida a questão, diferentemente do que, por expressa autorização legal, dá-se com as sentenças que, liminarmente, rejeitam a petição inicial do autor nos casos dos arts. 295 e 285-A (v. n. 3.7, *supra*). A afirmação, contudo, não deve ser entendida como se a sentença proferida no “processo cautelar” fosse capaz de revestir-se de “coisa julgada material” pelas razões expostas pelo n. 10 do Capítulo 1.

Quanto ao seu conteúdo, aplica-se às sentenças proferidas para os fins do Livro III do Código o disposto nos arts. 267 e 269, não havendo nenhuma peculiaridade por se tratar de “processo cautelar”. No que diz respeito ao “julgamento de mérito”, deve-se dar interpretação sistemática ao disposto no inciso I do art. 269: o acolhimento (total ou parcial) ou a rejeição do pedido

feito pelo autor é, para todos os fins, a resposta jurisdicional prevista naquele dispositivo.

Sustentar, como querem amplas parcelas da doutrina, que a sentença proferida no “processo cautelar” é “mandamental”, é empregar critério classificatório com o qual este *Curso* não concorda. A sentença, como qualquer outra — e, mais amplamente, como a decisão interlocutória que, diante das circunstâncias previstas no art. 804, antecipa os seus efeitos (v. n. 3.8, *supra*) —, veiculará tutela jurisdicional que assumirá, consoante o caso, as classes expostas pelo n. 8 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1.

Diante das peculiaridades das “verdadeiras cautelares”, a sentença, assim como a decisão interlocutória que, porventura, antecipe os seus efeitos, tenderá a ser “preventiva”, “provisória” e “executiva”. As técnicas disponíveis para o seu *cumprimento* são analisadas pelo n. 11 do Capítulo 1.

É bastante comum na prática do foro ver-se o proferimento de uma só sentença a julgar, concomitantemente, o “processo cautelar” e o “processo de conhecimento”. A prática, que comprova o desuso ou, quando antes, o mau uso do Livro III do Código para os fins por ele idealizados (v. n. 5.3 do Capítulo 1), não afeta, contudo, a realidade constatável no plano do processo. Apesar de *una* do ponto de vista formal, são facilmente cindíveis os *capítulos* da sentença que dizem respeito a cada um daqueles “processos”, é dizer, no que diz respeito à concessão, ou não, da “tutela cautelar” e no que diz respeito ao acolhimento da “tutela principal”.

A questão que pode parecer teórica é extremamente importante, sobretudo em função do inciso IV do art. 520, examinado pelo n. 9, *infra*, e por causa das hipóteses discutidas pelo n. 7 do Capítulo 1.

No caso de ausência do efeito suspensivo da apelação interposta contra a sentença proferida no “processo cautelar” — ou como, na hipótese aventada, no *capítulo* da sentença que a ele diz respeito —, seus efeitos devem ser sentidos de imediato, enquanto, para o “processo principal”, a observância da regra do *caput* do art. 520 é de rigor. É nesse sentido que caminha a jurisprudência do STJ (CE, EREsp 663.570/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 15.4.2009, DJe 18.5.2009; 2ª Turma, REsp 812.873/SP, rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j.un. 8.4.2008, DJ 2.5.2008, p. 1, e 3ª Turma, REsp 970.275/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 11.12.2007, DJ 19.12.2007, p. 1230), não obstante a existência de acórdão divergente da 1ª

Turma daquele mesmo Tribunal (REsp 962.045/SP, rel. Min. José Delgado, j.un. 6.5.2008, DJ 4.6.2008, p. 1).

## 8.1. Custas e honorários advocatícios

A sentença proferida no “processo cautelar” imporá ao vencido sua responsabilização pelo pagamento de custas processuais e pelos honorários advocatícios.

A incidência das custas dependerá do exame do que dispõem a respeito as legislações estaduais (v. n. 3.6, *supra*) e também da prática de eventuais atos processuais que demandem seu ressarcimento. Assim, por exemplo, a realização de citações e intimações pelo oficial de justiça e a realização de perícia. Aplica-se à espécie o disposto no art. 20, *caput* (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1).

A existência de litígio, nos casos em que o Livro III do Código chama de “processo cautelar”, outrossim, é razão bastante para que o responsável pela necessidade da intervenção jurisdicional pague os honorários advocatícios da parte adversa. São os “honorários *sucumbenciais*”, aplicáveis à sua fixação os §§ 3º e 4º do art. 20. A jurisprudência é pacífica nesse sentido, como faz prova suficiente o quanto julgado pela 1ª Turma do STJ no REsp 869.857/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 11.3.2008, DJ 10.4.2008, p. 1, com menção a diversos precedentes em idêntico sentido, e, mais recentemente, pela 4ª Turma daquele mesmo Tribunal no AgRg no AREsp 56.406/MS, rel. Min. Raul Araújo, j.un. 14.2.2012, DJe 8.3.2012.

Nos casos, contudo, em que, a despeito da nomenclatura, a medida não desempenhar o papel originalmente idealizado para o “*processo cautelar*” (v. n. 1 do Capítulo 1), descabem os honorários advocatícios. Assim, por exemplo, o entendimento da Corte Especial do STJ (EResp 677.196/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j.un. 7.11.2007, DJ 18.2.2008, p. 1) para afastar a imposição daquela verba das cautelares destinadas a dar efeito suspensivo a recurso (v. n. 1 do Capítulo 4).

## 9. APELAÇÃO

O cabimento do recurso de apelação de toda e qualquer sentença, independentemente de seu conteúdo (arts. 267 e 269), é regra que decorre

suficientemente do art. 513. No âmbito do “processo cautelar” não é diverso.

Da sentença que “decidir o processo cautelar” cabe apelação que será “recebida só no efeito devolutivo”. É o que se lê do inciso IV do art. 520. Importa destacar, a esse propósito, que o dispositivo se refere à ausência de efeito suspensivo pelo recebimento da apelação “só no efeito devolutivo” como se aqueles dois efeitos fossem opostos, o que, pelas razões expostas pelo n. 3 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 5, não é correto: “efeito *devolutivo*” contrapõe-se a “efeito *translativo*”, porque é inconcebível recurso sem que, por vontade das partes ou por autorização do sistema, haja *transferência* de matéria para ser reexaminada pelo órgão julgador competente. O “efeito *suspensivo*”, de sua parte, contrapõe-se ao “efeito não suspensivo”, isto é, a recursos que, não obstante sua interposição, não impedem que a decisão recorrida produza seus regulares efeitos de imediato.

É esta última hipótese que decorre do art. 520, IV: a interposição do recurso de apelação da sentença que julga o “processo cautelar” não impede que ela, a sentença, não obstante recorrida, surta, imediatamente, seus efeitos no plano material (v. n. 4.2.3 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 5). Assim, a norma jurídica que passa a reger o plano material em que contendem autor e réu é a sentença, indiferente, para tanto, o regular recebimento do recurso e seu processamento perante o órgão recursal competente.

Nessas condições, eventual decisão antecipatória da tutela proferida no “processo cautelar” é *imediatamente substituída* pela sentença, independentemente de seu teor. Assim, ainda que a sentença tenha sido proferida no mesmo ou em diferente sentido da anterior decisão, pouco importando a extensão de sua desconformidade, é a sentença do “processo cautelar” que, em função da ausência do “efeito suspensivo” do apelo, passa a vigorar, com a produção de todos os seus regulares efeitos. Se o pedido do autor é rejeitado, a medida antecipatória não subsiste desde o proferimento da sentença; caso contrário, são os efeitos da própria sentença que passam a ocupar o espaço em que, anteriormente, estava a medida antecipatória. A ausência do efeito suspensivo do recurso de apelação por expressa disposição legal é suficiente para garantir acerto a ambas as afirmações. É essa a razão pela qual não se aplicam, aqui, as considerações e as ressalvas feitas especialmente pelo n. 3.4 do Capítulo 3 da Parte I com relação ao

inciso VII do art. 520 e pelo n. 7 do Capítulo 1, que se ocupam, ambos, de hipóteses diversas.

Como decorrência das razões constantes do parágrafo anterior, a incidência do disposto no parágrafo único do art. 558 é irrecusável: cabe à parte interessada buscar, perante o órgão recursal competente e, até mesmo, perante o juízo prolator da sentença (art. 518, § 2º) medida que, na sua perspectiva, tutele direito seu durante a tramitação do recurso, assunto ao qual se voltam o n. 7 do Capítulo 3 da Parte I e o Capítulo 4. Expressos nesse sentido os seguintes acórdãos da 1ª Turma do STJ: REsp 866.346/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 15.5.2008, DJ 23.6.2008, p. 1, e REsp 880.827/BA, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 18.10.2007, DJ 19.12.2007, p. 1149.

Aqui, mais do que o exposto pelo referido n. 3.4 do Capítulo 3 da Parte I, a *necessidade* de uma *nova* tutela jurisdicional na pendência do recurso justifica-se pela opção feita expressamente pelo legislador: o inciso IV do art. 520 não faz qualquer juízo de valor prévio àquele que busca a proteção *imediate* do Estado-juiz, resguardando, em seu favor, a possibilidade de beneficiar-se da tutela jurisdicional, ainda que *antecipada*. No âmbito do Livro III do Código, a opção do legislador é diversa. Importa qual é o resultado da cognição desenvolvida pelo magistrado ao final do “processo cautelar”. É a parte que se favorece da *sentença*, tal qual proferida, que deve beneficiar-se de imediato de seus efeitos.

## 9.1. Demais recursos

Ressalvado o disposto no art. 520, IV, não há nenhuma outra peculiaridade no plano dos recursos em se tratando do “processo cautelar”.

Assim, sem prejuízo da apelação, a sentença comporta embargos declaratórios quando presentes os pressupostos do art. 535.

As decisões interlocutórias, todas elas, a começar por eventual medida antecipatória da tutela para os fins do art. 804 (v. n. 3.8, *supra*), são plenamente recorríveis pelo recurso de agravo. Dada a *urgência* ínsita no seu reexame, contudo, o agravo deve ser interposto por *instrumento*, dando-se ampla interpretação ao disposto no *caput* do art. 522, como propõe o n. 3 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5. Não há, de qualquer sorte, razão para o descarte apriorístico do “agravo *retido*”. É essa a forma que o recurso das

interlocutórias deverá assumir toda vez em que, a depender das peculiaridades de cada caso concreto, não houver necessidade no *imediato* reexame da decisão interlocutória pelo órgão recursal competente.

Com relação ao *prazo* para interposição do agravo de instrumento dirigido à decisão proferida para os fins do art. 804, importa destacar que ele terá início da juntada aos autos do comprovante do cumprimento daquela medida, observando-se as variantes expostas pelo n. 5.1, *supra*.

Os embargos declaratórios também podem ser apresentados de decisões interlocutórias que contenham os vícios do art. 535, conforme expõe o n. 1 do Capítulo 8 da Parte I do vol. 5.

No âmbito dos Tribunais, cabem embargos infringentes quando a sentença de mérito proferida no “processo cautelar” for reformada por maioria dos julgadores (v. n. 2 do Capítulo 9 da Parte I do vol. 5). A expressão “sentença de mérito”, para os fins do referido dispositivo, deve ser compreendida em consonância com o disposto em cada um dos incisos do art. 269, o principal deles, de acolhimento ou de rejeição do pedido formulado pelo autor (inciso I), isto é, a sentença que reconhece ou deixa de reconhecer a ocorrência de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora* em favor do autor (v. n. 3.4, *supra*).

Do acórdão respectivo, sanados eventuais vícios que justifiquem a apresentação de embargos de declaração, cabem, consoante a presença dos respectivos pressupostos constitucionais, recurso especial e recurso extraordinário. Também aqui, à falta de qualquer peculiaridade, são suficientes as explicações dos ns. 2 a 4 do Capítulo 11 da Parte I do vol. 5.

Embora não se aplique, aprioristicamente à espécie, o disposto na Súmula 735 do STF, segundo a qual “Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar”, não há como deixar de apontar o acerto daquele entendimento no que diz respeito à imprestabilidade do recurso extraordinário (e, por identidade de motivos, também o recurso especial) para reexaminar provas e as peculiaridades fáticas dos casos julgados pela primeira e segunda instâncias, inclusive no que diz respeito à ocorrência de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*.

Superada a questão da vedação do reexame fático subjacente à decisão, é correto o entendimento de que o recurso extraordinário e o recurso especial, mesmo quando dirigidos contra decisões interlocutórias concessivas da

cautelar (a “liminar”), e, por identidade de razões, contra decisões antecipatórias da tutela para os fins do art. 273, não ficam — e não podem ficar — *retidos* nos autos. A eles não se aplica — e não se pode aplicar — o disposto no § 3º do art. 542, dada a *urgência* ínsita ao processamento daqueles recursos. Sem prejuízo do que, a respeito, desenvolve o n. 9.2 do Capítulo 11 da Parte I do vol. 5 deste *Curso*, cabe a leitura do quanto decidido pela 1ª Turma do STJ no REsp 1.125.661/DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j.m.v. 27.3.2012, DJe 16.4.2012, colacionando diversos precedentes no mesmo sentido.

# CAPÍTULO 4

## O dever-poder geral de cautela na fase recursal

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O relator, de acordo com o art. 558, pode conceder “efeito suspensivo” ao recurso de agravo de instrumento (que, em regra, não o tem; v. n. 3.4.3 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5) e, em consonância com o parágrafo único do dispositivo, ao recurso de apelação naqueles casos em que o legislador o subtraiu (v. n. 4.2 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 5). Trata-se do que o n. 3 do Capítulo 3 e o n. 4.2.9 do Capítulo 6, ambos da Parte I do vol. 5, chamam de “efeito suspensivo *ope judicis*”, isto é, concedido pelo magistrado à luz das necessidades e das circunstâncias do caso concreto (v. n. 3.2 do Capítulo 5 da Parte I do vol. 5).

O dispositivo é típico caso do que boa parte da doutrina identifica com o exercício do “dever-poder geral de cautela” independentemente do exercício de uma “ação” e de um “processo” próprios e diferenciados, inclusive do ponto de vista *procedimental* no plano recursal.

A regra colocada em destaque é inequívoco exemplo de que o exercício do chamado “poder geral de cautela” pode e *deve* ser exercitado ao longo do processo, sem maiores formalidades, porque se trata de *dever-poder*, ínsito à própria concepção da função jurisdicional, quando compreendida desde o “modelo constitucional do direito processual civil” (v. n. 8.1.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). O art. 558 autoriza que, mesmo no âmbito dos Tribunais, ao ensejo da *fase recursal* do processo, o relator preste “tutela jurisdicional *preventiva*” em todos os “casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação”.

A previsão, contudo, não se esgota na previsão do “dever-poder geral de cautela”. Ele deve ser compreendido amplamente para também admitir que, ao ensejo da fase recursal, o relator exerça, consoante as necessidades de cada caso concreto, o “dever-poder geral de *antecipação*” no sentido de ser legítimo que o relator atue *antecipando* os efeitos do pedido formulado no

recurso, o “mérito recursal” (v. n. 3 do Capítulo 3 da Parte I do vol. 5). A hipótese, aliás, é expressamente admitida pelo inciso III do art. 527 (v. n. 3.4.3 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5). É irrecusável, destarte, que o art. 273 encontre, também, na fase recursal, ampla incidência, mais ainda quando interpretado à luz do art. 557, § 1º-A (v. n. 3.1 do Capítulo 5 da Parte I do vol. 5), assunto ao qual se volta mais detidamente o n. 7 do Capítulo 3 da Parte I.

Mas não só. A despeito de sua redação, é correto o entendimento de que o exercício do “dever-poder geral de cautela” não se restringe aos recursos de agravo de instrumento (art. 558, *caput*) e de apelação (art. 558, parágrafo único). Quaisquer outros recursos (art. 496; v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 5) permitem o exercício daqueles “deveres-poderes” porque decorrentes diretamente do “modelo constitucional do direito processual civil”.

A este específico respeito, importa dar destaque aos incisos IV e V do art. 21 e ao art. 304 do RISTF e aos incisos V e VI do art. 34 e ao art. 288 do RISTJ, que expressamente reconhecem a possibilidade do exercício do “dever-poder geral de cautela” no âmbito daqueles Tribunais, inclusive no âmbito recursal, independentemente dos efeitos dos recursos, no que é expresso o referido art. 304 do RISTF.

A despeito do entendimento de que os Regimentos Internos dos Tribunais não podem inovar na ordem jurídica, *criando* normas jurídicas (v. n. 1.2 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1), as previsões destacadas são suficientemente ilustrativas do *reconhecimento* da inerência dos “deveres-poderes” aqui analisados ao exercício da função jurisdicional. Trata-se, portanto, de mera *explicitação* que deriva, suficientemente, do próprio ordenamento jurídico.

## 2. COMPETÊNCIA

Questão importante de ser aventada em relação ao tema que ocupa o número anterior diz respeito à *competência* para exercício dos *deveres-poderes* lá destacados.

O tema é tanto mais importante porque, sendo os atos processuais civis, ainda hoje, corporificados, em sua maior parte, em papel (nos “*autos* do processo”), pode acontecer de o exercício do “dever-poder geral de

cautela” reclamar seu exercício sem que haja, ainda, documentação dos atos processuais. É supor a hipótese de a *ameaça* a ser debelada surgir enquanto o recurso de apelação ainda está em tramitação na primeira instância ou enquanto os autos são remetidos de uma comarca ou seção judiciária do interior para o Tribunal de Justiça, que se localiza na capital do Estado, ou Regional Federal, que pode, consoante o caso, localizar-se na capital de outro Estado.

Para tal finalidade, importa dar interpretação ampla ao disposto no parágrafo único do art. 800 para permitir que, tão logo seja interposto o recurso (qualquer recurso e não apenas o de *apelação*), a competência para o exercício dos “*deveres-poderes*” aqui discutidos seja exercitável pelo órgão *ad quem*, isto é, pelo órgão competente para seu julgamento. Conforme o caso, enquanto os “autos do processo” não tiverem sido enviados àquele órgão — com a ressalva feita abaixo —, deve ser acolhido o entendimento que admite que o interessado documente suficientemente a causa e a *necessidade* da atuação do relator no âmbito dos Tribunais, dando ensejo à formação de novos autos, um verdadeiro “instrumento”, que, para os olhos mais tradicionais e voltados para as escolhas formais do Código de Processo Civil, fará as vezes de uma verdadeira “ação” ou “medida” ou “processo” *cautelar*, fazendo incidir, em larga escala, a disciplina dos arts. 796 a 812.

A necessidade de documentar os atos processuais a serem levados ao relator, contudo, não se confunde com o exercício de uma *nova* ação nem com a formação de um *novo* processo (v. n. 2.1 do Capítulo 3). A questão, é importante destacar, não se relaciona e não se esgota com a análise de um (específico) “processo”, de uma (específica) “ação” ou de um (específico) “procedimento”. Ela diz respeito, em primeiro plano, ao exercício de *tutela jurisdicional*, consoante se faça necessária a intervenção jurisdicional durante a fase recursal, em consonância com as diferentes perspectivas propostas pelos ns. 8.1 a 8.3 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1. A *forma* que o *pedido* de tutela jurisdicional e a sua *concessão* assumirão é questão diversa, de menor importância à luz do “modelo constitucional do direito processual civil”.

A ressalva do parágrafo anterior é tanto mais pertinente porque as fundadas dúvidas que pairam na doutrina e na jurisprudência acerca da

definição do *veículo* processual mais adequado para o exercício do “dever-poder geral de cautela” no âmbito dos Tribunais — se “medida”, “ação” ou “processo” “cautelar”, “agravo de instrumento”, “reclamação” ou mera “petição” —, têm levado ao entendimento de que a hipótese comporta generosa aplicação do “princípio da instrumentalidade das formas”, admitindo-se verdadeira *fungibilidade* entre eles, orientação que tem a total concordância deste *Curso*, na linha do que desenvolve o Capítulo 8 da Parte I.

O que está por trás do *caput* do art. 558 e do seu parágrafo único não é, com as devidas vênias, uma “ação” ou um “processo” *cautelar*. O que a lei prevê no dispositivo, afinadíssima ao “modelo constitucional do direito processual civil”, é, vale a ênfase, a possibilidade da formulação de um pedido de e da concessão de “tutela jurisdicional *preventiva*” ou de “tutela jurisdicional *antecipada*”, consoante o caso. O *modo* pelo qual este pedido será formulado é menos importante do que a constatação de que ele pode ser formulado, ainda que não houvesse, como há, previsão legislativa específica. De resto, o § 7º do art. 273, ao admitir o exercício *incidental* do “dever-poder geral de cautela”, tem o condão de eliminar quaisquer dúvidas que, porventura, o assunto ainda pudesse suscitar.

Com relação à *competência* para exercício dos deveres-poderes derivados do art. 558, cabe também colacionar o disposto no § 2º do art. 518. O dispositivo permite que o juízo *a quo*, depois da interposição da apelação, reexamine o juízo de admissibilidade do recurso, o que compreende também o exame dos *efeitos* de seu recebimento, o principal deles para o assunto aqui discutido, o *suspensivo*. Tanto assim que o art. 522, *caput*, prevê o cabimento do “agravo *de instrumento*” para contrastar a decisão, pressupondo, não há como duvidar, que ela seja proferida pelo juízo de primeira instância ao ensejo do exercício da competência reconhecida por aquele artigo.

A regra merece interpretação ampla, inclusive para os demais recursos (v. n. 1, *supra*), até para evitar os óbices *formais* de que dão notícia os parágrafos anteriores. Para tanto, é suficiente entendê-lo no sentido de que é competente para conceder ou para retirar o efeito *suspensivo*, isto é, para exercer os “deveres-poderes” aqui examinados, o magistrado que proferiu a decisão recorrida toda vez que ele próprio for o órgão de interposição do

recurso e enquanto os autos do processo estiverem sob sua responsabilidade. É como se o parágrafo único do art. 800, para ter incidência, não se contentasse apenas com a “interposição do recurso”, mas com a chegada dos autos ao órgão *ad quem*, competente para o seu julgamento. O proferimento da “sentença”, com efeito, não pode ser compreendido como significativo do “encerramento” da competência jurisdicional do juízo da primeira instância. Não quando se interpreta, no contexto adequado, o art. 463, máxime na sua redação atual dada pela Lei n. 11.232/2005 (v. n. 8.1 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I).

Neste sentido e para este específico fim, as diretrizes das Súmulas 634 e 635 do STF devem ser observadas para quaisquer recursos, sem prejuízo das considerações que, a seu respeito, faz o n. 8.2 do Capítulo 11 da Parte I do vol. 5, levando em conta as peculiaridades do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial. Até porque é possível extrair delas a mesma preocupação que circunda a definição da *competência* de quaisquer medidas cautelares, a de aproximar o juízo do dano que se pretende evitar, como expõe o n. 3.1 do Capítulo 3. No mais, o rigor daquelas duas súmulas recebe a crítica feita pelo n. 3.2 do Capítulo 5 e pelo n. 8.2 do Capítulo 11, ambos da Parte I do vol. 5, com o destaque, contudo, à sua flexibilização pela jurisprudência dos Tribunais Superiores em casos reconhecidamente excepcionais.

Ao sustentar que o “dever-poder geral de cautela” é ínsito ao exercício da função jurisdicional — como o é, também, o “dever-poder geral de antecipação” —, inclusive ao longo da fase recursal, importa sublinhar que este *Curso* acaba por reconhecer verdadeira *concorrência* de competência sempre com vistas a evitar que a *forma* e a necessidade de *documentação* dos atos processuais sobreponham-se ao seu conteúdo, que consiste na necessidade de concessão, ou não, da “tutela jurisdicional *preventiva*” ou da “tutela jurisdicional *antecipada*” em cada caso concreto.

### 3. PRESSUPOSTOS

Os pressupostos para o exercício do “dever-geral de cautela” na fase recursal não destoam — e nem haveria razão para tanto — daqueles exigidos pelo art. 798.

No que diz respeito à percepção do *fumus boni iuris* ou, como quer o *caput* do art. 558, “relevante fundamentação”, vale o destaque de que os Tribunais têm-se mostrado bastante sensíveis ao entendimento de que a existência de precedentes no mesmo ou em sentido contrário ao da decisão recorrida, analogamente ao que prevê o *caput* e o § 1º-A do art. 557 (v. n. 3.1 do Capítulo 5 da Parte I do vol. 5), é indicativo suficiente de sua ocorrência.

O entendimento deve ser acolhido porque a constatação de que há julgados no mesmo sentido do que se pretende obter do órgão recursal é indicativo suficiente do êxito recursal. Assim, há as seguintes decisões: STF, Pleno, AC-QO 2.073/ES, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 26.6.2008, DJE-119, 30.6.2008; STF, 2ª Turma, AC-QO 1.810/DF, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 16.10.2007, DJ 31.10.2007, em *Revista de Processo*, vol. 158, p. 295-299; STJ, 2ª Turma, MC 12.203/SP, rel. Min. Castro Meira, j.un. 14.11.2006, DJ 27.11.2006, p. 261; STJ, 5ª Turma, MC 10.080/RO, rel. Min. Gilson Dipp, j.un. 14.3.2006, DJ 3.4.2006, p. 365, e STJ, 1ª Turma, MC 3.105/SP, rel. Min. José Delgado, j.un. 24.4.2001, DJ 25.6.2001, p. 103.

O interessado deverá também comprovar a ocorrência de dano grave ou de difícil reparação, o chamado *periculum in mora*, que consiste, na fase recursal na demonstração de que o tempo que o recurso consumirá para ser julgado é maior do que o dano que, com sua interposição, pretende-se eliminar.

A despeito da redação do art. 558, nos casos em que se tratar do exercício do “dever-poder geral de antecipação” (v. n. 7 do Capítulo 3 da Parte I), é irrecusável o entendimento de que a demonstração da presença dos pressupostos do inciso II e do § 6º do art. 273 acarrete a concessão da medida requerida mesmo que não haja concretamente nenhuma situação de perigo.

## 4. PROCEDIMENTO

Admitindo, como este *Curso* admite, que o exercício do “dever-poder geral de cautela” é ínsito à função jurisdicional, não há necessidade de emprestar a ele a *forma* disciplinada pelo Livro III do Código de Processo Civil. É suficiente que as partes do processo tenham adequada ciência do

que foi pedido e eventualmente concedido, e oportunidade de questionar o acerto da decisão.

Considerando, ademais, que tais pedidos pressupõem, necessariamente, processo em curso, o exercício *incidental* daqueles deveres-poderes sem maiores formalidades é medida que se justifica até mesmo em nome de uma maior e desejável eficiência processual, forte na realização do princípio agasalhado pelo inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, o “princípio da economia e eficiência processuais” (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) e que tem ampla aceitação deste *Curso* (v. n. 2.1 do Capítulo 3).

Correta, portanto, a postura que vem sendo adotada no âmbito do Supremo Tribunal Federal de dispensar a *citação* da parte contrária para os fins do art. 802 (v., com a colação de vários precedentes, a AC-QO 2.073/ES já mencionada pelo n. 4, *supra*, embora com fundamentação diversa), sendo inafastável, contudo, sua *intimação* (de acordo com as regras aplicáveis; v. n. 4.4.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1) para, querendo, contrapor-se ao pedido.

Quando os autos já estiverem no âmbito do Tribunal, outrossim, não há razão para que o pedido dê ensejo a autuação diferenciada o que não significa, de qualquer sorte, que haja, caso se determine esta nova documentação, um *novo* processo ou uma *nova* ação.

Nas hipóteses em que o órgão jurisdicional competente para apreciação do pedido não tiver recebido, ainda, os autos do processo, a necessidade de sua *documentação* apartada não infirma as conclusões aqui reiteradas, consoante a exposição do n. 2, *supra*.

Nunca foi outro o entendimento, aliás, quando se trata de o agravante pedir, ao relator do recurso, a atribuição de efeito suspensivo com base no art. 527, III. Não há nisto uma nova *ação* e nem um novo *processo*. Apenas exercício do “dever-poder geral de cautela” em autos apartados.

A determinação feita pelo § 1º do art. 288 do RISTJ, ao tratar das medidas cautelares no âmbito daquele Tribunal, de que “o pedido será autuado em apenso” deve, portanto, ceder espaço às conclusões que ocupam os parágrafos anteriores.

# CAPÍTULO 5

## Tutela cautelar no direito processual público

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A “tutela cautelar” (v. n. 1.1 do Capítulo 1), a exemplo do que o Capítulo 7 da Parte I demonstra com relação à “tutela antecipada”, apresenta algumas vicissitudes quando a Fazenda Pública é parte no processo ou, como quer o n. 7.2 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1, nos casos de “direito processual público”.

Também aqui, sem prejuízo das considerações tecidas pelo tomo III do vol. 2, importa tratar do tema com vistas a uma mais ampla apresentação da matéria para os fins do presente volume.

A Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992, que “dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público”, é o principal diploma legislativo sobre o assunto. Trata-se de iniciativa que busca disciplinar, no âmbito do “direito processual público”, as diretrizes mais amplas que o Código de Processo Civil reserva para o “processo cautelar”.

Uma análise do referido diploma legal, por mais perfunctória que seja, é capaz de revelar que a disciplina legislativa tende a apequenar o alcance do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal optando, de forma clara muitas vezes, por *excluir*, da apreciação do Estado-juiz, situações de *ameaça* a afirmações de direito.

Trata-se, nesse sentido, de regras agressivas ao “modelo constitucional do processo civil”, até porque rompem também com o “princípio da isonomia”, que, não obstante, são estudadas pelos números seguintes para viabilizar o panorama mais completo do tema.

Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha sido provocado para reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 8.437/1992 ou de seus dispositivos em sede de “ação direta de inconstitucionalidade”, não há nenhum óbice para que os legitimados do art. 103 da Constituição Federal façam-no a qualquer tempo. Ademais, sem prejuízo do exercício do

“controle *concentrado* da constitucionalidade”, é irrecusável o entendimento de que, por força do “controle *incidental* da inconstitucionalidade”, todo magistrado, em qualquer processo, possa, se assim for o seu entendimento, reconhecer a inconstitucionalidade das regras aqui analisadas porque afrontosas ao “modelo constitucional”, tanto mais quando, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar que a disciplina legislativa deixa carente de tutela jurisdicional *eficaz* um sem-número de situações conflituosas que se verificam no plano material entre o cidadão e o Estado-administração.

## **2. UM PARALELO COM O MANDADO DE SEGURANÇA**

De acordo com o art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.437/1992, “não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal”.

A regra busca inviabilizar que as históricas restrições existentes, desde as décadas de 1950 e 1960, para o mandado de segurança, em especial à vedação da “medida liminar” que, genericamente, é autorizada pelo art. 7º, III, da Lei n. 12.016/2009, fossem obtidas pelo uso do que o Código de Processo Civil chama, em seu Livro III, de “processo cautelar”, inclusive pela medida compreendida no art. 804 (v. n. 3.8 do Capítulo 3). E mais: qualquer outra iniciativa jurisdicional que possa assumir o viés de “cautelar” ou “preventiva” deve, de acordo com o referido dispositivo de lei, observar as mesmas restrições.

Trata-se de orientação que, desde 1987, já era sumulada no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, como faz prova sua Súmula 9: “Não é admissível, em ação cautelar inominada, a concessão de liminar nos casos em que, na via do Mandado de Segurança, houver vedação legal ao deferimento de liminares (v.g. Lei n. 4.348, art. 5º; Lei n. 5.021, art. 1º, § 4º)”.

As vedações legais existentes para o mandado de segurança, em ordem cronológica, são as seguintes:

O art. 1º da Lei n. 2.770/1956 vedava a concessão de “medida liminar” que acarrete a liberação de mercadoria ou coisas provenientes do exterior e que exige a prestação de caução de 150% do valor do bem para a execução do julgado (art. 2º, § 1º). Este diploma legislativo, vale o destaque, havia generalizado a hipótese de incidência da Lei n. 2.410/1955, que também tratava do desembaraço aduaneiro de bens vindos do exterior.

Por força do art. 5º da Lei n. 4.348/1964 era proibida a concessão de “medida liminar” para fins de reclassificação ou equiparação de servidores públicos ou concessão de aumento ou extensão de vantagens.

O art. 1º, § 4º, da Lei n. 5.021/1966, dispunha que “não se concederá liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”.

Todos esses dispositivos legais foram expressamente revogados pelo art. 29 da Lei n. 12.016/2009. O § 2º do art. 7º desse diploma legislativo, contudo, manteve aquelas mesmas restrições, além de proibir também a medida liminar em mandado de segurança que tenha por objeto a compensação de créditos tributários.

O art. 1º da Lei n. 8.076/1990, por sua vez, vedava a concessão de “medida liminar” contra atos originários do chamado “Plano Collor”, que impôs generalizado bloqueio de ativos financeiros dos particulares.

Por fim, é importante a lembrança do art. 29-B da Lei n. 8.036/1990, segundo o qual: “Não será cabível medida liminar em mandado de segurança, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, nem a tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil que impliquem saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS” (incluído pela Medida Provisória n. 2.197-43, de 24-8-2001). Há três “ações diretas de inconstitucionalidade” que se voltam contra a regra, a ADI 2.382/DF (proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos), a ADI 2.425/DF (proposta pelo Partido dos Trabalhadores) e a ADI 2.479/DF (proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil), todas aguardando julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Outras normas, que se limitam a *regular* a medida liminar em mandado de segurança, sem, contudo, *proibirem* a sua concessão, escapam da abrangência do art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.437/1992. Regras restritivas

merecem interpretação restritiva. Dentre elas, podem ser lembradas as seguintes:

O art. 1º, *b*, da Lei n. 4.348/1964, que estipulava o prazo de noventa dias para eficácia de liminar em mandado de segurança, prorrogável por mais trinta em função de excesso de serviço.

O art. 2º da Lei n. 4.348/1964, de sua parte, previa a cassação da liminar em mandado de segurança quando, concedida, o impetrante criar obstáculos ao normal desenvolvimento do processo ou deixar de promover os atos necessários para seu processamento por mais de três dias ou, ainda, quando abandonar o processo por mais de vinte dias.

O art. 51 da Lei n. 4.862/1965 também previa que a duração máxima de liminar em mandado de segurança impetrado contra a Fazenda Nacional é de sessenta dias, silenciando sobre a possibilidade de sua prorrogação.

Esses dispositivos legais também foram expressamente revogados pelo art. 29 da Lei n. 12.016/2009. As restrições, contudo, subsistiram no novo diploma legislativo, como se verifica de seu art. 8º.

Mas não só. Como, a depender do nível hierárquico da autoridade cujo ato é questionado em mandado de segurança, há deslocamento da competência para os Tribunais, já que a competência jurisdicional naqueles casos é definida em função do *status* funcional da autoridade indicada como coatora (v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 2, tomo III, deste *Curso*), o § 1º do art. 1º da Lei n. 8.427/1992 veda a concessão da liminar no “processo cautelar” que, em regra, tramita perante a primeira instância por força do disposto no *caput* do art. 800 (v. n. 3.1 do Capítulo 3), “quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal”. Também aqui o objetivo da lei de dar ao “processo cautelar” o mesmo regime jurídico *restritivo* que, historicamente, acompanha o mandado de segurança, é indisfarçável.

A orientação, outrossim, já constava da Súmula 8 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, datada de 1987, como se lê de seu enunciado: “Não é admissível, no juízo de 1º grau, a concessão de medida cautelar inominada, ou sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária do Tribunal”.

### 3. INTIMAÇÃO DA CONCESSÃO DA “MEDIDA LIMINAR”

O § 4º do art. 1º da Lei n. 8.437/1992, incluído pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.8.2001, mantida vigente pelo art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001, preocupado com a concessão da “medida liminar” em detrimento de órgãos ou pessoas de direito público, cria regra diferenciada para a comunicação daquele ato processual, afastando-se generalizadamente do art. 236.

O dispositivo exige que “nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado”. Imediata a percepção de que haverá uma *dupla* comunicação do ato jurisdicional: uma encaminhada ao dirigente do órgão ou entidade estatal (por exemplo, um Ministro de Estado, um Secretário estadual ou um Diretor de autarquia ou agência reguladora) e outra dirigida ao seu “representante judicial”, isto é, ao *procurador* que, por força da Constituição Federal e dos demais atos normativos, tem capacidade postulatória para representar judicialmente aquele mesmo órgão ou entidade.

A justificativa oficial é de que a *dupla* comunicação impõe-se porque nem sempre haverá condições de oportuna comunicação *interna* no órgão ou na entidade estatal entre seus dirigentes e seus procuradores. Ademais, em se tratando de medida liminar, a *intimação* para seu cumprimento não se confunde com a *citação*, que se justifica em todo caso em que o “processo cautelar” for *preparatório* (v. n. 6.2 do Capítulo 1).

Não há como depositar no Judiciário e na sua estrutura, contudo, eventuais dificuldades que ocorram dentro da Administração Pública, nos planos federal, estadual, municipal e distrital, sob pena de agredir o princípio da eficiência administrativa expresso no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. A criação de regra que se distancia da genérica, do referido art. 236, mais ainda quando originada de medida provisória, tende a conflitar com o “princípio da isonomia”, na medida em que acaba por criar formas mais céleres e expeditas de revisão da decisão proferida contra os interesses da Fazenda Pública.

## 4. CAUTELARES SATISFATIVAS

Em consonância com o § 3º do art. 1º da Lei n. 8.437/1992, é vedada a concessão de “medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação”.

A expressão empregada pelo legislador deve ser entendida como sinônima de “cautelar satisfativa”, assim compreendida a situação em que o “processo cautelar” teria o condão de satisfazer o direito material da parte, contrariando a predisposição tradicional do Livro III do Código, de meramente *assegurá-lo*, limitando-se, a intervenção jurisdicional, a criar condições para que o direito material fosse oportunamente reconhecido ou satisfeito nos “processos de conhecimento e de execução”, respectivamente.

Como expõem os ns. 1 e 2 do Capítulo 8 da Parte I, a dicotomia entre uma “cautelar *satisfativa*” e uma “cautelar não satisfativa”, apesar de amplamente discutida pela doutrina e pela jurisprudência, não resiste a uma leitura sistemática do direito processual civil, máxime depois do advento da Lei n. 8.952/1994 e da introdução do instituto da “tutela antecipada” no art. 273.

De qualquer sorte, o dispositivo em exame, anterior ao advento daquela lei e pouco preocupado com o princípio decorrente do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, quis impedir o uso das técnicas previstas pelo Livro III para *satisfazer*, ainda que preventivamente, o direito da parte. Para tanto, o legislador valeu-se da concepção tradicional da *instrumentalidade* do “processo cautelar” no sentido de que a tutela jurisdicional nele obténível, por sua própria natureza, não poderia ir além de criar condições para assegurar o resultado útil de um outro processo, o “processo principal” (v. n. 2 do Capítulo 1).

Com o advento do instituto da “tutela antecipada”, não foi por acaso que o art. 1º da Lei n. 9.494/1997 apressou-se em emprestar ao art. 273 e ao § 3º do art. 461 o mesmo regime jurídico restritivo aqui discutido, como expõe o n. 2 do Capítulo 7 da Parte I.

## 5. NO “DIREITO PROCESSUAL COLETIVO”

O § 2º do art. 1º da Lei n. 8.437/1992 excepciona a regra do *caput* e do § 1º quando se tratar de “ação popular” (Lei n. 4.717/1965) ou de “ação civil

pública” (Lei n. 7.347/1985).

Quando os bens materiais cuja tutela jurisdicional se pretende são os disciplinados por aqueles dois diplomas legislativos, não há óbice *legal* para que o magistrado tutele preventivamente o direito cuja ameaça seja alegada e comprovada suficientemente pelo autor e, se for o caso, *liminarmente*. Indiferente, para tanto, que participe do processo, a qualquer título, pessoa jurídica de direito público.

O art. 2º da Lei n. 8.437/1992 faz um verdadeiro contraponto à exceção criada pelo § 2º do art. 1º ao prever que “no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas”. A regra, tendo presente especificamente o “mandado de segurança coletivo”, acabou sendo repetida pelo § 2º do art. 22 da Lei n. 12.016/2009.

Os dispositivos, embora restritivos, não são, em si mesmo, inconstitucionais porque privilegiam o “princípio da ampla defesa”, ao impor que *antes* da concessão da “medida liminar” em “mandado de segurança coletivo” e em “ação civil pública” o representante judicial da pessoa jurídica de direito público, isto é, seu procurador, que detém capacidade *postulatória* para representá-la em juízo, seja ouvido em setenta e duas horas.

O estabelecimento de um breve prazo para prévia manifestação do procurador judicial da pessoa de direito público é medida que, na perspectiva da lei, busca conciliar as exigências decorrentes do referido princípio e da *urgência* ínsita à concessão da “medida liminar” naquelas investidas jurisdicionais.

Não obstante a intenção do legislador, a regra tal qual estatuída não pode comprometer o “modelo constitucional do processo civil”. Toda vez que, na percepção do magistrado — a ser, consoante o caso, alertado pelo autor —, o prazo de setenta e duas horas tiver aptidão de tornar inócua a tutela jurisdicional pretendida, a “medida liminar” *deve ser* concedida à luz de seus pressupostos específicos, postergando-se legitimamente a ampla defesa para o momento que se seguir à concessão da medida respectiva e à sua intimação para o seu destinatário. É este o entendimento amplamente vencedor em doutrina e o que pretende o Conselho Federal da Ordem dos

Advogados do Brasil na ADI 4.296/DF ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal para ver declarada a inconstitucionalidade de alguns dispositivos da nova lei do mandado de segurança, a Lei n. 12.016/2009, dentre eles, o precitado art. 22, § 2º.

## 6. NO “DIREITO PROCESSUAL TRIBUTÁRIO”

Em consonância com o § 5º do art. 1º da Lei n. 8.437/1992, “não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários”.

O dispositivo, também incluído pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001 referida pelo n. 3, *supra*, amplia entendimento que, à época de sua introdução no cenário jurídico nacional, decorria do enunciado original da Súmula 212 do STJ: “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar”, ampliado posteriormente pela 1ª Seção daquele Tribunal para o seguinte: “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória”.

O fato é que a Lei Complementar n. 104/2001 introduziu um art. 170-A no Código Tributário Nacional, que veda a compensação de créditos tributários *antes* do trânsito em julgado.

O art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009, a nova lei do mandado de segurança, veda expressamente o cabimento de medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, estendendo a vedação aos casos de antecipação da tutela no § 5º do mesmo dispositivo legal.

O melhor entendimento para todas as regras, descartada, para fins de exposição, sua patente agressão ao “modelo constitucional”, é que a “ação cautelar”, a “medida liminar”, a “medida antecipatória” e, até mesmo, a sentença ou acórdão que as confirmem não podem declarar extinto o crédito tributário (e, por identidade de razões, o previdenciário), antes do trânsito em julgado, por força do que se lê do art. 156, X, do Código Tributário Nacional. O que pode ocorrer, contudo, é que, antes do trânsito em julgado, inclusive *liminar e antecipadamente*, o magistrado tutele o direito do particular viabilizando que ele compense créditos seus com os do Estado-administração, sem prejuízo de sua atividade ser, como deve, fiscalizada pelas autoridades fazendárias e previdenciárias.

O art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 é alvo da ADI 4.296/DF proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil perante o Supremo Tribunal Federal.

## 7. NÃO EXECUTIVIDADE IMEDIATA DA SENTENÇA

A Lei n. 8.437/1992 traz também importante modificação para o regime das sentenças proferidas no âmbito dos “processos cautelares” em que pessoa jurídica de direito público ou seus agentes sejam réus quando houver determinação de outorga ou adição de vencimentos ou, ainda, quando impuser reclassificação funcional.

O seu art. 3º, afastando-se da regra genérica do art. 520, IV, empresta ao recurso de apelação interposto daquele ato “efeito *suspensivo*”, pretendendo, com a iniciativa, que ela, a sentença, não produza seus efeitos se não depois de confirmada pelo Tribunal.

O dispositivo também sujeita tais sentenças ao “reexame necessário” (chamando-o de “recurso *ex officio*”; v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 5) trazendo à tona o instituto previsto pelo art. 475.

Trata-se de iniciativa que, no âmbito do mandado de segurança, encontrava previsão expressa no parágrafo único do art. 5º e no art. 7º da Lei n. 4.348/1964 e que, pelas mesmas razões expostas pelo n. 2, *supra*, mereceu expressa disciplina na lei mais recente relativa à “tutela cautelar” quando obtida em detrimento da Fazenda Pública. A mesma vedação vem repetida no § 2º do art. 7º e no § 3º do art. 14 da Lei n. 12.016/2009.

A constitucionalidade do dispositivo depende da possibilidade de sua não incidência em todo caso que, diante de *ameaça* a direito a ser tutelada jurisdicionalmente, o magistrado autorizar a “execução provisória” da sentença independentemente de seu reexame, “voluntário” ou “necessário”, pelo Tribunal competente. Para tanto, importa dar destaque ao exercício do “controle *incidental* de constitucionalidade”, forte nas razões expostas pelo n. 1.2 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 3, quando analisada a pertinência da “execução provisória *ope judicis*” no direito processual civil brasileiro.

No que diz respeito ao “reexame necessário”, é irrecusável a sua dispensa naqueles casos em que o legislador processual civil mais recente,

ao introduzir os §§ 2º e 3º do art. 475, entendeu-o desnecessário. Assim, seja quando o valor envolvido no processo não ultrapassar sessenta salários mínimos ou quando a sentença basear-se em jurisprudência assentada no Supremo Tribunal Federal ou sumulada nos tribunais recursais competentes, não haverá razão para submeter a sentença ao duplo grau (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 5). O “princípio da efetividade do processo” (v. n. 16 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) impõe a conclusão, a despeito da *especificidade* da regra aqui analisada quando comparada com a *generalidade* da regra codificada.

## 8. O “PEDIDO DE SUSPENSÃO”

O art. 4º da Lei n. 8.437/1992 disciplina o chamado “pedido de suspensão” ou, mercê de suas origens nas leis disciplinadoras do mandado de segurança, “suspensão de segurança”.

Trata-se, como exposto pelo n. 5 do Capítulo 7 da Parte I, de pedido a ser formulado pela pessoa de direito público ao Presidente do Tribunal competente para determinar a suspensão dos efeitos de decisão proferida contra a Fazenda Pública quando houver ofensa à “ordem pública” ou, como se lê do *caput* do dispositivo, quando houver “manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

Será competente para apreciar o pedido o “presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso” quando a “medida liminar” ou a “sentença (...) em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado” (art. 4º, § 1º, da Lei n. 8.437/1992), for proferida por juízo de primeira instância (art. 4º, *caput*, da Lei n. 8.437/1992).

A regra também se ocupa dos legitimados para a formulação do pedido, quais sejam, o Ministério Público e a pessoa jurídica de direito público interessada.

O § 2º do art. 4º da Lei n. 8.437/1992 prevê que o pedido de suspensão — diferentemente do que se vê no dia a dia do foro — deve ser processado em contraditório. De acordo com o dispositivo, que tem redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, “o Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas”.

Havendo urgência na apreciação do pedido — urgência que justifique, à luz das peculiaridades do caso concreto, a legítima postergação dos “princípios da ampla defesa e do contraditório” (v. n. 5, *supra*) — o Presidente do Tribunal pode deferir o pedido *liminarmente*. É esta a melhor interpretação para o § 7º do art. 4º da Lei n. 8.437/1992: “O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida”. Tutelada a “ordem pública” preventivamente, contudo, a intimação da parte que, originariamente, beneficiou-se da medida jurisdicional cujos efeitos foram suspensos é de rigor. Estabelecido o contraditório e exercitada a ampla defesa, cabe ao Presidente do Tribunal confirmar, revogar ou modificar sua anterior decisão, o que é característico de qualquer tutela jurisdicional *preventiva* proferida com base em cognição não exauriente (v. n. 5.6 do Capítulo 1).

A decisão do presidente que *conceder* ou *negar* o pedido é contrastável pelo recurso de “agravo *interno*” a ser apresentado no prazo de cinco dias (sobre o qual não incide o art. 188 do CPC – v. n. 5 do Capítulo 7 da Parte I), devendo ser julgado na sessão seguinte à sua interposição pelo órgão regimentalmente competente para tanto (art. 4º, § 3º, da Lei n. 8.437/1992, com a redação da Medida Provisória n. 2.180-35/2001).

O § 4º do art. 4º da Lei n. 8.437/1992, criado pela mesma Medida Provisória, ocupa-se do que o n. 5 do Capítulo 7 da Parte I chamou de “pedido de suspensão da não suspensão”. Como se lê do dispositivo, “se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário”.

O § 5º do mesmo dispositivo, ampliando a hipótese de cabimento daquele novo pedido a ser formulado perante a Presidência dos Tribunais Superiores, estatui que “é cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo”.

É correto o entendimento, portanto, de que, havendo julgamento *colegiado* da decisão do Presidente do Tribunal, pode a pessoa de direito público ou o Ministério Público formular um novo pedido, que assume, por isso mesmo,

inegável feição recursal, ao Presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça consoante sua fundamentação, constitucional ou infraconstitucional, respectivamente, observando-se, por analogia, o art. 25 da Lei n. 8.038/1990 e, quanto ao procedimento, o que dispõe o art. 543 (v. n. 10 do Capítulo 11 da Parte I do vol. 5).

Evidenciando que o pedido de suspensão não interfere no cabimento do recurso cabível contra a decisão desfavorável aos interesses das pessoas ou entidades de direito público, o § 6º do art. 4º da Lei n. 8.437/1992 dispõe que “a interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo”.

O § 8º do art. 4º da Lei n. 8.437/1992, também fruto da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, ocupa-se do que pode ser chamado de “pedido *coletivo* de suspensão”. De acordo com a regra, “as liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original”.

Trata-se de regra que busca otimizar a prestação jurisdicional dando a situações substancialmente idênticas a mesma resposta jurisdicional, o que, da perspectiva do “princípio da isonomia”, deve ser aplaudido. A dificuldade na sua aplicação, contudo, repousa, fundamentalmente, em verificar em que medida os casos são idênticos a ponto de reclamar, sem *prévia e ampla* defesa, a incidência da decisão proferida anteriormente.

Por fim, o § 9º do dispositivo, introduzido apenas pela última reedição da referida Medida Provisória, alguns dias antes de ela ser “estabilizada” pelo art. 2º da EC n. 32/2001, cria a chamada “ultra-atividade” do pedido de suspensão. De acordo com a regra, “a suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal”.

Pretender que os *efeitos* da tutela jurisdicional *preventiva* só sejam liberados após o “trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal” é tornar vazio o exercício da função jurisdicional para os fins do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Se a maior razão de ser da atuação *urgente* do Estado-juiz é a possibilidade de debelar o *periculum in mora*, afastando as consequências indesejáveis que o *tempo* inerente ao processo

jurisdicional pode acarretar, não tem sentido vincular a efetiva proteção de um direito, quando suficientemente reconhecido existente, ao proferimento de uma decisão com base em cognição exauriente. De todas as regras relativas ao “pedido de suspensão”, a do § 9º do art. 4º da Lei n. 8.437/1992 é, por isso mesmo, a mais agressiva do “modelo constitucional do processo civil”.

Cabe, por isso mesmo, ao magistrado do caso concreto, analisando as peculiaridades da hipótese, afastar a incidência da regra.

---

**Parte II**  
**PROCEDIMIENTOS CAUTELARES**  
**ESPECÍFICOS**

# CAPÍTULO 1

## Introdução

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Capítulo I do Título Único do Livro III do Código de Processo Civil encerra com o art. 812, segundo o qual: “Aos procedimentos cautelares específicos, regulados no Capítulo seguinte, aplicam-se as disposições gerais deste Capítulo”. Em seguida, distribuídos em quinze seções, das quais a última é, inegavelmente, genérica, os arts. 813 a 889 ocupam-se de disciplinar os “procedimentos cautelares específicos”.

Longe de ser supérflua, a regra do art. 812 é importante na sistemática do Código de Processo Civil porque, como já mencionado pelo n. 1 da Introdução, é pouco clara a “verdadeira natureza” de boa parte das medidas compreendidas no Livro III. Assim, a expressa previsão constante do art. 812 tem o mérito de evidenciar que todas as medidas lá reguladas encontram, entre os arts. 796 a 812, regras a serem aplicadas subsidiariamente. A preocupação do Código de Processo Civil é, inequivocamente, voltada ao *procedimento* a ser observado por aquelas medidas.

É certo, contudo, que a aplicação subsidiária daquelas regras justifica-se com maior vigor em algumas das medidas, não por acaso, aquelas que, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, merecem ser tratadas como “verdadeiras” cautelares.

Embora não seja objetivo dos Capítulos que compreendem esta Parte discernir uma medida de outra em busca do que, à falta de melhor nome, pode ser chamado de sua “natureza *ontológica*”, a observação do parágrafo anterior não é despicienda. Muitas das conclusões, tais quais expostas, decorrem daquela distinção.

## 2. A AUSÊNCIA DE UM CRITÉRIO CLASSIFICATÓRIO UNIFORME NO LIVRO III DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Há espaço de sobra para criticar a opção feita pelo Código de Processo Civil de não distinguir, em seu Livro III, com maior rigor medidas que nada têm de “cautelares”, mas que são disciplinadas acriticamente, ao lado de tantas outras que o são. Até mesmo atividades típicas de “jurisdição voluntária” são lá previstas indistintamente como “cautelares nominadas”.

É expresso, a esse respeito, o n. 7 da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973 (v. n. 1 da Introdução), sendo certo, contudo, que, no seu Anteprojeto, o Capítulo II do Livro III era mais enxuto que aquele que acabou sendo convertido na Lei n. 5.869/1973. Eram “procedimentos cautelares específicos”, naquela oportunidade, os seguintes: “arresto”, “sequestro”, “caução”, “suspensão das deliberações sociais”, “busca e apreensão”, “exibição”, “produção antecipada de provas”, “alimentos provisionais” e “arrolamento de bens”, além das “outras medidas provisionais”, em previsão mais restritiva que a do atual art. 888 (v. Capítulo 16).

Uma explicação possível para esse verdadeiro sincretismo metodológico — expressamente reconhecido por Buzaid, convém destacar — pode ser encontrada no Código de Processo Civil de 1939.

O Livro V daquele diploma legislativo, Decreto-lei n. 1.608/1939, sob a rubrica de “processos *accessórios*”, estabelecia, em seu Título I, as “medidas preventivas” então disciplinadas pelos arts. 675 a 688.

De acordo com o art. 676 daquele diploma legislativo, sem prejuízo do disposto no art. 675, o “poder cautelar geral”, que fazia as vezes do atual art. 798 (v. Capítulo 2 da Parte II), as “medidas preventivas” podiam consistir:

- “I — no arresto de bens do devedor;
- II — no sequestro de coisa móvel ou imóvel;
- III — na busca e apreensão, inclusive de mercadorias de trânsito;
- IV — na prestação de cauções;
- V — na exibição de livro, coisa ou documento (arts. 216 a 222);

VI — em vistorias; arbitramentos e inquirições *ad perpetuam memoriam*;

VII — em obras de conservação em coisa litigiosa;

VIII — na prestação de alimentos provisionais, no caso em que o devedor seja suspenso ou destituído do pátrio poder, e nos de destituição de tutores ou curadores, e de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

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

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

No mesmo Livro V, contudo, havia uma série de outras medidas, disciplinadas nos sucessivos Títulos II a XXIII, que nunca foram identificadas pela doutrina de então como “medidas *preventivas*”, mas, bem diferentemente, como “medidas *preparatórias*” ou “medidas *conservativas*”.

É o que se dava com relação ao “depósito preparatório de ação” (art. 689); “caução” (arts. 690 a 692); “homologação do penhor legal” (arts. 693 a 696); “especialização das hipotecas legais” (arts. 697 a 703); “vendas judiciais” (arts. 704 a 706); “embargos de terceiro” (arts. 707 a 711); “atentado” (arts. 712 a 716); “falsidade de documentos” (arts. 717 a 719); “protestos, notificações e interpelações e dos protestos formados a bordo” (arts. 720 a 729); “protesto e apreensão de títulos” (arts. 730 a 734); “justificação” (arts. 735 a 738); “posse em nome do nascituro” (arts. 739 a 741); “habilitação para casamento” (arts. 742 a 745); “habilitação incidente” (arts. 746 a 753); “dinheiro a risco” (arts. 754 e 755); “vistoria de fazendas avariadas” (art. 756); “apreensão de embarcações” (arts. 757 a 761); “avaria a cargo do segurador” (arts. 762 a 764); “avarias” (arts. 765 a 768); “salvados marítimos” (arts. 769 a 771); “arribadas forçadas” (arts. 772 a 775) e “restauração de autos” (arts. 776 a 781).

Somente as “medidas *preventivas*” é que poderiam — e sem que isto represente a unanimidade da doutrina da época — ser chamadas de

cautelares. Expressa, nesse sentido, é a lição de Lopes da Costa (*Manual elementar de direito processual civil*, p. 338, com os itálicos):

“Como o juiz não pode decidir logo de início, ao lhe ser apresentada a inicial, o processo ainda demora, até que seja possível a sentença definitiva.

Durante esse intervalo, porém, pode haver nas coisas que mais tarde serão objeto da execução modificações que tornem impossível ou difícil a satisfação do direito.

Torna-se então necessário que a parte se *acautele*; é preciso *prevenir* contra aquele *risco*.

Isto se alcança com as *providências cautelares*, também chamadas *medidas preventivas*.

A medida preventiva é assim, nos mais característicos de seus tipos, uma *garantia forçada à execução de sentença futura*”.

Já as “*medidas preparatórias*”, para o mesmo processualista, só podiam ser entendidas no sentido de que “preparatória de uma ação é outra sem cuja solução a primeira não pode ser proposta. O resultado de uma é *prejudicial* à outra. Há entre ambas uma relação de *prejudicialidade*”. Elas “condicionam a propositura da ação. Sem elas a ação não pode ser proposta” (*Medidas preventivas*, p. 145, com os itálicos). O doutrinador recusava, com efeito, que o fator “tempo”, isto é, o fato de certas medidas serem “*pedidas antes ou durante* o processo” pudesse, validamente, ser indicado como critério de *discrímen* entre aquelas medidas.

Por fim, a “*medida conservativa*”, ainda em consonância com a lição de Lopes da Costa (*Medidas preventivas*, p. 158), “ao contrário da preventiva, não tem, de regra, um endereço determinado, não se dirige contra pessoa certa. Previne um dano possível, causado por força da natureza ou por ato humano. Ou constituirá um ato destinado a criar ou a impedir o perecimento de um direito”.

Apesar dessa proposta classificatória extraída do Código de Processo Civil de 1939 que buscava discernir, a partir de determinados critérios, as distintas medidas espalhadas ao longo de seu Título V, Buzaid optou, expressamente, em se valer da expressão “processo cautelar” de maneira

genérica, porque, a seu ver, teria ela a virtude de “abranger todas as medidas preventivas, conservatórias e incidentes” sob uma denominação comum.

O que é visível, portanto, é que, sob um mesmo rótulo — “processo cautelar” —, foram reunidas providências que, em outros tempos, eram classificadas — com maior ou menor exatidão; com maior ou menor rigor, isto é de menor importância para cá — separadamente.

O Código de Processo Civil de 1973 acabou tratando da matéria sem se preocupar com a distinção daquilo que, rigorosamente, deveria ser entendido como “cautelar” — assim entendidas todas as medidas “preventivas”, “preparatórias”, “conservativas” e até mesmo “incidentais” — daquilo que não é — e nunca foi, pelo menos para a tradição brasileira — “cautelar”, ao arrepio da ressalva feita pelo n. 6 de sua própria Exposição de Motivos, que evidencia “esforçar-se o projeto por aplicar os princípios da técnica legislativa, um dos quais é o rigor da terminologia na linguagem jurídica”.

Assim, o que se verifica, como resultado final, em plena consonância com o n. 23 da Exposição de Motivos, uma das mais festejadas “inovações constantes do Livro III” do CPC/73 é justamente a *ampliação* do “processo cautelar” tanto maior por força das diversas modificações experimentadas pela proposta original de Buzaid durante os trabalhos legislativos do Anteprojeto até a sua conversão na Lei n. 5.869/1973, sem que isto representasse, contudo, a observância de qualquer critério *seguro* e *uniforme* de identificação das diversas medidas que passaram a ser disciplinadas entre os arts. 796 e 889.

Resulta de todas essas considerações que a interpretação do Livro III, em especial das “cautelares nominadas”, deve ser feita com toda a sorte de cuidados e atenções justamente pelo *resultado* da junção de medidas de natureza e finalidade bastante diversas, sob um mesmo rótulo.

Mesmo que se pretendesse ver no “processo cautelar” um “terceiro gênero”, ao lado do “processo de conhecimento” e do “processo de execução” (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte II), era de rigor que se evitasse, a todo o custo, tratar *indistintamente* e, por isto mesmo, *acriticamente*, qualquer providência jurisdicional que, pelas mais variadas razões, se mostrasse merecedora de um tratamento diferenciado do Estado-juiz. Até porque o Livro IV do Código de Processo Civil de 1973, ocupa-se com uma tal disciplina sob a rubrica de “procedimentos especiais” quando a

vicissitude de específicas situações de direito material parecem ter se mostrado aptas suficientemente, para o legislador, para reclamar diferenciado trato (procedimento) no plano do processo.

O problema é ainda mais evidente nos dias atuais, depois das profundas Reformas experimentadas pelo Código em que, ao lado daquelas diversas “medidas cautelares”, admite-se a “antecipação da tutela” e a concessão de cautelar em “caráter incidental ao processo” (art. 273, § 7º; v. n. 3 do Capítulo 8 da Parte I).

É essa a razão pela qual, não obstante as ressalvas e os cuidados aqui evidenciados, a proposta dos Capítulos que compõem esta Parte é a de examinar o Capítulo II do Título Único do Livro III do Código de Processo Civil no que ele tem de mais saliente, desde a sua nomenclatura, qual seja, o seu *procedimento* (v. n. 1 da Introdução).

Até porque, vale a pena insistir, fosse suficiente, para ser “cautelar”, a observância de um *procedimento* extremamente breve, ainda mais do procedimento sumário dos arts. 275 a 281, e os “embargos à execução” e, por identidade de razões, a “impugnação” seriam também “cautelares”, conclusão que não tem — e não há por que ter — a menor adesão doutrinária e jurisprudencial. O mesmo deve ser dito, até por força de expressa remissão legislativa (arts. 939 e 1.053, respectivamente) à chamada “ação de nunciação de obra nova” e aos “embargos de terceiros” que, no Código de Processo Civil, estão disciplinados entre os “procedimentos *especiais* de jurisdição contenciosa”.

Sobre a observação do parágrafo anterior, vale o destaque de que dois outros “procedimentos especiais de jurisdição *contenciosa*”, o relativo à “habilitação” (arts. 1.055 a 1.062) e o referente à “restauração de autos” (arts. 1.063 a 1.069), também trazem expressa remissão ao *procedimento* cautelar (arts. 1.058 e 1.065, § 2º, respectivamente). Ambos, no Código de 1939, contudo, eram identificados como “processos *acessórios*”, de onde boa parte das atuais “cautelares *nominadas*” foi pinçada.

Já no âmbito dos “procedimentos especiais de jurisdição *voluntária*”, a mesma observação do parágrafo anterior tem inteira pertinência com relação às “alienações judiciais” (arts. 1.113 a 1.119) cujo parágrafo único do art. 1.119 impõe a observância do procedimento cautelar à hipótese lá prevista,

de alienação da coisa comum ao arrepio dos ditames legais, e para o “pedido de remoção e dispensa de tutor ou curador”, por força do art. 1.196.

É clara, também dessa perspectiva, a falta de critério utilizado na construção do Livro III do atual Código de Processo Civil a recomendar que o estudo das tão diversas quanto heterogêneas medidas nele disciplinadas dê-se fundamentalmente da perspectiva de seu *procedimento*. Não é por outra razão que Calmon de Passos (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, tomo I, p. 57) chega a se referir a boa parte das medidas disciplinadas por aquele Livro como “processos *topologicamente* cautelares” ou, ainda “medidas procedimentalmente *cautelares*” (op. cit., p. 63) em contraposição aos “processos *essencialmente* cautelares”.

### **3. A SUBSISTÊNCIA DAS “CAUTELARES NOMINADAS”**

É certo que, pelas razões expostas pelo n. 3 do Capítulo 2 da Parte II, ao ensejo da discussão relativa à fungibilidade entre as “cautelares *inominadas*” (o “dever-poder geral de cautela”) e as “cautelares *nominadas*”, este *Curso* assume posição no sentido de que o sistema processual civil atual, máxime quando analisado desde o seu “modelo constitucional” e à luz do instituto da “antecipação da tutela”, não precisa de qualquer tipificação para o que é chamado “processo cautelar” ou, mais amplamente, “tutela jurisdicional preventiva”. O que, do ponto de vista histórico, foi concebido para *complementar* específicas previsões do legislador acabou por se converter, pela variedade de situações não disciplinadas expressamente e, não obstante, também carentes de tutela jurisdicional, suficiente e mais funcional a um só tempo.

São bastantes dispositivos como os arts. 798 e o 273, que autorizam que o magistrado, diante de determinadas hipóteses concretas, conceda medidas aptas a tutelar suficientemente o direito das partes evitando, com isto, a perpetuação de lesões ou a imunização de ameaças. E, como visto, tutelar preventivamente para *assegurar* um resultado útil futuro ou tutelar preventivamente para conceder, desde logo, aquele mesmo resultado útil é questão que, com o devido respeito, não pode, ao menos nos dias de hoje e a

partir das premissas metodológicas eleitas para o desenvolvimento do *Curso*, ter o alcance que outrora assumiram.

De qualquer sorte, justamente porque as premissas das quais se parte e as conclusões às quais se chega não representam a unanimidade da doutrina e da jurisprudência, é coerente sublinhar a importância da previsão de “cautelares *nominadas*”, tal como fez o legislador de 1973.

Assim, não há razão para deixar de sustentar grande utilidade e praticidade nas previsões feitas pelo Livro III do Código de Processo Civil na exata medida em que viabilizam uma melhor e mais adequada tutela jurisdicional de direitos independentemente do “nome” ou do “regime jurídico” que, do ponto de vista dogmático se pode pretender emprestar a determinadas situações.

A previsão de “cautelares *nominadas*” tem o mérito de evidenciar que cabe ao magistrado conceder tutela jurisdicional em certas situações, mesmo que não se façam presentes os pressupostos autorizadores do exercício do “dever-poder geral de antecipação” e do “dever-poder geral de cautela”. Para todos os fins, mormente nos casos em que não é clara, de acordo com a doutrina, a “verdadeira natureza *cautelar* da medida”, o magistrado, diante da hipótese valorada pelo legislador, deve conceder a tutela jurisdicional tal qual lhe é requerida diante da presença dos pressupostos prévia e suficientemente valorados pelo legislador.

Correta, a propósito, a lição de José Roberto dos Santos Bedaque, para quem: “Tratando-se das cautelares típicas, normalmente já se encontra previamente determinado o *periculum in mora*, pois o legislador prevê as situações de risco em razão das quais a cautelar é admissível. É o caso do sequestro e do arresto, cuja concessão depende da efetiva ocorrência de um dos fatos descritos na lei (CPC, arts. 813 e 822). Nesses casos não compete ao julgador verificar sobre a possibilidade de dano irreparável do requerente. Esse juízo de valor é realizado pelo legislador” (*Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 175).

Trata-se, destarte, de um motivo a mais para justificar a pertinência da proposta de desenvolvimento deste volume do *Curso* anunciada desde o n. 3 da Introdução, qual seja, a de analisar, lado a lado, as chamadas “cautelares *nominadas*”, dando destaque principal às características de seu

*procedimento*, tal qual disciplinado pelo legislador para curar mais adequadamente determinadas situações de direito material pela intervenção do Estado-juiz.

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O arresto é “processo cautelar” voltado ao asseguramento do resultado útil de execuções por quantia certa contra devedor solvente.

Considerando que nelas a finalidade última da prestação da “tutela jurisdicional *executiva*” é a expropriação de bens componentes do patrimônio do executado para satisfazer o crédito do exequente (arts. 612 e 646), disponibiliza, o legislador, nos arts. 813 a 821, um *procedimento* próprio para evitar que a dissipação do patrimônio do executado comprometa, em alguma medida, o atingimento daquele objetivo. É para tal finalidade que concebeu-se a “cautelar de arresto”.

A tendência do arresto, por isso mesmo, é a de converter-se em penhora como expressamente prevê o art. 818 (v. n. 8, *infra*). Tanto assim que se, por outro meio, o resultado útil da execução por quantia certa contra devedor solvente já estiver garantido, não há *interesse* no arresto de que se ocupam os dispositivos legais aqui examinados (STJ, 3ª Turma, REsp 703.884/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 23.10.2007, DJ 8.11.2007, p. 225).

É comum a doutrina distinguir o arresto a que se refere o Livro III do Código daquele que é previsto nos arts. 653 e 654 do Livro II do mesmo Código. Este, uma “pré-penhora” (v. n. 3.2 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 3); aquele, uma autêntica *cautelar*.

Com o devido respeito às opiniões em sentido contrário, não há razão para distinguir, dessa perspectiva, as medidas. Ambas têm como finalidade última a *penhora* do bem do executado que, uma vez avaliado e alienado, satisfará o direito do exequente. São, por isso mesmo, atos inegavelmente *executivos*, que preparam a execução por quantia certa contra devedor solvente, que se baseia fundamentalmente, na realização do “princípio da patrimonialidade” de que dá notícia o n. 3.3 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 3.

A circunstância de o arresto dos arts. 813 a 821 pressupor um “processo” próprio e constituir, de acordo com a doutrina tradicional, uma “ação” própria enquanto a providência prevista nos arts. 653 e 654 ser mero *incidente* ou *pedido incidental* não resiste às críticas feitas pelos ns. 2 e 3 do Capítulo 1 da Parte II. Mais ainda, quando é o inciso III do art. 615 quem expressamente admite que, no “processo de execução”, sejam pleiteadas (e concedidas) “medidas acautelatórias urgentes”. Por que não entender que a providência admitida pelos arts. 653 e 654 seja um destes casos, em que o arresto pode (e deve) ser concedido *incidentalmente* à execução quando presentes seus respectivos pressupostos?

Trata-se, contudo, de uma falsa questão ao menos tendo em conta as modificações *estruturais* promovidas no âmbito do Código de Processo Civil pelas suas sucessivas Reformas, mormente quando o estudo assume como premissa fundamental o “modelo constitucional do processo civil”. O que distingue o “arresto” do Livro III do Código de Processo Civil do “arresto” do Livro II do mesmo Código são os *pressupostos* de sua concessão, o que, de sua parte, é de nenhuma importância, já que o inciso IV do art. 813 prevê o arresto em outros casos autorizados pela lei.

## 2. BENS ARRESTÁVEIS

Considerando a finalidade última do arresto, revelada pelo número anterior, importa colocar em destaque que os bens *arrestáveis* devem ser passíveis de *penhora*. Só se arresta o que, de acordo com o sistema processual civil, é penhorável, observando-se, portanto, o que dispõem, a respeito, o art. 649 (bens *absolutamente* impenhoráveis; v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 3) e o art. 650 (bens *relativamente* impenhoráveis; v. n. 3 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 3). A *ordem* dos bens a serem arrestados, por sua vez, deve observar *preferencialmente* aquela do art. 655 (v. n. 4 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 3).

É essa a razão pela qual o art. 821 determina a aplicação ao arresto das “disposições referentes à penhora, não alteradas na presente Seção”.

A aplicação da disciplina da penhora ao arresto significa também a necessidade de observância dos atos relativos à sua *documentação* (v. n. 5 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 3) e às relativas ao *depósito* dos bens arrestados (v. n. 6 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 3) observando-se, a

respeito, também a diretriz da Súmula 319 do STJ segundo a qual “o encargo de depositário de bens penhorados pode ser expressamente recusado”.

A realização de um arresto *online*, a exemplo do que o *caput* do art. 655-A permite para a penhora, não pode ser descartada, como já teve oportunidade de decidir a 11ª Câmara de Direito Privado do TJSP quando do julgamento do AI 7.182.852-5, rel. Des. Gilberto dos Santos, j.un. 26.9.2007, em *Boletim da AASP* 2.583, p. 1543.

Tendo em vista a finalidade última da medida, não há como afastar aprioristicamente que a avaliação dos bens arrestados mostre-se necessária para constatação da *suficiência* da garantia determinada. As regras a serem observadas para tanto são as mesmas do Livro II do Código, com especial destaque, à competência reconhecida ao oficial de justiça pelo art. 143, V, para desempenhar esta tarefa em nome de uma maior *eficiência* processual. Consoante o resultado da comparação entre o valor dos bens arrestados e do valor a ser perseguido pelo credor, reduz-se ou amplia-se o arresto, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 685 (v. n. 12 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 3).

### 3. PETIÇÃO INICIAL

Os arts. 813 e 814 veiculam as regras específicas para o arresto, sendo correto o entendimento de que os dispositivos tratam, respectivamente, do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Por se tratar de “cautelar *nominada*”, contudo, importa destacar que, para sua concessão (antecipadamente ou a final, isso não faz diferença), impõe-se o preenchimento das exigências feitas pelo legislador.

A discussão quanto aos referidos dispositivos comportarem, ou não, flexibilização ou interpretação ampliativa, admitindo-se, conseqüentemente, o arresto em outras hipóteses que não as autorizadas pelos dispositivos aqui examinados, conduz ao mesmo questionamento relativo à viabilidade de o magistrado, no exercício do “dever-poder geral de cautela”, determinar o arresto de bens sem observância do que exigem os arts. 813 a 821.

Para este *Curso*, como se lê do n. 3 do Capítulo 2 da Parte II, a resposta é positiva, máxime quando o art. 798 é interpretado, como deve ser, a partir do “modelo constitucional do processo civil”, como algo inerente à própria razão de ser do exercício da função jurisdicional. Admitindo a interpretação

ampla do art. 813 para esse fim, são os seguintes julgados do STJ: 3ª Turma, REsp 909.478/GO, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 9.8.2007, DJ 27.8.2007, p. 249; 3ª Turma, REsp 709.479/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 15.12.2005, DJ 1.2.2006, p. 548; 1ª Turma, REsp 170.272/RO, rel. Min. Garcia Vieira, j.un. 8.6.1999, DJ 2.8.1999, p. 145; e 4ª Turma, REsp 123.659/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j.un. 9.6.1998, DJ 21.9.1998, p. 175.

A petição inicial do arresto, à falta de regras próprias ou diferenciadas, deverá observar o disposto no art. 801, suficientes, a seu respeito, as considerações que ocupam o n. 3 do Capítulo 3 da Parte II. A viabilidade de o autor requerer a *antecipação* dos efeitos da sentença concessiva do arresto, isto é, a sua concessão *liminar*, é estudada pelo n. 4, *infra*.

### **3.1. *Periculum in mora***

De acordo com o art. 813, é possível ao credor pedir o arresto de bens do devedor nos seguintes casos:

(a) quando o devedor sem domicílio certo pretende ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado (art. 813, I).

(b) quando o devedor, que tem domicílio certo, ausenta-se ou tenta ausentar-se às escondidas dele (art. 813, II, “a”).

(c) quando o devedor, que tem domicílio certo, torna-se insolvente e aliena ou tenta alienar os bens que possui, contrai ou tenta contrair dívidas acima de sua capacidade de pagamento; coloca ou tenta colocar os bens que possui em nome de terceiros ou, de forma ampla, pratica qualquer ato que possa frustrar a execução ou, em alguma medida, lesar o direito de seus credores (art. 813, II, “b”).

(d) quando o devedor tenta alienar, hipotecar ou dar em anticrese seus bens de raiz, isto é, os bens imóveis (arts. 79 a 81 do Código Civil), sem manter, em seu patrimônio, bens suficientes, livres de quaisquer ônus, para pagamento de suas dívidas. O inciso III do art. 813 refere-se à constituição de direitos reais de garantia (art. 1.419 do Código Civil) como forma de frustrar as expectativas de pagamento dos credores quirografários.

(e) Em outros casos previstos pela lei. O inciso IV do art. 813 traz à baila, dentre outros, os seguintes casos que também autorizam o arresto:

(e.1) Os arts. 653 e 654, que o admitem quando não encontrado o executado nas diligências citatórias da execução por quantia certa fundada em título executivo extrajudicial (v. n. 1, *supra*).

(e.2) O § 1º do art. 1.997 do Código Civil, que determina a “reserva de bens” pelo inventariante para pagamento de dívidas da herança, hipótese disciplinada também pelo art. 1.018, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

(e.3) Os arts. 136 e 137 do Código de Processo Penal permitem o arresto de bens imóveis e móveis do responsável para o asseguramento do resultado útil da chamada “ação civil *ex delicto*” calcada no art. 91, I, do Código Penal. É importante destacar que a atual redação dos dispositivos, dada pela Lei n. 11.435/2006, refere-se, corretamente, às hipóteses por ele descritas como casos de “arresto” e não de “sequestro”, como na redação original, de 1941.

(e.4) Apesar de o art. 16 da Lei n. 8.429/1992, a “lei da probidade administrativa”, também referir-se indistintamente a *sequestro* de bens, é correto o entendimento, à luz do que dispõe o parágrafo único do art. 7º daquele mesmo diploma legislativo, de que é viável o *arresto* de bens dos acusados da prática dos atos repelidos por aquela lei com vistas a viabilizar uma execução frutífera das penas pecuniárias passíveis de aplicação.

(e.5) O art. 14, § 4º, da Lei n. 4.717/1965, a “lei da ação popular”, também se refere a um “efeito *anexo*” da sentença que reconhece a prática de ato nulo ou anulável para os fins daquele diploma legal, dispondo que bens e valores do réu ficam sujeitos à penhora e ao sequestro “desde a prolação da sentença condenatória”. No que diz respeito à garantia da execução para pagamento de quantia certa, não há por que deixar de interpretar como “arresto” a menção legal a “sequestro”.

(e.6) De acordo com o art. 114 da Lei n. 8.213/1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social: “Salvo quanto a valor devido à Previdência Social e a desconto autorizado por esta Lei, ou derivado da obrigação de prestar alimentos reconhecida em sentença judicial, o benefício não pode ser objeto de penhora, arresto ou sequestro, sendo nula de pleno direito a sua venda ou cessão, ou a constituição de qualquer ônus sobre ele, bem como a outorga de poderes irrevogáveis ou em causa própria para o seu recebimento”.

“Ausente a demonstração dos requisitos do art. 813 do CPC e não tendo o requerente prestado caução, inviável a determinação de Medida Cautelar de Arresto” é o que decidiu, com acerto, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na ACi 70033001355-Jaguarão-RS, rel. Des. Paulo Sergio Scarparo, j.un. 21.1.2010, em *Boletim AASP* n. 2.684, 14 a 20 de junho de 2010.

### **3.2. *Fumus boni iuris***

O art. 814, de sua parte, indica o que, para a teoria geral apresentada pelo n. 3.4 do Capítulo 3 da Parte II, faz as vezes do *fumus boni iuris*.

De acordo com o dispositivo, o credor deverá apresentar ao magistrado a prova literal da dívida líquida e certa (art. 814, I) e a demonstração da ocorrência de ao menos um dos casos dos incisos do art. 813 (art. 814, II).

A “prova literal” é o suporte físico da obrigação não se confundindo com os atributos da “dívida”, isto é, da obrigação, quais sejam, sua *liquidez* (possibilidade de identificação do *quantum debeatur*) e sua *certeza*, consistente na *existência* da obrigação (*an debeatur*).

Assim, prova literal de dívida líquida e certa é o documento que retrata obrigação ainda não exigível e, por isso mesmo, ainda não passível, de tutela jurisdicional executiva (art. 586; v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 3). Se a obrigação, além daqueles atributos, fosse também *exigível*, o credor poderia, desde logo, requerer a penhora dos bens do devedor, observando o procedimento dos arts. 475-J, § 3º, e 652, § 2º.

O parágrafo único do art. 814 refere-se à sentença que impõe ao devedor o pagamento de dinheiro ou de prestação que em dinheiro possa converter-se, mesmo que sujeita a recurso e pendente, se for o caso, de liquidação, como “prova literal da dívida líquida e certa”. O dispositivo, que tem redação dada pela Lei n. 10.444/2002, busca salvaguardar o interesse do credor da obrigação nos casos em que o efeito suspensivo da apelação (ou, se for o caso, o efeito suspensivo concedido *ope judicis* ao recurso especial e/ou ao recurso extraordinário) impede o início da execução. Não fosse pela presença daquele efeito e a hipótese seria de “execução provisória”, desnecessária a medida aqui examinada. Também se volta a proteger o interesse do credor nos mesmos casos referidos pelo parágrafo único do art.

814 a “hipoteca judiciária” do inciso II do parágrafo único do art. 466 (v. n. 10.1 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I).

No que diz respeito à demonstração de pelo menos uma das hipóteses do art. 813, analisadas pelo número anterior, importa dar destaque à possibilidade da designação de uma “audiência de justificação” quando os documentos trazidos pelo autor com sua petição inicial não forem suficientes, por si só, para formação do convencimento do magistrado acerca de sua ocorrência.

## 4. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO

Superado o juízo de admissibilidade da petição inicial, que, em se tratando de arresto, não traz nenhuma peculiaridade, o magistrado poderá determinar a realização de uma “audiência de justificação” para colher a prova *oral* das hipóteses do art. 813 quando o caso impuser a antecipação da tutela pretendida pelo autor, isto é, a concessão do arresto *antes e independentemente* da prévia oitiva do réu.

A designação da audiência pressupõe, destarte, além da *urgência* na concessão da medida — um *periculum in mora* ainda mais intenso do que o que justifica, a final, a concessão do arresto, proferindo sentença de “procedência da cautelar” (v. n. 8 do Capítulo 3 da Parte II) —, que os documentos que acompanham a petição inicial não sejam suficientes para convencer o magistrado da ocorrência de pelo menos uma das situações valoradas expressamente pelo legislador no art. 813 e que por força destes mesmos documentos ou, até mesmo, pelas alegações constantes da petição inicial, o magistrado entenda que há espaço para que seja produzida prova *oral* para aquela finalidade. Não fosse por isso e o magistrado não designaria a audiência de justificação, deixando a produção de eventuais provas para depois da apresentação das respostas pelo réu.

O art. 815, ao se referir a esta audiência, chamando-a de “justificação prévia”, destaca que ela será realizada “em segredo e de plano, reduzindo-se a termo o depoimento das testemunhas”.

A falta de publicidade da audiência, a despeito do texto da lei, impõe a ocorrência de alguma situação extraordinária, sob pena de agredir o art. 5º, LX, da Constituição Federal, ao qual é afinada a norma genérica do art. 155 do Código de Processo Civil (v. n. 11 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

O art. 816 dispensa a “justificação prévia” em dois casos: quando o arresto for pleiteado pela União, Estado ou Município, nos casos previstos em lei (inciso I), ou quando o credor prestar caução (inciso II).

As duas hipóteses merecem exame atento, porque sua leitura isolada tende a atritar com o “modelo constitucional do direito processual civil”.

Mesmo quando a *lei* autoriza a dispensa da audiência de justificação quando o requerente do arresto é alguma pessoa ou entidade de direito público, é mister identificar algum motivo capaz de justificar o tratamento diferenciado sob pena de agressão ao “princípio da isonomia”. Sustentar, como comumente se faz, que os atos praticados por aquelas pessoas ou entidades tem presunção de veracidade, a dispensar qualquer prova sobre a *necessidade* concreta da concessão *imediata* do arresto, não satisfaz a exigência derivada da Constituição porque a referida presunção não pode ser oposta à necessidade da intervenção jurisdicional e ao amplo controle judicial dos atos administrativos.

De outro lado, autorizar a concessão *antecipada* do arresto independentemente da audiência de justificação porque o credor apresenta caução é prestigiar aquele que detém melhores condições financeiras em detrimento dos menos abonados. Também há, destarte, agressão ao princípio da isonomia. O oferecimento de caução para fins de arresto, destarte, deve observar a diretriz genérica que decorre do art. 804, assunto ao qual se volta o n. 3.8 do Capítulo 3 da Parte II.

## 5. CITAÇÃO E RESPOSTAS DO RÉU

O réu (ou réus, em se tratando de litisconsórcio passivo) será citado para responder o pedido do autor em cinco dias, observando-se, no particular, o exposto pelos ns. 5 e 5.1 do Capítulo 3 da Parte II.

Sem prejuízo das questões *preliminares* (art. 301), sua resistência, que será exteriorizada na contestação, consiste na alegação (e demonstração) de que não se fazem presentes os pressupostos autorizadores do arresto, isto é, as hipóteses valoradas pelo legislador nos arts. 813 e 814 que, por força do que expõe o n. 4 do Capítulo 1 da Parte II, consiste no *mérito* a ser julgado pelo magistrado.

Independentemente da *citação* e do prazo para resposta, caberá ao réu, nos casos em que houver concessão de “liminar”, sendo *intimado* dela,

apresentar, querendo, recurso de agravo de instrumento. O recurso de agravo na sua modalidade retida deve ser afastado por ausência de interesse recursal (v. n. 9.1 do Capítulo 3 da Parte II).

O mais correto, à luz do “modelo constitucional do direito processual civil”, é que o réu se manifeste perante o juízo da primeira instância para que, realizados a ampla defesa e o contraditório — nos limites da “cognição sumária”, típica do Livro III do Código —, o magistrado confirme ou modifique a anterior decisão antecipatória da tutela. A prática, contudo, talvez mais preocupada com discussões relativas à ocorrência de alguma preclusão, mostra que o pedido de retratação acaba tomando as vestes da apresentação do recurso de agravo de instrumento à primeira instância para os fins do *caput* do art. 526 (v. n. 3.3 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5).

## 6. FASES ORDINATÓRIA E INSTRUTÓRIA

Apresentadas as respostas do réu ou certificada a sua revelia, passa-se às fases amalgamadas no art. 803 e no seu respectivo parágrafo único, isto é, as fases ordinatória e instrutória.

Não há, em se tratando de arresto, nenhuma peculiaridade digna de destaque, sendo suficientes, por isso mesmo, as considerações expostas pelos ns. 6 e 7 do Capítulo 3 da Parte II.

## 7. SENTENÇA E COISA JULGADA

A sentença proferida no “processo cautelar de arresto” não traz nenhuma especificidade, razão pela qual são suficientes as considerações feitas pelo n. 8 do Capítulo 3 da Parte II. Dela caberá apelação que será recebida *sem* efeito suspensivo (art. 520, IV), confirmando-se ou não — e de imediato — anterior decisão antecipatória da tutela jurisdicional relativa ao arresto.

Importa frisar, a respeito, que o arresto de bens do devedor é fato gerador da presunção de sua *insolvência*, dando ensejo ao cabimento de uma “execução por quantia certa contra devedor insolvente”, nos termos do art. 750, II.

Também não há nada de diferente em relação à “coisa julgada *material*”. O art. 817, ao prescrever que, “ressalvado o disposto no art. 810, a sentença proferida no arresto não faz coisa julgada na ação principal”, nada diz além

do que o próprio art. 810 suficientemente disciplina (v. n. 10 do Capítulo 1 da Parte II).

## 8. CONVERSÃO DO ARRESTO EM PENHORA

O arresto, em plena consonância com a ideologia do Livro III do Código (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte II), vincula-se intimamente com a sorte do “processo principal”.

É essa a razão pela qual o art. 818 dispõe que o arresto converte-se em penhora quando “julgada procedente a ação principal”, isto é, quando for reconhecido jurisdicionalmente o direito de crédito reclamado pelo autor, constituindo-se, com isso, título executivo *judicial* que habilitará o credor à promoção da execução por quantia certa contra o devedor solvente em face do devedor, observando-se o disposto no art. 475-J.

A “ação principal” deve ser ajuizada no prazo de trinta dias a contar da efetivação, isto é, do cumprimento do arresto (art. 806; v. n. 9 do Capítulo 9 da Parte II). Quando o arresto é concedido antecipadamente, é deste instante procedimental que começa a fluir aquele prazo. Quando é a sentença que, acolhendo o pedido do autor, concede a medida, é da sua concretização — sempre *ciente* o réu — que tem início o prazo, não sendo óbice, para tanto, a apresentação de eventual recurso de apelação diante da regra do art. 520, IV (v. n. 7, *supra*). Havendo, pelas razões expostas pelo n. 1 do Capítulo 4 da Parte II, atribuição *ope judicis* do efeito suspensivo (art. 558, parágrafo único), a fluência do prazo do art. 806 fica também obstada.

Ainda que o arresto seja concedido de forma mais dilargada, isto é, com base no “dever-poder geral de cautela” do art. 798, e não, propriamente, a partir dos pressupostos exigidos pelos arts. 813 e 814 (v. ns. 3.1 e 3.2, *supra*), não há razão para flexibilizar ou para contar diferentemente o prazo a que se refere o art. 806 e as consequências de sua não observância.

## 9. SUSPENSÃO

O art. 819 prevê duas hipóteses em que a “execução do arresto” ficará suspensa, isto é, situações em que o arresto dos bens do devedor não gerará quaisquer efeitos, inclusive a sua conversão em penhora: quando o devedor pagar ou depositar em juízo a importância da dívida acrescida dos

honorários advocatícios arbitrados pelo magistrado e as custas processuais (art. 819, I) ou quando o devedor der fiador idôneo ou prestar caução para garantia da dívida observados os mesmos parâmetros (art. 819, II).

As hipóteses são plenamente justificáveis levando em conta a *finalidade* do arresto (v. n. 1, *supra*). Em ambos os casos, a garantia objetivada pelo credor é plenamente atendida independentemente da constrição pretendida sobre o patrimônio do devedor.

Os acréscimos referidos no dispositivo são harmônicos com a previsão art. 659, *caput*, e, em última análise, com a própria finalidade da execução por quantia certa contra devedor solvente: “A penhora deverá incidir em tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios”.

## 10. CESSAÇÃO

De acordo com o inciso I do art. 820, tem fim o arresto quando o devedor pagar o que deve ao credor.

Se por novação (art. 360 do Código Civil) ou por transação (art. 840 do Código Civil), o devedor obtiver a extinção da dívida, também cessa o arresto nos termos dos incisos II e III do art. 820, respectivamente.

Também aqui as hipóteses previstas pela lei justificam-se à luz da finalidade do arresto e seu papel de garantir, em última análise, os resultados úteis, isto é, sensíveis no plano *material*, da execução por quantia certa contra devedor solvente.

A concessão do arresto também perderá sua eficácia nas hipóteses dos arts. 808 (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte II), aplicável, para o caso, o disposto no art. 806 (v. n. 8, *supra*).

# CAPÍTULO 3

## Sequestro

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O “sequestro” de que tratam os arts. 822 a 825, que compõem a Seção II do Capítulo II do Livro III do Código de Processo Civil, relaciona-se às execuções das obrigações de dar *coisa* da mesma forma que o arresto vincula-se às obrigações de pagamento de quantia.

O objetivo da medida, tal qual prevista pelo legislador processual civil, é o de garantir a guarda e a conservação de coisas enquanto o credor aguarda o instante oportuno para a sua execução, isto é, para o cumprimento forçado, mediante a necessária intervenção jurisdicional, da obrigação. Trata-se, nessa perspectiva, de uma cautelar intimamente vocacionada à obtenção do resultado útil de um “outro processo”, bem ao sabor da ideologia clássica das cautelares em geral (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte II).

Tanto assim que pode haver *conexão* entre a “cautelar de sequestro” e a chamada “ação pauliana”, isto é, pedido de anulação de alienação realizada em fraude contra credor (arts. 158 a 165 do Código Civil) quando ambas se voltem à proteção de um mesmo bem. Nesse sentido: STJ, 2ª Seção, CC 74.528/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j.un. 14.5.2008, DJe 4.8.2008.

### 2. PERICULUM IN MORA

O art. 822 é o único dispositivo que traz regra própria para a formalização do pedido de sequestro ao Estado-juiz. A exemplo do entendimento reservado, pelo n. 3.1 do Capítulo 1, para o art. 813, a hipótese é a de indicação, pelo legislador, do perigo que justifica a prática do ato de apreensão de determinados bens, independentemente da sorte do “processo principal” e, até mesmo, *preparatoriamente* a ele.

De acordo com o dispositivo, é cabível o sequestro “de bens móveis, semoventes ou imóveis, quando lhes for disputada a propriedade ou a posse,

havendo fundado receio de rixas ou danificações” (art. 822, I); “dos frutos e rendimentos do imóvel reivindicando, se o réu, depois de condenado por sentença ainda sujeita a recurso, os dissipar” (art. 822, II); “dos bens do casal, nas ações de separação judicial e de anulação de casamento, se o cônjuge os estiver dilapidando” (art. 822, III) e “nos demais casos expressos em lei” (art. 822, IV).

Com relação aos três primeiros incisos do art. 822 cabe acentuar que, em todos, é comum a preocupação do legislador com o proveito útil a ser alcançado pela “medida cautelar” aqui estudada. O receio de danificação, de perda ou de extravio de determinados bens, devidamente identificados, diante das situações ocorrentes no plano material identificadas nos dispositivos, dá margem ao seu *sequestro* com vistas à sua *conservação* até ulterior deliberação jurisdicional.

O inciso IV do art. 822 remonta às diversas situações em que o sequestro é admitido pelo sistema normativo.

De acordo com o art. 125 do Código de Processo Penal, “cabará o sequestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro”, sendo suficiente para tanto que haja “indícios veementes da proveniência ilícita dos bens” (art. 126 do Código de Processo Penal).

É o que se verifica, outrossim, com o art. 16 da Lei n. 8.429/1992 com relação aos bens ilicitamente acrescidos ao patrimônio de quem pratica ou induz à prática dos atos de improbidade administrativa (art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992).

Também é o que se dá com o art. 14, § 4º, da Lei n. 4.717/1965, a “Lei da Ação Popular”, que, a despeito do que sustenta o n. 3.1 do Capítulo 1, pode também se referir a coisas específicas e, nesse sentido, passíveis de serem sequestradas, como sustenta Sérgio Shimura (*Arresto cautelar*, p. 254).

No âmbito da “execução contra a Fazenda Pública”, o sequestro é admitido nos casos de *preterição* de pagamento ou de não alocação orçamentária ao valor necessário à satisfação do crédito respectivo (art. 100, § 6º, da Constituição Federal e art. 731 do CPC; v. n. 10 do Capítulo 8 da Parte II do vol. 3) ou nos casos de não pagamento dos valores sujeitos à moratória imposta pelo art. 78 e, mais recentemente, pelo “regime especial” de pagamentos autorizados pelo art. 97 do ADCT (art. 78, § 4º, e art. 97, §

10, I do ADCT; v. n. 12 do Capítulo 8 da Parte II do vol. 3). É certo, contudo, que a medida, pelas razões expostas nos locais apontados, tem natureza inegavelmente *satisfativa*, não meramente *acautelatória* como as situações aqui examinadas. Trata-se, a bem da verdade, de um dos casos em que, sob a denominação de uma “cautelar”, o sistema processual civil prevê tutelas jurisdicionais diferenciadas diante das peculiaridades do direito material (v. n. 1 da Introdução).

### 3. PROCEDIMENTO

O art. 823 reserva ao sequestro o mesmo *procedimento* que a Seção I do Capítulo II do Livro III do Código disciplina para o arresto.

A regra, contudo, é inócua porque nada há nos arts. 813 a 821 que reserve ao *procedimento* do arresto qualquer peculiaridade, aplicando-se, por isso mesmo, a disciplina geral derivada dos arts. 800 a 804.

Assim, a aplicação “ao sequestro, no que couber, [d]o que este Código estatui acerca do arresto”, impõe que o disposto nos referidos artigos seja adaptado para o sequestro, que pressupõe bem *certo* a ser perseguido pela prática de atos jurisdicionais, e não qualquer parcela de patrimônio penhorável do devedor.

Tanto que, diferentemente do que se dá para o arresto, a *sentença* concessiva do sequestro não significa que os bens sequestrados devam ser *penhorados*. Muito pelo contrário, eles devem ser, consoante o desfecho do “processo principal”, *entregues* ao credor, visando, com isso, a satisfação de seu direito. O “sequestro” dos bens para os fins do art. 822, com efeito, pretende evitar a sua deterioração até o resultado a ser obtido naquele âmbito.

Suficientes, por isso mesmo, as considerações expostas pelo Capítulo 3 da Parte II, quanto ao *procedimento* padrão do “processo cautelar”, ressaltando, apenas, que não existe nenhum óbice apriorístico à antecipação dos efeitos da sentença que concede o sequestro, quando presentes os pressupostos autorizadores do art. 804, observando-se, no particular, o disposto no art. 815 com relação à necessidade de designação de audiência de justificação (v. n. 3.8 do Capítulo 3 da Parte II).

Aplica-se ao sequestro o disposto no art. 806. Assim, o beneficiário da medida, quando concedida de maneira *preparatória*, deve propor a “ação

principal” no prazo de trinta dias contados de sua efetivação. Se o sequestro for concedido, *antecipadamente*, o prazo legal flui a partir de então, independentemente do proferimento da *sentença* no “processo cautelar”.

## 4. DEPÓSITO

O art. 824 disciplina o *depositário* dos bens sequestrados. Sua figura é indispensável em se tratando de sequestro mercê da finalidade da medida, tal qual expõe o n. 1, *supra*.

A regra é de que o magistrado nomeie quem desempenhará aquela tarefa. Pode ocorrer, contudo, de a escolha recair sobre pessoa indicada pelas partes de comum acordo (art. 824, I) ou sobre uma das partes, desde que o magistrado reconheça-a como mais bem indicada a desempenhar adequadamente a função, mediante o oferecimento de garantias ou caução idônea (art. 824, II).

Nomeado o depositário e assinado o termo respectivo, os bens serão entregues a ele, como impõe o art. 825. Havendo resistência na entrega dos bens por quem atualmente os possui, poderá haver requisição de força policial pelo depositário, ressalva expressamente feita pelo parágrafo único do art. 825, que não inibe, diante do disposto no art. 125, III, determinação oficiosa do magistrado para esse mesmo fim.

A exigibilidade do bem do depositário independe da observância do *procedimento* disciplinado pelos arts. 901 a 906, voltados a regular a “ação de depósito”, aplicando-se, para tanto, o disposto no § 3º do art. 666, medida que vai ao encontro do princípio da economia e eficiência processuais (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). A prisão civil lá prevista, contudo, é técnica executiva que deve ser afastada para a hipótese diante da derrogação do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, consoante a demonstração que faz o n. 6.3 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 3, sem prejuízo, aqui, da lembrança da Súmula Vinculante n. 25 do Supremo Tribunal Federal: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”, da Súmula 419 do Superior Tribunal de Justiça: “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel” e da Súmula 19 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Vedada a prisão por infidelidade (STF, Súmula 25) é admissível a remoção de bem penhorado”.

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O procedimento previsto nos arts. 826 a 838 deve ser entendido como a medida que alguém que deve prestar caução ou que pode exigi-la tem a seu dispor para tanto: provoca-se o Estado-juiz para que sua intervenção decida a respeito da prestação ou do recebimento da caução por alguém.

Nesse sentido, é irrecusável a constatação de que existe um quê de satisfatividade na medida, embora sua disciplina encontre-se no Livro III do Código de Processo Civil, o que é suficiente para, atento à ideologia tradicional das “verdadeiras cautelares” (v. n. 1 do Capítulo 1 da Parte II), duvidar de que a medida, não obstante o local de sua disciplina no Código, seja mesmo um caso de “cautelar”.

Também não há razão para negar que a prestação de caução *incidental* em algum processo dispensa a observância do procedimento aqui estudado, suficiente, para tanto, que seja dada oportunidade de manifestação a ambas as partes, sobre a necessidade e a suficiência da garantia prestada, em atenção ao princípio do contraditório.

É o que se dá, por exemplo, nos casos dos arts. 475-O, III (para a “execução provisória”); 690 (para o pagamento da arrematação); 701, § 1º (para aquisição de imóvel de bem de incapaz); 745, § 2º (para imissão na posse pelo credor nos embargos por retenção); 816, II (para a concessão do arresto); 819, II (para a suspensão do arresto); 824, II (para escolha do depositário dos bens sequestrados); 925 (para a imissão na posse pelo autor desprovido de recursos) e 940 (para o prosseguimento de obras embargadas), observando-se, em todas essas hipóteses, as considerações feitas pelo n. 5 do Capítulo 2 da Parte II.

O mesmo deve ser reservado quando a caução puder ser determinada de ofício pelo magistrado, como se dá, a título de “contracautela”, nos arts. 799, 804 e 805, e, para fazer referência à Lei n. 11.340/2006, que coíbe a

violência doméstica e familiar contra a mulher, nos casos de seu art. 24, IV, segundo o qual, “para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente” (...) a “prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida”. A atuação oficiosa do magistrado em tais casos é assegurada pelo § 1º do art. 19 do mesmo diploma legislativo (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte II).

O Código de Processo Civil distingue, nos seus arts. 829 e 830, quem é o requerente da caução: se aquele que deve prestá-la ou quem deve recebê-la. É o caso de estudar separadamente cada uma das hipóteses.

## 2. POR INICIATIVA DE QUEM DEVE PRESTAR A CAUÇÃO

De acordo com o art. 829, o pedido de caução por quem deve prestá-la deve ser apresentado ao magistrado competente (art. 800; v. n. 3.1 do Capítulo 3 da Parte II) em petição da qual deve constar:

(a) o valor a caucionar;

(b) o modo pelo qual a caução vai ser prestada. A exigência traz à tona o disposto nos arts. 826 a 828.

A caução, de acordo com o art. 826, pode ser “real”, quando recair sobre bens, ou “fidejussória”, quando consistir na indicação de um fiador que se responsabilize pela sua prestação.

O art. 827 prevê que a caução seja prestada mediante depósito em dinheiro, papéis de crédito, títulos da União ou dos Estados, pedras e metais preciosos, hipoteca, penhora e fiança quando não houver lei específica que imponha a espécie a ser empregada.

Por fim, o art. 828 admite que a caução seja prestada pelo interessado, isto é, por quem participa ou deve participar do processo na qualidade de *parte* para os fins dos arts. 829 e 830, ou por terceiro, assim entendido aquele que não é parte;

(c) a estimativa do valor dos bens, quando se tratar de caução *real*;

(d) a prova da suficiência da caução, independentemente de sua natureza, ou da idoneidade do fiador, em se tratando de caução fidejussória;

(e) o pedido de citação da pessoa a favor de quem a caução será prestada.

O réu será citado para, no prazo de cinco dias, aceitar a caução tal qual oferecida ou, caso contrário, contestar o pedido (art. 831).

Se o réu aceitar a caução, o magistrado proferirá sentença desde logo, o que é expressamente autorizado pelo inciso II do art. 832.

Se contestar, o magistrado designará audiência de instrução e julgamento (art. 833), salvo se entender que o caso comporta “julgamento antecipado”, quando proferirá sentença (arts. 832, III, e 833).

Pode acontecer também de o réu deixar de contestar, tornando-se revel. Nesse caso, o magistrado poderá proferir sentença desde logo (art. 832, I). Apesar do texto do dispositivo, a melhor interpretação para a hipótese é a de que o “julgamento antecipado” pressupõe que o pedido do autor independa de quaisquer outras provas ou alegações, da mesma forma que o n. 11 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 2, tomo I, propõe seja interpretado o art. 319.

Sendo acolhido o pedido, o magistrado fixará a caução e assinará o prazo que ela deve ser prestada, identificando eventuais diligências a serem cumpridas.

Caso a sentença não seja cumprida, o magistrado considerará não prestada a caução (art. 834, parágrafo único, I), decorrendo daí as consequências que, no plano processual ou no plano material, devem advir pela falta da caução.

### **3. POR INICIATIVA DE QUEM DEVE RECEBER A CAUÇÃO**

O art. 830 disciplina a hipótese de aquele a quem a caução deve ser prestada tomar a iniciativa de exigí-la jurisdicionalmente em face de quem deve prestá-la. Trata-se da situação oposta àquela com a qual se ocupa o art. 829.

Neste caso, o autor formulará petição inicial em que requererá a citação do réu para que preste a caução devida, sob pena de incidir na sanção prevista na lei ou no contrato pela sua falta.

O réu será citado para, no prazo de cinco dias, prestar a caução ou contestar o pedido (art. 831).

Não havendo contestação e sendo legítima a presunção da veracidade dos fatos alegados pelo autor (v. n. 2, *supra*), o magistrado proferirá desde logo a sentença (art. 832, I).

Se o réu deixar de contestar porque presta a caução pretendida pelo autor, que com ela concorda, o magistrado também proferirá sentença (art. 832, II).

Havendo contestação, o magistrado instruirá o processo, designando, se for o caso, audiência de instrução e julgamento (art. 833) ou proferirá a sentença quando sentir-se habilitado para tanto, por entender desnecessária a produção de qualquer outra prova (arts. 832, III, e 833).

O acolhimento do pedido significa a fixação, pelo magistrado, de prazo para que o réu preste a caução devida (art. 834, *caput*). Se não prestá-la, o réu fica sujeito à sanção prevista para a hipótese — legal ou contratual; material ou processual —, consoante o caso (art. 834, parágrafo único, II).

## 4. REFORÇO

Pode ser necessário, a despeito do proferimento da sentença, o *reforço* de caução, isto é, sua majoração pelo desfalque da garantia anteriormente exigida ou prestada.

O art. 837 impõe, para tanto, a apresentação de uma “petição inicial”, na qual o pedido deve ser justificado com a indicação da depreciação do bem dado em garantia e a importância do reforço que se pretende obter. Apesar do adjetivo “inicial”, não há razão para descartar o uso dos mesmos *autos*, em prosseguimento ao mesmo *processo* já inaugurado para os fins dos arts. 829 ou 830. Se a caução já havia sido prestada *incidentalmente* (v. n. 1, *supra*), é suficiente para os fins aqui discutidos a apresentação de uma petição comprovando a necessidade do reforço.

O art. 838 dá a falsa impressão de que o pedido formulado nos termos do art. 837 não admite defesa ou contraditório. Por força do “modelo constitucional do processo civil”, é inafastável a exigência, pelo que a parte contrária deverá ser *intimada* para se manifestar sobre as razões que motivam o pedido de reforço da caução. Após, o magistrado decidirá, determinando, ou não, a produção de provas consoante sua convicção.

Sendo acolhido o pedido, o magistrado fixará prazo para que a caução seja reforçada. Descumprido, cessam os efeitos da caução prestada anteriormente.

A cláusula final do art. 838, segundo a qual presume-se “que o autor tenha desistido da ação ou o recorrente desistido do recurso”, deve ser interpretada no sentido de reputar-se que teria havido desistência da “ação principal” ou do recurso eventualmente interposto da sentença proferida no “processo principal”, isto é, *desinteresse* no seu prosseguimento. Trata-se, em última análise, da consequência que se seguiria à não prestação da caução e, por idêntica razão — máxime diante da regra em exame —, à ausência de seu *reforço* tal qual determinado na sentença que produz efeitos *imediatos*, mesmo quando apelada, por força da regra do art. 520, IV (v. n. 9 do Capítulo 3 da Parte II).

## 5. PELO NÃO RESIDENTE OU AUSENTE DO PAÍS

De acordo com o art. 835, “o autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento”.

A regra, que consiste em verdadeiro “pressuposto processual *negativo*” (v. n. 3.3 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1), visa assegurar o pagamento das verbas de sucumbência — expressão que designa suficientemente as “custas e os honorários de advogados” (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1) — por quem, não residindo no País ou dele se ausentando durante o processo, não tiver bens suficientes para garantir a quitação daqueles valores.

A restrição do dispositivo a “bens *imóveis*” justifica-se pela facilidade de serem encontrados mercê dos registros públicos competentes. Havendo outros bens que assegurem suficientemente o pagamento daquela verba, contudo, não há razão para exigir-se a caução nos termos do art. 835. A possibilidade do uso de meios eletrônicos que viabilizam a localização de bens para oportuna penhora (arts. 655-A, *caput*, e 659, § 6º; v. ns. 5 e 5.1 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 3) só tem a contribuir para a pouca utilização da regra por desnecessária.

O art. 836, complementando o dispositivo, afasta sua incidência quando se tratar de execução fundada em título executivo extrajudicial (art. 585; v. n. 2.1 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 3) ou quando se tratar de reconvenção (art. 315; v. n. 4 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 2, tomo I). A dispensa parece repousar na suposição de inexistência de *custas* ou de qualquer verba de *sucumbência* em tais medidas, o que não pode ser generalizado. De qualquer sorte, diante da isenção legal, não há espaço para a exigência, naquelas hipóteses, de qualquer caução.

A interpretação restritiva é impositiva porque o condicionamento do acesso à Justiça a *prévia* (e generalizada) prestação de caução é exigência de discutível constitucionalidade, como ilustra suficientemente a Súmula Vinculante n. 28 do Supremo Tribunal Federal: “É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário” (v. n. 2.2.9 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 2, tomo I).

# CAPÍTULO 5

## Busca e apreensão

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A “busca e apreensão” disciplinada pelos arts. 839 a 843, a exemplo da caução estudada pelo Capítulo 4, também tende a assumir caráter de satisfatividade a afastar, conseqüentemente, o viés de “cautelar” no sentido tradicional idealizado pelo Código de Processo Civil (v. n. 1 do Capítulo 1 da Parte II).

É, com efeito, difícil verificar em que medida a intervenção jurisdicional, tal qual disciplinada, limita-se a *assegurar* o resultado útil de um outro “processo” quando a sua conseqüência *imediata* é acessar diretamente pessoa ou coisa.

Impõe-se, de qualquer sorte, o exame da figura independentemente da sua “natureza jurídica”. Até porque há diversos autores que a veem como medida híbrida, a assumir as vestes de uma “verdadeira cautelar”, de uma “ação sumária” com inegável viés executivo, ou, até mesmo, de medida sem caráter contencioso, tudo a depender das vicissitudes de cada caso concreto ou, mais precisamente, do próprio *pedido* a ser feito ao Estado-juiz em cada hipótese. É o que se constata, apenas para ilustrar as duas últimas classes, na busca e apreensão determinada para os fins dos arts. 461-A, § 2º, e 625, verdadeiras medidas *executivas* direcionadas à satisfação do credor nas obrigações de dar coisa certa e naquela fundamentada no art. 998 dirigida ao inventariante removido para entregar ao seu substituto os bens móveis do espólio.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo II, p. 189) destaca, à luz do direito *material*, diversas situações em que a busca e a apreensão “apresenta características de verdadeira ação principal, objeto de processo de conhecimento”. É o que se verifica, por exemplo, no art. 102 da Lei n. 9.610/1998, que dispõe sobre direitos autorais. Também Victor A. A. Bomfim Marins (*Comentários ao*

*Código de Processo Civil*, vol. 12, p. 246) exemplifica “a pretensão satisfativa de busca e apreensão” com a prevista na lei de alienação fiduciária (art. 3º do Decreto-lei n. 911/1969, com as modificações da Lei n. 10.931/2004).

## 2. PETIÇÃO INICIAL

De acordo com o art. 839, a busca e apreensão pode ser de pessoas e coisas.

A petição inicial da medida deve expor as razões que a impõem e a indicação, devidamente justificada, do lugar onde a pessoa ou coisa a ser buscada e apreendida possivelmente está (art. 840).

## 3. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO

Estando suficientemente provadas as alegações que fundamentam o pedido e demonstrada a necessidade de concessão de decisão *antecipatória* da tutela (v. n. 3.8 do Capítulo 3 da Parte II), o magistrado a deferirá.

Pode acontecer, contudo, de as alegações e os documentos trazidos pelo autor com a petição inicial não convencerem o magistrado desde logo. Em tal situação, será designada audiência de justificação, que se realizará em segredo de justiça quando for justificável ou necessário que assim se proceda (art. 841, *caput*). Para a aferição quanto à necessidade da realização do ato em segredo de justiça, cabe ao magistrado levar em conta o disposto no art. 5º, LX, da Constituição Federal e no art. 155 do Código de Processo Civil (v. n. 4 do Capítulo 2).

Provada a necessidade da concessão da decisão antecipatória, antes ou depois da “audiência de justificação”, será expedido mandado que, de acordo com os incisos do art. 841, conterà (a) “a indicação da casa ou do lugar em que deve efetuar-se a diligência”; (b) “a descrição da pessoa ou da coisa procurada e o destino a lhe dar” e (c) “a assinatura do juiz, de quem emanar a ordem”.

Na hipótese de não serem provados os requisitos necessários para os fins do art. 804, cita-se o réu para apresentar sua resposta, proferindo o magistrado sentença. Para tanto, desenvolver-se-ão previamente, ou não, as fases ordinatória e instrutória consoante as peculiaridades de cada caso

concreto. Acolhido o pedido, o mandado de busca e apreensão calcado na sentença observará também o disposto nos incisos do art. 841 independentemente da interposição de recurso de apelação que não tem, por força do art. 520, IV, efeito suspensivo, não inibindo, por isso mesmo, que a sentença produza desde logo seus regulares efeitos.

#### **4. CUMPRIMENTO DO MANDADO**

O art. 842 descreve pormenorizadamente a forma pela qual o mandado de busca e apreensão será cumprido, destacando, para tanto, a necessidade de as diligências respectivas serem realizadas por dois oficiais de justiça e por duas testemunhas (art. 842, § 2º), que atestarão a regularidade dos atos praticados.

Supondo resistência do réu contra quem a ordem de busca e apreensão é dirigida, o dispositivo prevê que um dos oficiais lerá o mandado ao morador do local onde, de acordo com as alegações do autor (v. n. 2, *supra*), está a pessoa ou coisa a ser buscada e apreendida, que será intimado para abrir as portas.

Descumprida a determinação, os oficiais arrombarão as portas e, entrando no imóvel, poderão também arrombar portas internas e móveis em que acreditem esteja a pessoa ou coisa procurada (art. 842, § 1º). Embora seja silente o dispositivo, não há como recusar, caso seja necessário, a convocação, por determinação judicial, de força policial para a realização da diligência, observando-se, no particular, a diretriz genérica do § 5º do art. 461 (v. n. 4 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 3).

O § 3º do art. 842 traz regra específica para a hipótese de o bem a ser apreendido ser direito autoral ou direito conexo do artista, intérprete ou executante, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão (arts. 89 a 96 da Lei n. 9.610/1998, que “altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais”). Em tais casos, os oficiais de justiça serão acompanhados, mediante determinação judicial, por dois peritos, que terão a incumbência de confirmar a ocorrência da violação àqueles direitos antes de ser efetivada a apreensão. O dispositivo disciplina a medida autorizada expressamente pelo art. 102 da referida Lei n. 9.610/1998 (v. n. 1, *supra*).

Terminadas as diligências, será lavrado, de acordo com o art. 843, auto circunstanciado assinado pelos oficiais de justiça, pelas testemunhas e, se

for o caso, pelos peritos.

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Seção V do Capítulo II do Livro III do Código de Processo Civil disciplina, em seus arts. 844 e 845, a “exibição” como uma das “cautelares *nominadas*”.

Trata-se, como se lê do art. 844, de hipóteses em que o pedido de exibição é formulado de forma *preparatória*, representativo, neste sentido, de verdadeiro exercício do direito de ação.

A palavra empregada pelo legislador deve ser entendida como aqueles casos em que a pretensão do autor é a de obter, mediante a intervenção do Estado-juiz, determinação para que o réu exiba o que, por força de lei ou de contrato, deveria ter sido disponibilizado para o requerente da medida. Uma vez exibida a coisa, dela tomando conhecimento, o autor poderá, ou não, pleitear alguma *outra* tutela jurisdicional em face daquela que o réu detinha.

Não há como recusar, por isso mesmo, que se trata de medida que pode assumir — e, em geral, assume — feição nitidamente *satisfativa*, dispensando, por isso mesmo, qualquer outra forma de provocação do Estado-juiz e, portanto, estranho às consequências dos arts. 806 e 808, I (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte II), no que, no particular, era expresso o art. 677 do Código de Processo Civil anterior, de 1939.

Trata-se, portanto, de mais um caso em que a perspectiva tradicional das cautelares como “instrumento de assecuramento útil de um *outro* processo” (v. n. 1 do Capítulo 1 da Parte II) não se confirma, ao menos necessariamente, o que, pelas razões expostas pelo n. 1 da Introdução, em nada interfere na compreensão da medida tal qual regulada pelo Código de Processo Civil como uma das diversas medidas que se vale do *procedimento* das cautelares, para realização de uma pretensão que reside *diretamente* no plano material.

Com efeito. A *necessidade* da medida aqui discutida é tanto mais irrecusável em todos aqueles casos em que a pretensão, na perspectiva do plano material, reside justamente na obtenção, do Estado-juiz, de autorização para ter acesso a informações, documentos e dados que, de outro modo, não seriam legitimamente alcançados. É o que se dá, por exemplo, com relação a informações sigilosas de toda a espécie que dependem da prévia “quebra do sigilo” por determinação judicial.

A medida aqui estudada é idônea para realização daquele desiderato, mormente quando acentuado que não há nenhum óbice para o emprego de seu *procedimento* para outras hipóteses além daquelas previstas nos incisos do art. 844, assunto ao qual se volta o número seguinte.

## 2. HIPÓTESES DE CABIMENTO

Os incisos do art. 844 preveem as hipóteses em que se pode requerer a exibição nas condições discutidas pelo número anterior.

A primeira situação, prevista no inciso I do art. 844, é a exibição “de coisa móvel em poder de outrem e que o requerente repute sua ou tenha interesse em conhecer”.

O inciso II do art. 844, por sua vez, autoriza a exibição “de documento próprio ou comum, em poder de cointeressado, sócio, condômino, credor ou devedor; ou em poder de terceiro que o tenha em sua guarda, como inventariante, testamentário, depositário ou administrador de bens alheios”.

No que diz respeito à iniciativa do sócio, cabe destacar o entendimento do STJ, tomado em sede de Recurso Especial Repetitivo, de que: “Falta ao autor interesse de agir para a ação em que postula a obtenção de documentos com dados societários, se não logra demonstrar: a) haver apresentado requerimento formal à ré nesse sentido; b) o pagamento pelo custo do serviço respectivo, quando a empresa lhe exigir, legitimamente respaldada no art. 100, § 1º da Lei n. 6.404/1976” (STJ, 2ª Seção, REsp 982.133/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.un. 10.9.2008, DJe 22.9.2008).

Por fim, o inciso III do art. 844 prevê o pedido de exibição “da escrituração comercial por inteiro, balanços e documentos de arquivo, nos casos expressos em lei”, trazendo à tona o disposto nos arts. 381 e 382 (v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte IV do vol. 2, tomo I) e a Súmula 389 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: “A comprovação do pagamento do

‘custo do serviço’ referente ao fornecimento de certidão de assentamentos constantes dos livros da companhia é requisito de procedibilidade da ação de exibição de documentos ajuizada em face da sociedade anônima”, que se relaciona com a hipótese disciplinada no art. 100 e respectivo § 1º da Lei n. 6.404/1976, a “Lei das Sociedades por Ações”, na redação dada pela Lei n. 9.457/1997.

Apesar de silente a respeito, as situações previstas nos incisos do art. 844 não excluem outras que, de acordo com o sistema processual civil, são propícias para justificar a *necessidade* da intervenção jurisdicional para a *exibição* de documentos ou coisas, inclusive para constatação da pertinência, ou não, de *nova* investida jurisdicional à luz das informações obtidas pelo *procedimento* aqui discutido (v. n. 1, *supra*). Na prática do foro, por exemplo, é bastante frequente o uso da “cautelar” aqui examinada para viabilizar que correntista de banco obtenha a segunda via de extratos bancários para verificar a correção dos lançamentos efetuados, impedindo que o banco cobre por elas. Nesse sentido: STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 818.597/PR, rel. Min. Paulo Furtado, j.un. 28.4.2009, DJe 13.5.2009; STJ, 4ª Turma, REsp 356.198/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 10.2.2009, DJe 26.2.2009, e STJ, 3ª Turma, REsp 653.895/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j.un. 21.2.2006, DJ 5.6.2006, p. 259. A 3ª Turma do STJ também entendeu cabível a medida como providência preparatória de futura execução a ser movida por consorciados em face da administradora de consórcios (REsp 1.118.416/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 3.5.2011, DJe 12.5.2011).

A pertinência da cautelar de exibição em face de instituições financeiras para obtenção de extratos necessários à comprovação das alegações dos correntistas foi identificada como *repetitiva* pelo STJ e, como tal, sujeita à disciplina do art. 543-C do CPC. Trata-se do REsp 1.349.453/MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão. Na decisão de afetação do recurso àquela sistemática, Sua Excelência destaca o entendimento daquela Corte sobre ser cabível, na “ação principal”, “...a inversão do ônus da prova em favor do consumidor para o fim de determinar às instituições financeiras a exibição de extratos bancários, enquanto não estiver prescrita a eventual ação sobre eles, tratando-se de obrigação decorrente de lei e de integração contratual compulsória, não sujeita à recusa ou condicionantes (...)” (STJ, 2ª Seção,

REsp 1.133.872/PB, rel. Min. Massami Uyeda, j.un. 14.12.2011, DJe 28.3.2012).

### 3. PROCEDIMENTO

Por força do art. 845, aplica-se à exibição o disposto nos arts. 355 a 363, além das regras dos arts. 381 e 382, já evidenciadas pelo número anterior.

Sem prejuízo das considerações que ocupam o n. 2 do Capítulo 4 da Parte IV do vol. 2, tomo I, são cabíveis as seguintes ponderações, tratando, em primeiro lugar, da exibição pretendida entre as partes.

A petição inicial da exibição observará, além do disposto no art. 801 (v. n. 3 do Capítulo 3 da Parte II), o disposto no art. 356 e, conseqüentemente, deverá conter a individuação, a mais completa possível, do documento ou da coisa a exhibir; a razão por que se pretende a exibição e as circunstâncias que levam o autor a crer que o documento ou coisa encontra-se no poder do réu.

O réu será citado — já que se trata de cautelar *antecedente* (“preparatória”, como se lê do art. 844) — para oferecer sua resposta em cinco dias. Poderá, dentre outras defesas, inclusive quanto ao cabimento da medida, alegar não possuir o documento ou a coisa pretendida pelo autor (art. 357).

Superadas eventuais irregularidades, passa-se, se for o caso, à fase instrutória e, em seguida, o magistrado proferirá sentença.

Na sentença, dentre outras circunstâncias, será avaliado o comportamento e as alegações do réu relativas à não exibição do documento ou coisa.

A recusa do réu não será admitida se houver obrigação legal de exibição do documento ou coisa (art. 358, I); se o réu fez, no processo, qualquer menção a eles pretendendo constituir prova (art. 358, II) ou, por fim, se o documento, considerando seu conteúdo, for comum às partes (art. 358, III).

De acordo com o art. 359, I, o magistrado admitirá como verdadeiros os fatos que, com o documento ou a coisa, o autor pretendia provar se o réu não efetuar a exibição ou não alegar que não os possui. Também, em consonância com o art. 359, II, se a recusa de exhibir for considerada ilegítima.

A consequência reservada para o art. 359 não afasta a possibilidade de aplicação de multa cominatória decorrente do descumprimento da ordem judicial de exibição. A circunstância de, por força daquele dispositivo,

poder se presumir a veracidade da alegação baseada na prova não fornecida não é, com o devido respeito ao entendimento contrário (assim, por exemplo: STJ, 4ª Turma, REsp 981.706/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.un. 9.10.2007, DJ 12.11.2007, p. 236; STJ, 4ª Turma, REsp 953.746/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.un. 19.6.2007, DJ 1.10.2007, p. 288; STJ, 3ª Turma, REsp 633.056/MG, rel. Min. Castro Filho, j.un. 12.4.2005, DJ 2.5.2005, p. 345 e STJ, 3ª Turma, REsp 433.711/MS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j.un. 25.2.2003, DJ 22.4.2003, p. 229), causa suficiente para afastar a pertinência da medida que, em última análise, busca viabilizar a formação do convencimento suficiente pelo próprio magistrado independentemente da presunção autorizada pelo sistema processual civil. Até porque, mesmo para quem entender descabida a incidência de multa cominatória para impor ao réu a exibição do documento ou coisa, é irrecusável que o não atendimento de determinação judicial renda-lhe aplicação da multa a que se refere o parágrafo único do art. 14 sem prejuízo de eventual sanção pela litigância de má-fé (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1). Além do mais, tratando-se, a exibição, de medida *antecedente* com vistas à obtenção de elementos que, de alguma forma, se mostrem úteis em futura investida jurisdicional, a presunção autorizada pelo art. 359 pode-se revelar inócua à falta da exibição do documento ou coisa pretendida.

É pelas razões expostas pelos parágrafos anteriores que este *Curso* não pode aderir sem ressalvas ao entendimento que acabou consagrado na Súmula 372 do STJ, menos ainda à sua aplicação generalizada, sem atentar às especificidades de cada caso concreto. De acordo com seu enunciado, “Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”. Ocorre que quatro dos cinco precedentes que deram origem àquela Súmula, de acordo com a indicação do próprio STJ, deixam bem esclarecida a questão de que, em se tratando de *cautelar* de exibição de documentos, não há razão para aplicação da presunção autorizada pelo precitado art. 359 (como prevaleceu na 2ª Seção, REsp 1.094.846/MS, rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j.un. 11.3.2009, DJe 3.6.2009 — Recurso Especial Repetitivo) mas, se for o caso, de *busca e apreensão* dos documentos (nesse sentido: 3ª Turma, REsp 433.711/MS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j.un. 25.2.2003, DJ 22.4.2003, p. 229 e 3ª Turma, REsp 633.056/MG, rel. Min. Castro Filho, j.un. 12.4.2005, DJ 2.5.2005, p.

345). Foi somente no REsp 981.706/SP, da 4ª Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.un. 9.10.2007, DJ 21.11.2007, p. 236, que prevaleceu o entendimento do descabimento da multa “pois suficiente à autora a presunção de veracidade que o provimento da ação, como elemento probante, fornece ao processo principal”, tese diametralmente *oposta* àquela que foi vencedora no *primeiro* dos precedentes indicados, o REsp 204.807/SP, da 3ª Turma, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j.un. 6.6.2000, DJ 28.8.2000, p. 77. É fundamental, destarte, ter presente que nem sempre o *enunciado* de uma Súmula consegue reproduzir com exatidão o alcance do quanto julgado em todos os seus *precedentes*. A aplicação *literal* da Súmula 372 (isto é, de seu *enunciado*) para a hipótese aqui tratada, de *cautelar* de exibição de documentos, traria consequência bem diversa daquela pretendida pela maioria dos julgados que motivaram a sua edição. Para ilustrar essa afirmação, consultar a decisão tomada pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 845.860/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.m.v. 7.5.2009, DJe 10.6.2009 e reiterada no julgamento dos Embargos de Declaração (EDcl no REsp 845.860/SP) por unanimidade em 20.8.2009, DJe 14.9.2009.

A 4ª Turma do mesmo Tribunal (AgRg no Ag 1.179.249/RJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j.un. 14.4.2011, DJe 3.5.2011), por sua vez, destacou que a presunção prevista no art. 359 só tem sentido na *fase de conhecimento* do processo “porque o escopo das regras instrutórias do Código de Processo Civil é buscar o caminho adequado para que as partes produzam provas de suas alegações, ensejando a formação da convicção do magistrado, e não assegurar, de pronto, o cumprimento antecipado (tutela antecipada) ou definitivo (execução de sentença) de obrigação de direito material de fazer, não fazer ou entrega de coisa”. Por isso, de acordo com a mesma Turma, o pedido *incidental* de exibição de documentos não justificaria a incidência da multa (EDcl no AgRg no REsp 1.092.289/MG, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j.un. 19.5.2011, DJe 25.5.2011; AgRg no Ag 1.331.039/MG, rel. Min. Raul Araújo, j.un. 16.6.2011, DJe 5.8.2011 e AgRg no Ag 1.268.236/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 4.8.2011, DJe 16.8.2011).

Pelas razões expostas no penúltimo parágrafo, o entendimento, com o devido respeito, não pode ser generalizado, ainda que o pedido de exibição seja formulado *incidentalmente*, isto é, quando já instaurado o processo. De

qualquer sorte — e, não há por que discordar deste ponto —, somente na “fase de conhecimento do processo”, é que tem sentido admitir-se a presunção de veracidade dos fatos cuja prova se pretende fazer com a exibição requerida. A discordância aqui externada, destarte, limita-se à generalização da orientação.

Mesmo negando à “exibição” caráter de “verdadeira cautelar”, contentando-se com o entendimento de que se trata de um *procedimento* cautelar de cunho probatório (v. n. 1, *supra*), é inegável a aplicação à apelação eventualmente interposta de sua sentença da regra do inciso IV do art. 520. Neste sentido: STJ, 4ª Turma, REsp 668.686/SP, rel. Min. Jorge Scartezzini, j.un. 2.6.2005, DJ 1.7.2005, p. 553.

De outra parte, “3. ‘Possuindo natureza contenciosa a ação cautelar de exibição de documentos, disposta no artigo 844 do Código de Processo Civil, na hipótese de sua procedência, há que se condenar a parte vencida ao pagamento dos ônus sucumbenciais, tendo em vista a aplicação do princípio da causalidade’ (REsp 786.223/RS, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU de 10.4.2006)”, como corretamente decidiu a 4ª Turma do STJ no AgRg no AREsp 56.406/MS, rel. Min. Raul Araújo, j.un. 14.2.2012, DJe 8.3.2012.

## 4. EM FACE DE TERCEIRO

A aplicação dos arts. 360 a 363 na exibição cautelar impõe, preliminarmente, um esclarecimento. O “terceiro” referido nos dispositivos é *réu* da cautelar e, portanto, *parte*. Ele é *terceiro* em relação ao futuro processo, o “processo principal”, a ser iniciado pelo autor em face de quem (este, sim, terceiro no âmbito da cautelar) afirmar ter algum direito mercê do documento ou coisa cuja exibição pretende.

Por força da regra específica do art. 360, o réu da cautelar será citado para apresentar sua resposta no prazo de *dez* (e não *cinco*) dias.

O réu poderá negar a obrigação de exhibir ou a posse do documento ou da coisa quando o processo ingressará na fase instrutória, superados eventuais defeitos. O art. 361, a esse propósito, refere-se somente à designação de uma “audiência especial” para oitiva das partes e de eventuais testemunhas, o que, contudo, não retira do magistrado a possibilidade de determinar a produção de qualquer outra prova, além da oral, para formar o seu convencimento acerca dos fatos alegados.

Finda a instrução, segue-se a prolação da sentença. Caso o magistrado rejeite a escusa do réu nos termos do art. 363 (v. n. 3 do Capítulo 4 da Parte IV do vol. 2, tomo I), conceder-lhe-á o prazo de cinco dias para exhibir o documento ou coisa no local a ser indicado. Havendo descumprimento da determinação, será expedido mandado de apreensão, se necessário com emprego da força policial, sem prejuízo da responsabilidade do réu por crime de desobediência (art. 362).

A depender da *urgência* do caso concreto, devidamente demonstrada de plano ou em audiência designada especialmente para tanto, não há por que descartar que se faça necessária a *antecipação* dos efeitos da sentença, determinando-se, conseqüentemente, a pronta exibição de documento ou coisa, inclusive com a adoção das medidas destacadas pelo parágrafo anterior que em nada destoam da previsão do § 5º do art. 461 (v. n. 11 do Capítulo 1 da Parte II).

# CAPÍTULO 7

## Produção antecipada de provas

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A “produção antecipada de provas” é uma das cautelares mais conhecidas e mais debatidas em sede de doutrina, comumente chamada de depoimentos ou vistorias *ad perpetuam rei memoriam*.

Sua identificação como cautelar é reconhecida, até mesmo, pela célebre monografia de Calamandrei que a ela se refere como um dos quatro grupos de “providências” ou “provimentos” cautelares, nos seguintes termos: “é de se falar nestes casos de *conservação* ou *asseguramento da prova*, tendo presentes aqueles casos nos quais o provimento cautelar tem como finalidade a aquisição preventiva de dados probatórios positivos, que, com o passar do tempo, tornar-se-ia impossível ou mais difícil de serem recolhidos” (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 32, em tradução livre).

É certo, contudo, que alguns autores nacionais preferem não emprestar natureza cautelar à medida, ao menos aprioristicamente, salientando que uma tal feição dependerá da existência, ou não, de efetivo conflito em cada caso concreto. Havendo resistência na *antecipação* da prova, o caráter contencioso far-se-á presente e, conseqüentemente, sua regência pelo Livro III do Código de Processo Civil. É o que sustenta, por exemplo, Galeno Lacerda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, p. 16-17) e, de certa forma, Leonardo Greco (*Jurisdição voluntária moderna*, p. 28), para quem, com base na lição de José Maria Tesheiner, a natureza da medida variará consoante o “processo principal” assuma caráter contencioso ou administrativo.

Salientando tratar-se de verdadeira cautelar para os fins do n. 1 do Capítulo 1 da Parte II, sem ressalvas, é a lição de Calmon de Passos (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, tomo I, p. 123) e a de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Comentários ao Código de Processo*

*Civil*, vol. VIII, tomo II, p. 234-235, alterando posicionamento anteriormente externado quanto à questão), com os quais concorda este *Curso*.

Apesar do nome, contudo, a medida, disciplinada na Seção VI do Capítulo II do Livro III do Código, em seus arts. 846 a 851, não se volta, propriamente, à *produção* antecipada de provas. Seu objetivo é o de *assegurar* a possibilidade da oportuna produção da prova porque o estado das pessoas a serem ouvidas ou das coisas a serem examinadas justifica a providência (arts. 847 e 849; v. n. 2, *infra*). Ela se volta à materialização de um testemunho ou de um exame que pode desaparecer com a passagem do tempo. Ela pereniza o que, de outro modo, pode esvair-se, comprometendo a oportuna formação da convicção judicial.

A prova, destarte, não é *produzida* no sentido técnico da palavra, isto é, de viabilizar seu exame para formação da convicção do magistrado sobre o que ela retrata. Uma vez *assegurada* a prova, ela será, oportunamente, *proposta* e, se aceita, será *produzida* e *valorada* pelo magistrado (v. n. 10 do Capítulo 1 da Parte IV do vol. 2, tomo I). A finalidade da cautelar aqui examinada, destarte, é a de *assegurar* a realização de uma prova diante de circunstâncias que façam crer pela impossibilidade ou, quando menos, extrema dificuldade de sua colheita no “processo principal”.

Assim, a única finalidade da medida aqui examinada é o *asseguramento* da prova para que, no momento adequado, a prova possa ser proposta, admitida, produzida e valorada como qualquer outro meio de prova. Diferentemente da justificação que, em última análise, converte a prova oral (testemunhal) em *documento* (v. n. 1 do Capítulo 10), a antecipação a que se referem os arts. 846 a 851 conserva a natureza da prova, oral ou pericial, sendo importante que o magistrado leve isso em consideração para os fins do art. 131 (v. ns. 4 e 6 do Capítulo 1 da Parte IV do vol. 2, tomo I).

Trata-se de cautelar que, da forma como concebida pelo legislador processual civil, tende a ser *preparatória*. Não há *necessidade* de sua apresentação como “cautelar *incidental*” diante do art. 336 que admite, consoante o caso, que as provas sejam realizadas *fora* da audiência de instrução. O próprio parágrafo único do dispositivo é expresso quanto à possibilidade da *antecipação* da colheita da prova testemunhal em hipótese que se assemelha bastante à do art. 847, II, o que se confirma diante da previsão do art. 410, I. Ademais, levando em conta o disposto no art. 273, §

7º, no que diz respeito à *forma* do pedido, não há razão para negar à ressalva feita pelo *caput* do art. 336 interpretação ampla para autorizar, no próprio “processo principal”, a *antecipação* de qualquer prova quando houver “*justificativa* especial”. Antecipa-se, portanto, o *ato* que resulta na constituição da prova, assegurando-a para utilização oportuna.

De qualquer sorte, afastada, por qualquer razão, esta interpretação mais ampla do art. 336, não há como afastar a pertinência de a “cautelar antecipada de provas” desenvolver-se *incidentalmente* ao “processo principal”, observando-se, com relação ao *procedimento* e à *documentação* dos atos respectivos, as considerações feitas pelo n. 2.1 do Capítulo 3 da Parte II.

## 2. OBJETO

“A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial”, como se lê do art. 846.

O art. 847 explicita as hipóteses em que o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas justificam-se como cautelares *preparatórias* (e, até mesmo, *incidentais*, de acordo com a ressalva feita pelo número anterior), antes, contudo, do momento ideal de sua colheita, na fase instrutória, isto é, na audiência de instrução e julgamento (art. 336, *caput*; v. n. 10 do Capítulo 1 da Parte IV do vol. 2, tomo I). Trata-se, destarte, da indicação do *periculum in mora* que, em última análise, justifica a medida.

Aquelas hipóteses são as seguintes: quando a parte ou a testemunha tiverem de se ausentar (art. 847, I) e “se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor” (art. 847, II).

O “interrogatório da parte” referido pelo *caput* do dispositivo merece interpretação ampla para albergar não só o “depoimento pessoal”, mas também as hipóteses admitidas pelos ns. 2 e 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 2, tomo I, isto é, o “interrogatório livre” e o depoimento da própria parte que requer a medida.

O art. 849, por seu turno, especifica o *periculum in mora* em se tratando de exame pericial. Conforme exige o dispositivo, a antecipação daquela prova justifica-se quando houver fundado receio de que venha a tornar-se

impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na “pendência da ação”, isto é, durante o “processo principal”.

A expressão “exame pericial” de que se vale o legislador deve ser interpretada amplamente. Nela estão compreendidas o exame, a vistoria e a avaliação, nos termos do art. 420 (v. n. 1 do Capítulo 7 da Parte IV do vol. 2, tomo I). Se o caso exigir, outrossim, não há por que pré-excluir que o próprio magistrado realize vistoria, antecipando-se, para os fins aqui discutidos, a “inspeção judicial” de que tratam os arts. 440 a 443 (v. Capítulo 8 da Parte IV do vol. 2, tomo I).

### 3. PETIÇÃO INICIAL

A “produção antecipada de provas” é requerida pelo interessado por petição inicial que observará o disposto no art. 801.

As partes da medida são aquelas que, no “processo principal”, litigarão como autoras ou como réis e perante quem se pretenderá produzir a prova cuja realização é antecipada. É dizer: a prova deve ser colhida em face de quem ela, oportunamente, será utilizada. Trata-se, em última análise, de entendimento que se afina adequadamente ao “modelo constitucional do processo civil”, em especial dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Se a hipótese envolver eventuais terceiros para fins de responsabilização — como ocorre, por exemplo, nos casos de denúncia da lide (v. Capítulo 6 da Parte VII do vol. 2, tomo I) —, estes também serão *citados* para a cautelar, compondo o polo passivo do processo como *réus*. Caso contrário, a prova, tal qual produzida, não poderá ser-lhes oposta no “processo principal”. Sob pena de agressão aos mesmos princípios constitucionais já destacados, eles devem ser previamente *citados* para *participar* da colheita da prova que oportunamente poderá ser utilizada em seu desfavor (v. n. 3.2.1 do Capítulo 3 da Parte II).

Considerando a inaplicabilidade do art. 806 à hipótese (v. n. 7, *infra*), não há razão para que a petição inicial, mesmo quando se tratar, como em geral se trata, de “cautelar *preparatória*”, indique “a lide e seu fundamento” para os fins do art. 801, III (v. n. 3.3 do Capítulo 3 da Parte II). Até porque a prova, tal qual antecipada, pode não render ensejo ao exercício de qualquer pretensão futura. É imaginar a situação em que, ouvida a testemunha, não há

revelação de nenhum fato relevante que possa, oportunamente, embasar o exercício de pretensão indenizatória em face da parte contrária ou em que, realizada a perícia, não se comprovam as supostas irregularidades no projeto da obra que acabou por desabar.

A petição inicial deverá também indicar “a exposição sumária do direito ameaçado”, isto é, o *fumus boni iuris* (art. 801, IV; v. n. 3.4 do Capítulo 3 da Parte II). O art. 848 é, a este respeito, expresso. De acordo com o dispositivo, o autor justificará sumariamente a necessidade da antecipação, indicando com precisão os fatos sobre os quais deverá recair a prova, diretriz que, com relação à prova pericial, é repetida pelo art. 850.

A apresentação do rol de testemunhas, a indicação de assistente técnico e a formulação de quesitos, contudo, dependem do *deferimento* da antecipação da prova — antecipadamente ou na sentença —, observando-se, em cada caso, a disciplina específica de cada um dos meios de prova, assunto ao qual se voltam os ns. 4 e 5, *infra*.

O *periculum in mora*, exigido pelo mesmo inciso IV do art. 801, que a ele se refere como “receio da lesão”, deve ser narrado e comprovado pelo autor, observando o disposto nos arts. 847 e 848 examinados pelo número anterior.

Quanto ao valor da causa, importa ter presente a finalidade da medida, que não se confunde com o uso que a prova, uma vez assegurada, poderá assumir no “processo principal”. Assim, trata-se de mais um caso em que dificilmente haverá valor *certo* e *objetivamente* constatável para ser fornecido pelo autor (v. n. 3.6 do Capítulo 3 da Parte II).

Proferido juízo *positivo* de admissibilidade na petição inicial — os juízos *neutro* e *negativo* não trazem nenhuma peculiaridade digna de destaque —, o réu (ou, havendo litisconsórcio passivo, os réus) será *citado* para apresentar a sua resposta, com observância do art. 802 (v. n. 5 do Capítulo 3 da Parte II).

### 3.1. Competência

Ponto que merece atenção mais detida quando da análise da petição inicial da produção antecipada de provas é o relativo à competência (art. 801, I).

A competência para a medida observará a regra do art. 800, sendo certo, contudo, que a urgência na sua promoção pode justificar legitimamente o deslocamento da competência para o juízo que tenha melhores condições de antecipar a prova pela sua proximidade das pessoas a serem ouvidas ou das coisas a serem examinadas (v. n. 3.1 do Capítulo 3 da Parte II). “A competência deve prevalecer também por questões de ordem prática e processual, na medida em que a realização de perícia ou inspeção judicial no juízo será facilitada, porquanto lá já se encontra o produto objeto da divergência entre as partes; o que, sem dúvida, contribui para a celeridade da prestação jurisdicional” (STJ, 3ª Turma, AgRg nos EDcl no AgRg no Ag 727.699/ES, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 7.12.2006, DJ 18.12.2006, p. 372).

O inciso II do art. 15 da Lei n. 5.010/1996, que organiza a justiça federal de primeira instância, prevê expressamente a hipótese ao reconhecer competência para o juízo estadual de comarca em que não houver vara federal para “as vistorias e justificações destinadas a fazer prova perante a administração federal, centralizada ou autárquica, quando o requerente for domiciliado na Comarca”. Em tais situações, que se amoldam à autorização do § 3º do art. 109 da Constituição Federal (v. n. 2.3 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I), o juízo federal competente para o “processo principal” requererá ao juízo estadual o envio dos autos da cautelar (v. n. 7, *infra*).

## 3.2. Medida liminar

Nada há que impeça aprioristicamente que a produção antecipada de provas seja concedida *liminarmente* ou após a realização de audiência de justificação. Aplica-se, à hipótese, o art. 804 (v. n. 3.8 do Capítulo 3 da Parte II).

Tanto mais importante a viabilidade de a medida ser concedida *antecipadamente* quanto maior for a *urgência* na perenização da prova que se pretende produzir oportunamente. Assim, a depender da descrição e da comprovação do *periculum in mora*, poderá o magistrado determinar a colheita da prova antes e independentemente da citação dos réus, máxime quando sua prévia oitiva puder, em alguma medida, comprometer o resultado útil que o autor pretende, com a medida aqui analisada, assegurar.

Colhida a prova, contudo, não há como eliminar que o réu possa manifestar-se sobre a sua regularidade e, mais amplamente, sobre a pertinência da medida. Não se trata, como insiste o n. 3.8 do Capítulo 3 da Parte II, de *eliminação* do contraditório e da ampla defesa, mas, tão somente, de sua legítima (e necessária) *postergação*. Nesse sentido: TJRS, 10ª Câmara Cível, ACi 70021621412-Dom Pedrito-RS, rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, j.un. 28.2.2008 em *Boletim AASP* n. 2678, 3 a 9 de maio de 2010.

## 4. OITIVA DA PARTE E DAS TESTEMUNHAS

A prova, embora antecipada, deverá ser colhida com observância do *procedimento* reservado para a espécie consoante as regras codificadas.

Segundo o parágrafo único do art. 848, “tratando-se de inquirição de testemunhas, serão intimados os interessados a comparecer à audiência em que prestará o depoimento”.

O dispositivo dá a falsa impressão de que não há *citação* na cautelar aqui examinada, o que não pode ser aceito (v. n. 3, *supra*) a não ser quando a medida desenvolver-se *incidentalmente* e, mesmo assim, desde que aceitas as considerações expostas pelo n. 2.1 do Capítulo 3 da Parte II.

A melhor interpretação para a regra é a de que, designando-se audiência para colheita da prova oral, as *partes* serão intimadas dela, isto é, dela terão conhecimento formal para acompanharem a regularidade das oitivas, participando ativamente do ato, inclusive contraditando as testemunhas e reperguntando-as (v. n. 5 do Capítulo 6 da Parte IV do vol. 2, tomo I).

A apresentação do rol das testemunhas a serem ouvidas, bem assim dos meios de sua intimação, será contada da designação da audiência prevista no dispositivo em exame, observando-se, para tanto, o disposto no art. 407. Não se trata de exigência a ser cumprida pelo autor na petição inicial (v. n. 3, *supra*).

## 5. REALIZAÇÃO DA PERÍCIA

O art. 850 determina que a prova pericial seja realizada em conformidade com o disposto nos arts. 420 a 439.

Estes dispositivos estabelecem a *forma* pela qual os exames, as vistorias ou as avaliações serão feitos, observando-se, para tanto, a disciplina que ocupa o Capítulo 7 da Parte IV do vol. 2, tomo I: haverá nomeação de um ou mais de um perito pelo magistrado, consoante a especialidade da prova a ser produzida (art. 431-B), seguindo-se a possibilidade de as partes nomearem, no prazo de cinco dias, assistente técnico e formularem quesitos (art. 421, § 1º). Em dia e hora a ser designado pelo magistrado, perito(s) e assistente(s) técnico(s) serão intimados para dar início aos trabalhos (art. 431-A). A conclusão do perito constará de um laudo do qual serão intimadas as partes para sobre ele se manifestarem por intermédio de seus assistentes técnicos (art. 433, parágrafo único). Ao magistrado caberá a *homologação* dos trabalhos realizados (v. n. 6, *infra*).

Os prazos a serem observados para a tomada das providências destacadas pelo parágrafo anterior pressupõem a nomeação do perito nos termos do art. 421, *caput*, que pode, consoante o caso, dar-se *antecipadamente* (v. n. 3.2, *supra*) ou na sentença que acolhe o pedido formulado pelo autor (v. n. 6, *infra*). Não se trata, portanto, de exigência a ser cumprida com a petição inicial (v. n. 3, *supra*).

Importa destacar que a *dispensa* da realização da prova pericial autorizada pelo art. 427 (v. n. 5 do Capítulo 7 da Parte IV do vol. 2, tomo I) pode também ser *antecipada*. Por mais paradoxal que possa parecer essa conclusão, ela é irrecusável na medida em que o objeto da cautelar aqui examinada é o asseguramento útil da prova em si mesma considerada — sua conservação diante do receio de o *objeto* da prova perecer — e não a *aceleração* dos atos relativos à sua colheita. Assim, a flexibilização admitida por aquele dispositivo não colide com a *finalidade* da medida aqui examinada.

A mesma solução deve ser reservada para a hipótese do art. 421, § 2º. De acordo com o dispositivo, a realização da perícia pode ser substituída pela oitiva do perito e dos assistentes técnicos na “audiência de instrução e julgamento” (v. Capítulo 9 da Parte IV do vol. 2, tomo I). Também aqui, a *antecipação* daquele ato pode justificar-se consoante as necessidades de cada caso concreto.

Questão interessante diz respeito à viabilidade de realização da audiência a que se refere o art. 435 para que o perito (e, se for o caso, os assistentes

técnicos) preste esclarecimentos sobre as conclusões que constam de seu laudo (art. 452, I).

Embora a cautelar aqui examinada não se volte à valoração da prova, mas, apenas e tão somente, a seu asseguramento, a melhor resposta é a positiva. Isto pela mesma razão que sensibilizou o legislador a conceber esta “cautelar nominada”. A depender do caso concreto, eventuais dúvidas que o laudo e/ou os pareceres revelem podem recomendar esclarecimentos pontuais que, no futuro, serão de grande valia para a avaliação da prova e de seu poder de convencimento. Assim, para que a medida atinja seus melhores resultados, é irrecusável que a audiência a que se refere o art. 435 não seja aprioristicamente descartada.

Não se trata de admitir qualquer desvirtuamento na *finalidade* da medida, supondo que o magistrado da cautelar possa ou deva emitir qualquer juízo de valor sobre a prova antecipada, mas de admitir que eventuais dúvidas sobre as conclusões dos expertos seja sanada desde logo para evitar discussões que, por definição, podem ser de difícil ou impossível solução no futuro pela própria razão de ser da medida.

## 6. SENTENÇA

Realizada a prova (oral ou pericial) o magistrado proferirá sentença *homologatória*, limitando-se a atestar a regularidade da sua colheita. A valoração da prova não é — e não deve ser — feita no âmbito da cautelar. Trata-se de tarefa que, oportunamente, será desempenhada pelo magistrado do “processo principal”. É nele que a prova, uma vez *admitida*, será *produzida e valorada*, junto com outros elementos de convicção, permitindo que o magistrado aprecie adequadamente os fatos que foram, apenas e tão somente, *conservados* com a antecipação disciplinada pelos arts. 846 a 851 (v. n. 1, *supra*).

Não há, por isso mesmo, nenhuma vinculação entre a prova, tal qual antecipada, e a sua produção oportuna no “processo principal”. A circunstância de a cautelar ser encerrada por sentença homologatória não afasta a possibilidade e a necessidade de discussão e rediscussão plena da prova quando de sua efetiva *produção*, dando-se plena aplicação ao já mencionado art. 131 (v. n. 1, *supra*) e, especificamente com relação à prova pericial, ao art. 436 (v. n. 6 do Capítulo 7 da Parte IV do vol. 2, tomo I).

A sentença imporá a responsabilidade do sucumbente pelo pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios quando houver resistência da parte em face de quem se pretende produzir a prova. O tema, posto ser controvertido na jurisprudência do STJ, foi bem enfrentado no seguinte acórdão da 3ª Turma: AgRg no REsp 826.805/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 6.12.2007, DJ 18.12.2007, p. 269.

Seu contraste dá-se por recurso de apelação que, mercê da regra do art. 520, IV, não impede que a sentença surta, de imediato, todos os seus efeitos.

De acordo com o art. 851, os autos em que se realizaram os atos relativos à antecipação da prova devem permanecer em cartório, cabendo às partes — e a eventuais terceiros — requerer certidões ou, mais amplamente, *cópias*, que lhes possam ser úteis, inclusive para a instrução do “processo principal”. Tais cópias, vale a lembrança, podem ser declaradas autênticas pelo próprio advogado (art. 365, IV; v. n. 2.2 do Capítulo 5 da Parte IV do vol. 2, tomo I).

É correto o entendimento de que o referido art. 851, mormente quando interpretado à luz da “teoria geral do processo cautelar”, é suficiente para firmar a *prevenção* do juízo perante o qual antecipou-se a prova. É certo que a ausência de *valoração* da prova antecipada, suficiente para afastar a incidência do “princípio da identidade física do juiz” (art. 132; v. n. 6 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1 e n. 6 do Capítulo 1 da Parte IV do vol. 2, tomo I), poderia conduzir a entendimento diverso. Não há, contudo, qualquer razão para afastar da espécie as conclusões expostas pelo n. 3.1 do Capítulo 3 da Parte II.

O argumento de a *competência* para a produção antecipada de provas justificar-se também pela proximidade do juízo das pessoas a serem ouvidas ou das coisas a serem examinadas é excepcional, não podendo, por isso mesmo, alterar a conclusão exposta pelo parágrafo anterior, generalizando-a. É mister o exame de cada caso concreto e de suas peculiaridades para verificar se há, ou não, prevenção do juízo perante o qual se colheu antecipadamente a prova.

Justificada a competência para a cautelar preparatória em juízo diverso que o competente para o “processo principal” e afastada, conseqüentemente, a prevenção daquele, cabe ao juízo ao qual for distribuído o “processo principal” requisitar os autos do “processo cautelar” perante o qual se

antecipou a prova já que é nele que eles estarão arquivados mercê do art. 851.

O tema, contudo, desperta acesa discussão na doutrina. Humberto Theodoro Jr. (*Processo cautelar*, p. 336) e Calmon de Passos (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, tomo I, p. 123), forte no entendimento de que se trata de “típica medida cautelar”, por exemplo, entendem que a antecipação das provas gera prevenção. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo II, p. 247) e Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (*Processo cautelar*, p. 270) negam-na. Consoante esta dupla de autores, “substancialmente, não há prevenção decorrente da assecuração de prova, mesmo porque, como visto inicialmente, não constitui ela genuína medida cautelar” (...) “A medida de assecuração de prova deve ser sempre proposta no local *mais conveniente* para atingir a sua finalidade. Em regra, então, será ela ajuizada no local em que se encontra a pessoa ou o objeto que constituirá a fonte da prova a ser assegurada. Não teria nenhum sentido pretender instaurar a medida em uma cidade, para deprecar a oitiva da testemunha para outro local, quando esta é a única finalidade da ação” (o destaque é do original). Pouco mais à frente, após salientar a conveniência de a “ação principal” ser ajuizada perante o juízo diante do qual se assegurou a prova, concluem que “a reunião das ações, porém, não decorre da prevenção, mas apenas da tentativa, na maior medida possível, dos princípios gerais que informam a atividade judicial e que buscam oferecer a decisão mais perfeita ao caso concreto” (*Processo cautelar*, p. 271).

A jurisprudência também ecoa a divergência, como fazem prova os seguintes julgados que salientam a importância de o tema reclamar análise das vicissitudes de cada caso concreto: STJ, 4ª Turma, AgRg na MC 10.565/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 25.10.2005, DJ 14.11.2005, p. 324 (afastando a prevenção); e STJ, 3ª Turma, REsp 712.999/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j.un. 12.4.2005, DJ 13.6.2005, p. 305 (defendendo a prevenção por ainda estar em curso a cautelar).

## **7. PRAZO PARA O “PROCESSO PRINCIPAL”**

Não se aplica à produção antecipada de provas o disposto no art. 806, no que há consenso entre doutrina e jurisprudência. O art. 677 do Código de

Processo Civil de 1939 era expresso a respeito ao fazer remissão ao inciso VI do art. 676, que disciplinava, dentre as “medidas preventivas”, as “vistorias, arbitramentos e inquirições *ad perpetuam memoriam*”.

Assim, mesmo que se entenda tratar-se de verdadeira “cautelar preparatória”, não há fluência do prazo de trinta dias previsto naquele dispositivo para o início do “processo principal”, independentemente de a prova ser efetivamente antecipada no âmbito da cautelar, liminarmente ou mercê da prolação da sentença que tem eficácia *imediata* por força do que dispõe o art. 520, IV (v. n. 6, *supra*).

A não observância daquele prazo, sob as consequências do art. 808, I (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte II), é mais que justificável na espécie porque nem sempre o instante procedimental adequado para a *produção* da prova meramente *antecipada* terá chegado comprometendo o entendimento diverso, a própria razão de ser da medida. Expressos nesse sentido são os seguintes acórdãos: STJ, 1ª Turma, REsp 641.665/DF, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 8.3.2005, DJ 4.4.2005, p. 200; e STJ, 5ª Turma, REsp 59.507/SP, rel. Min. Edson Vidigal, j.un. 10.11.1997, DJ 1.12.1997, p. 62.767.

# CAPÍTULO 8

## Alimentos provisionais

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os “alimentos *provisionais*” de que se ocupam os arts. 852 a 854 contrapõem-se aos chamados “alimentos *provisórios*” disciplinados pelo art. 4º, *caput*, da Lei n. 5.478/1968, a “lei de alimentos”.

Estes, os *provisórios*, pressupõem prova pré-constituída da razão pela qual a pensão alimentícia é devida. Aqueles, os *provisionais*, aqui examinados, são concedidos desde que o magistrado convença-se suficientemente de que os alimentos devem ser pagos, exigindo, por isso mesmo, o art. 852 e o *caput* do art. 854 a ocorrência de *fumus boni iuris*.

Ademais, do ponto de vista procedimental, os “alimentos *provisórios*” assumem feição idêntica a de qualquer pedido de antecipação de tutela fundamentado no art. 273 na medida em que a decisão do juiz que os fixa é proferida *incidentalmente* ao processo em que o autor pretende impor ao réu seu pagamento.

Os *provisionais*, como espécie de “cautelar *nominada*”, pressupõem a constituição e o desenvolvimento válido de um “processo” próprio, observando-se a disciplina do Livro III do Código. Trata-se, nessa perspectiva, de mais um caso em que o adjetivo “cautelar” é muito mais usado como indicativo de localização da disciplina no Código de Processo Civil do que, propriamente, de processo que realize a finalidade instrumental idealizada por boa parte da doutrina (v. n. 1 do Capítulo 1 da Parte II). É tamanho o grau de *satisfatividade* da medida que é lugar comum na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que os alimentos, independentemente da razão, do momento e dos fins pelos quais são pagos, tornam-se *irrepetíveis*, isto é, uma vez pagos, não podem ser recobrados.

### 2. HIPÓTESES

A distinção apontada pelo número anterior é tanto mais clara quando se analisa o art. 852, que descreve as hipóteses em que o pedido de alimentos *provisionais* pode ser formulado.

De acordo com o dispositivo, “é lícito pedir alimentos provisionais: I — nas ações de desquite e de anulação de casamento, desde que estejam separados os cônjuges; II — nas ações de alimentos, desde o despacho da petição inicial; III — nos demais casos expressos em lei”.

Com relação ao inciso I do art. 852, é importante salientar que o “desquite” lá referido deve ser entendido hoje como a “separação” e o “divórcio”. A ressalva de que os cônjuges já devem estar separados (de fato) é mera presunção assumida pelo legislador de que só naquela condição é que haveria *necessidade* da prestação alimentícia, o que se justifica diante da regra dos arts. 1.694 e 1.695 do Código Civil. A hipótese, por isso mesmo, cede a prova em sentido contrário, mormente quando o pedido de alimentos é formulado concomitantemente com pedido de “separação de corpos” nos termos do inciso VI do art. 888 (v. n. 7 do Capítulo 16).

Complementa o inciso I do art. 852 o disposto no parágrafo único do dispositivo, que esclarece que a verba alimentar compreende não só o que for necessário para sustento, habitação e vestuário do autor, isto é, a *necessidade* de que trata o *caput* do art. 854 (v. n. 3, *infra*), mas também “as despesas para custear a demanda”, que englobam, inclusive, os honorários de advogado.

O inciso II do art. 852 repete o disposto no art. 4º, *caput*, da Lei n. 5.478/1968. Rigorosamente, por força da distinção apontada pelo n. 1, *supra*, a hipótese é de “alimentos *provisórios*” que serão devidos ao longo do *processo* no qual, para os fins daquele diploma legislativo, discute-se se os alimentos são, ou não, devidos.

O art. 852, III, por fim, remete aos demais casos expressos em lei. Tais casos correspondem a todos aqueles em que, à luz do direito material, há pretensão exercitável de alimentos em face de alguém. É o que se verifica em diversos dispositivos do Código Civil como, por exemplo, os seguintes: o *caput* do art. 1.694, que reconhece legitimidade aos “parentes, cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos”; o art. 1.696, segundo o qual “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos

em grau, uns em falta de outros”, regra complementada pelo art. 1.697 (“Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais”), extensiva também aos casos de separação judicial em benefício do cônjuge inocente (art. 1.702) e aos casos de tutela (art. 1.740, I). A ocorrência de homicídio, por sua vez, dá origem ao dever de pagar alimentos nos termos do art. 948, II, do Código Civil.

Também a Lei n. 11.340/2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”, ao disciplinar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, prevê como uma das “medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor” a “prestação de alimentos provisionais ou provisórios” (art. 22, V), a ser concedida pelos “Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher” (art. 14 da Lei n. 11.340/2006) ou, enquanto não instauradas, pelo juízo criminal que cumulará a competência cível, nos termos do art. 33 do mesmo diploma legal.

### **3. PETIÇÃO INICIAL**

O *caput* do art. 854 exige que o autor exponha, na petição inicial, a sua *necessidade* no recebimento da verba alimentar e a *possibilidade* de o réu prestá-la. Trata-se de exigência derivada do próprio direito material. Dispõe, com efeito, o § 1º do art. 1.694 do Código Civil, que: “Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”. E, de acordo com o art. 1.695, em complementação: “São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”.

As “necessidades” e as “possibilidades” exigidas pelo art. 854 correspondem ao que, em termos gerais, é identificado ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*, isto é, o próprio *mérito* da medida, de acordo com o que expõe o n. 4 do Capítulo 1 da Parte I.

### **4. COMPETÊNCIA**

O art. 853 excepciona o parágrafo único do art. 800 ao estatuir que “ainda que a causa principal penda de julgamento no tribunal, processar-se-á no primeiro grau de jurisdição o pedido de alimentos provisionais”.

Por força do dispositivo, a competência para processamento dos pedidos de alimentos provisionais é sempre do juízo da primeira instância, não obstante haver recurso de apelação pendente de julgamento no Tribunal ou novos recursos perante o Supremo Tribunal Federal e/ou o Superior Tribunal de Justiça.

Trata-se de previsão que, no particular, repete disposições similares de diversos Códigos Estaduais como, por exemplo, o art. 431, § 1º, do Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo; o art. 1.807 do Código Judiciário do Estado do Rio de Janeiro; o art. 999 do Código do Processo da Bahia e o art. 344 do Código do Processo do Espírito Santo de 1930, em rol elaborado por Camara Leal, *Código do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo*, vol. II, p. 576-579.

A opção do legislador é feita na expectativa de estabelecer melhores condições para a formulação e concessão do pedido de alimentos perante o próprio juízo que promoverá sua execução (art. 475-P, II; v. n. 2.1 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 3). Justamente por essa razão é que a *concorrência* de foros admitida pelo parágrafo único do art. 475-P não deve ser aprioristicamente descartada, não obstante a peculiaridade das técnicas executivas disponíveis para a cobrança das verbas alimentares (como expõe o n. 3 do Capítulo 7 da Parte II do vol. 3).

## 5. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

O parágrafo único do art. 854 é expresso quanto à possibilidade de o autor, isto é, quem formula o pedido de alimentos, requerer a fixação *imediate* da pensão sem a prévia oitiva do réu. Trata-se, a exemplo do que genericamente é previsto pelo art. 804, de decisão *antecipatória da tutela*, proferida *inaudita altera pars*, cuja correção pressupõe a demonstração suficiente não só do *fumus boni iuris*, mas também de *periculum in mora* intenso o suficiente para *legitimar* o *postergamento* do estabelecimento da ampla defesa.

A despeito do silêncio do dispositivo, não há motivo para afastar a necessidade de ser designada “audiência de justificação” para que nela,

mesmo *antes* da citação do réu, o autor produzir prova suficiente de suas alegações quanto à *necessidade* no recebimento da pensão e quanto à *possibilidade* de seu pagamento pelo réu.

## 6. PROCEDIMENTO

Não há nenhuma peculiaridade procedimental quanto ao pedido de alimentos provisionais.

O réu é citado para apresentar suas respostas, seguindo-se a fase ordinatória, instrutória e decisória, consoante o comportamento por ele assumido e as alegações e provas por ele trazidas aos autos, tudo a ser devidamente avaliado pelo magistrado.

Da sentença, cabe apelação que não tem efeito suspensivo (art. 520, IV), razão por que eventual decisão liminar relativa aos alimentos perde, de imediato, sua eficácia, prevalecendo o disposto na sentença (v. n. 9 do Capítulo 3 da Parte II).

Para os casos em que os alimentos são fixados com fundamento no art. 4º, *caput*, da Lei n. 5.478/1968, isto é, nas chamadas “ações de alimentos” — os “alimentos *provisórios*” (v. n. 1, *supra*) —, a hipótese comporta considerações diversas, tendo em conta a regra específica do art. 520, II. Para essa discussão, v. n. 4.2.2 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 5.

Aplica-se, ao caso, o disposto no art. 806 porque se trata de “cautelar *constritiva*” (v. n. 6.4 do Capítulo 1 da Parte II), razão pela qual os efeitos de decisão concessiva da pensão alimentar — antecipada ou final — cessam quando não apresentada, no prazo de trinta dias a contar de sua efetivação, a “ação principal” (art. 808; v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte II). Nesse sentido, expresso quanto ao tema: STJ, 3ª Turma, REsp 436.763/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 27.11.2007, DJ 6.12.2007, p. 312.

É certo, contudo, que o rigor daquele prazo deve ser atenuado nos casos relativos ao direito de família e nos referentes aos direitos da criança e do adolescente, dado o tratamento diferenciado disponibilizado àquelas situações desde o plano material, consoante clássica lição de Galeno Lacerda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, p. 215). De qualquer sorte, não há como olvidar da ressalva feita por Márcio Louzada Carpena (*Do processo cautelar moderno*, p. 310-311), no sentido de que a não observância do prazo do art. 806 em tais casos justifica-se,

mais propriamente, pela ausência de seu caráter verdadeiramente cautelar. Como escreve o próprio Galeno Lacerda: “Se a preclusão do art. 806 abrange as cautelas que importa segurança quando a bens materiais, destinada a garantir a execução, com as ressalvas acima, não cabe estendê-las, como regra, às providências que implicam antecipação provisória da prestação jurisdicional” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, p. 215).

# CAPÍTULO 9

## Arrolamento de bens

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A finalidade do “arrolamento de bens” é a documentação da existência e do estado de bens, sempre que houver receio de seu extravio ou dissipação, no que é claro o art. 855.

A medida não se confunde com o “sequestro” de que trata o Capítulo 3. É que, diferentemente do que se dá para aquela medida, o arrolamento pressupõe o desconhecimento dos bens cuja conservação se pretende. É por isso que o arrolamento busca, em primeiro lugar, identificar os bens no patrimônio do réu para, só depois, *conservá-los*. A ênfase da medida, destarte, repousa no *conhecimento* dos bens que estão na posse do réu.

Correto o entendimento de Ovídio Baptista da Silva (*Curso de Processo Civil*, III, p. 232-233) e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo II, p. 282), no sentido de que se trata de “verdadeira cautelar” para os fins do Livro III do Código de Processo Civil. Aplicam-se à medida, destarte, as considerações feitas pelos Capítulos 1 e 3 da Parte II, inclusive no que diz respeito à *prevenção* do juízo perante o qual se deu seu processamento e à necessidade de a “ação principal” ser ajuizada no prazo de trinta dias contados de acordo com o disposto no art. 806.

### 2. PETIÇÃO INICIAL

A petição inicial do arrolamento de bens, além das regras genéricas do art. 801, que disciplinam toda e qualquer cautelar (v. n. 3 do Capítulo 3 da Parte II), deve observar também o disposto nos incisos do art. 857.

De acordo com o inciso I do dispositivo, o autor deverá expor o seu direito aos bens que pretende ver arrolados, isto é, identificados, relacionados. A exigência justifica-se porque é a partir dela que o

magistrado verificará a *legitimidade* do autor para a formulação do pedido (v. n. 2.1, *infra*). Mas não é só: o direito ao arrolamento de bens constitui também o próprio *fumus boni iuris* que, para todos os fins, integra o mérito a ser julgado pelo magistrado (v. n. 4 do Capítulo 1 da Parte II).

O inciso II do art. 857 exige que o autor exponha os fatos que fundamentam o seu receio de extravio ou de dissipação dos bens a serem arrolados. A regra, consonante ao disposto no art. 855, é reveladora do *periculum in mora*. Sem o receio, objetivamente constatável, do extravio ou dissipação dos bens, não cabe a medida.

A *competência* deve observar a regra geral, isto é, o foro do domicílio do réu, mesmo quando a medida é cumulada com outros pedidos como o de partilha de bens e o de divórcio. Nesse sentido, fazendo menção expressa ao art. 94 do Código de Processo Civil, já decidiu a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 735.165/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 10.11.2009, DJe 23.11.2009.

A 2ª Seção do STJ (CC 111.230/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j.m.v. 8.5.2013, ainda não publicado) já teve oportunidade de reconhecer a competência de juízo arbitral para o processamento da medida considerando que a cognição exigida pelo referido art. 857 relaciona-se intimamente à razão pela qual se pleiteia o arrolamento, o que, mercê da cláusula arbitral, afastava a possibilidade de sua apreciação pelo Estado-juiz.

## 2.1. Legitimidade ativa

O *caput* do art. 856 reconhece legitimidade a todo aquele que tiver interesse na conservação de bens para requerer o arrolamento.

O interesse do requerente pode derivar de direito seu já devidamente reconhecido em juízo ou fora dele (título executivo *judicial* ou *extrajudicial*, respectivamente) ou ainda a ser reconhecido. É o que se lê do § 1º do art. 856, que se refere a esta última hipótese como direito “que deva ser declarado em ação própria”.

O § 2º do dispositivo, contudo, restringe-a quando, na perspectiva do plano material, tratar-se de credor daquele cujos bens pretende-se arrolar. Para eles, o arrolamento só é cabível nos casos em que tem lugar a “arrecadação de herança”, isto é, nos casos em que não forem conhecidos sucessores do falecido e, mercê do procedimento dos arts. 1.142 a 1.158 —

um dos “procedimentos especiais de jurisdição voluntária” disciplinados pelo Código de Processo Civil —, for declarada jacente a herança (arts. 1.819 a 1.823 do Código Civil).

Até porque, como se lê do art. 1.154, “os credores da herança poderão habilitar-se como nos inventários ou propor a ação de cobrança”, sendo certo que, de acordo com o art. 1.158, “transitada em julgado a sentença que declarou a vacância (...) os credores só poderão reclamar o seu direito por ação direta”. À luz desses dispositivos, a finalidade *cautelar* da medida é claramente evidenciada.

### **3. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA**

Quando a intensidade do *periculum in mora* (v. n. 2, *supra*) for de tal monta que a prévia citação do réu puder comprometer a higidez da medida, o magistrado poderá conceder o arrolamento de bens antecipadamente, com a concessão do que os usos e práticas do foro consagraram com o nome de “medida liminar” (art. 804; v. n. 3.8 do Capítulo 3 da Parte II).

Não convencido dos fatos alegados pelo autor suficientemente, poderá o magistrado, para formar melhor convicção a seu respeito, designar audiência de justificação, após a qual a medida pode ser deferida. O *caput* do art. 858 expressamente prevê a hipótese.

A prévia oitiva do réu, ou seja, daquele que possui ou detém os bens, será assegurada se ela “não comprometer a finalidade da medida”, orientação que, expressa no parágrafo único do art. 858, amolda-se ao “modelo constitucional do processo civil”, nos termos expostos, a propósito do art. 273, I, pelo n. 2.4 do Capítulo 1 da Parte I.

### **4. PROCEDIMENTO E CONCESSÃO DO PEDIDO**

Não há nenhuma peculiaridade procedimental para o arresto, devendo ser observado, na íntegra, o disposto nos arts. 800 a 804, após o que o magistrado proferirá sentença acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido do autor, confirmando, ou não, decisão antecipatória da tutela anteriormente concedida em seu favor.

O deferimento do arrolamento de bens, independentemente de se tratar de decisão antecipatória da tutela ou de sentença, impõe que seja nomeado

*depositário* dos bens (art. 858, *caput*), que se responsabilizará por sua guarda e conservação (arts. 148 a 150) até ulterior deliberação jurisdicional no “processo principal” (v. n. 1, *supra*).

Não havendo quem exerça as funções de depositário como auxiliar da justiça (art. 139) ou depósito público, sua escolha recairá em alguém da confiança do magistrado ou, até mesmo, no autor ou no réu, desde que haja concordância expressa nesse sentido (art. 666, § 1º), na linha do que determina a Súmula 319 do Superior Tribunal de Justiça, que, embora refira-se expressamente a “bens *penhorados*”, deve ser aplicada também para os de “bens *arrolados*” (v. n. 2 do Capítulo 2). Não há, outrossim, como recusar que o depósito se dê em depositário particular, aplicando-se, à espécie, também por analogia, o disposto no inciso III do art. 666.

As despesas relativas à prática desses atos correrão por conta de quem deu azo à medida, aplicando-se, sem quaisquer ressalvas, o “princípio da sucumbência” agasalhado pelo sistema processual civil (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1).

## 5. DILIGÊNCIAS

De acordo com o art. 859, o depositário dos bens lavrará auto no qual descreverá minuciosamente todos os bens, identificando-os, e destacando o que for necessário para a sua conservação.

Quando não for possível arrolar os bens desde logo ou concluir as diligências no mesmo dia, serão lacrados o imóvel ou os móveis em que os bens se localizam — o art. 860 refere-se à aposição de “selos nas portas da casa ou nos móveis” —, prosseguindo-se os atos em dia a ser designado.

Apesar do silêncio dos dispositivos que disciplinam a medida, é irrecusável que as diligências sejam acompanhadas pelas partes e por seus procuradores, ressalvados, apenas, os casos em que a prévia oitiva do réu tiver aptidão de comprometer o atingimento de sua finalidade.

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A justificação, em consonância com o art. 861, visa à formalização de algum fato ou relação jurídica, desde que não contenciosa, como documento para servir de prova em processo administrativo ou jurisdicional.

Como, nos termos do art. 863, a justificação se limita à inquirição de testemunhas sobre os fatos alegados na petição inicial, é correto o entendimento de que, em última análise, a medida busca transformar em documento a prova testemunhal a ser oportunamente utilizada.

Ela não se confunde, contudo, com a “produção antecipada de provas” analisada pelo Capítulo 7. Diferentemente do que se dá naquela sede, aqui não existe (não pode existir) conflito entre as partes. Trata-se de medida que, não obstante sua localização no Livro III do Código de Processo Civil, não tem natureza verdadeiramente cautelar. É medida que melhor se afina ao que o próprio Código de Processo Civil chama de “procedimentos especiais de jurisdição *voluntária*”. Correta, no particular, a lição de Leonardo Greco (*Jurisdição voluntária moderna*, p. 28), para quem a medida é verdadeiro “procedimento probatório”, assim entendidos aqueles casos de jurisdição voluntária “em que a atividade do juiz consiste na aquisição de uma prova, como na medida cautelar de justificação (CPC, arts. 861 a 866), que se destina apenas a conservar a prova de um fato sem correlação imediata com qualquer pretensão de direito material”.

Não existe e não pode existir, na justificação, portanto, qualquer elemento que possa, potencial ou futuramente, ser considerado como litigioso. É essa a razão pela qual o legislador valeu-se da expressão “sem caráter contencioso” no art. 861.

### 2. CITAÇÃO DOS INTERESSADOS

A despeito de seu caráter não contencioso, o *caput* do art. 862 impõe que, ressalvadas as hipóteses legais, é essencial a citação dos interessados para a justificação. A despeito da letra do dispositivo, contudo, é melhor entender o ato como mera intimação ou cientificação já que não há espaço, na justificação, para exercício de ampla defesa. Não é nela que seu autor, o “requerente”, pretenderá obter qualquer situação de vantagem.

De acordo com o parágrafo único do art. 862, o Ministério Público intervirá quando o interessado não puder ser citado pessoalmente. O dispositivo merece ser interpretado à luz do “modelo constitucional do direito processual civil”. A intervenção do Ministério Público não se justifica mais para exercer a função de “curador de ausentes” ou citados (intimados ou cientificados) *fictamente*. Este mister institucional é da Defensoria Pública (art. 4º, XVI, da Lei Complementar n. 80/1994 na redação que lhe deu a Lei Complementar n. 132/2009; v. n. 5 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1). Assim é aquele órgão, e não o Ministério Público, que deverá intervir no processo para os fins do parágrafo único do art. 862.

Se, contudo, além daquela circunstância, houver alguma das hipóteses do art. 82, a intervenção do Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei, será obrigatória (v. n. 3.2 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1).

### **3. PETIÇÃO INICIAL**

A petição inicial, em consonância com o art. 861, demonstrará a razão pela qual o autor pretende justificar, pela inquirição de testemunhas, algum fato ou relação jurídica, reduzindo o testemunho a documento que será utilizado oportunamente em processo jurisdicional ou administrativo.

A peça pode vir acompanhada de documentos (art. 863) que comprovarão a pertinência da medida ou, até mesmo, darão diretrizes aos testemunhos que serão tomados.

Não há exigência legal, diferentemente do ocorre com o “procedimento sumário” (v. n. 1 do Capítulo 2 da Parte VI do vol. 2, tomo I), de que o rol de testemunhas seja apresentado, sob pena de preclusão, com a petição inicial. Por isto, o magistrado fixará o prazo em que o rol deve ser fornecido, observando-se o direito de a parte contrária contraditá-las (v. n. 4, *infra*). No silêncio, prevalece a regra genérica do art. 407, *caput*.

Tratando-se de medida que não tem “verdadeira” natureza cautelar (v. n. 1, *supra*), não incide o disposto no art. 801, III (v. n. 3.3 do Capítulo 3 da Parte I).

A prática mostra que grande parte das justificações encontradas no foro é para fins da previdência social. Trata-se de casos em que trabalhadores, sem qualquer documentação quanto a seu tempo de trabalho, reduzem a prova documental testemunhos de seu tempo de serviço para, oportunamente, pleitearem, junto ao INSS, os benefícios cabíveis.

Mesmo em se tratando de justificação promovida em face daquela autarquia federal, importa destacar a regra contida no § 3º do art. 109 da Constituição Federal, que excepciona, para casos que tais, a competência da justiça *federal* nos termos do inciso I do mesmo dispositivo constitucional (v. n. 2.3 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I). Assim, a despeito da presença de autarquia federal como *ré* no processo em que se pretende a justificação de tempo de serviço para fins previdenciários, a competência é do juízo estadual quando não houver, na mesma comarca, vara federal, como expressamente autoriza o inciso II do art. 15 da Lei n. 5.010/1966. É nesse sentido a Súmula 32 do STJ: “Compete à justiça federal processar justificações judiciais destinadas a instruir pedidos perante entidades que nela têm exclusividade de foro, ressalvada a aplicação do art. 15, II, da Lei n. 5.010/1966”.

## 4. OITIVA DAS TESTEMUNHAS

Proferido juízo *positivo* de admissibilidade e citados (intimados) os eventuais interessados, ouvem-se as testemunhas em audiência a ser designada para tanto.

Embora o art. 865 vede, no “processo de justificação”, defesa ou recurso, o art. 864 expressamente autoriza ao réu, que o dispositivo trata como “interessado”, “contraditar as testemunhas, reinquiri-las”, além de “manifestar-se sobre os documentos, dos quais terá vista em cartório por 24 (vinte e quatro) horas”.

A proibição do exercício da defesa no âmbito da justificação é coerente com a finalidade da medida e deve ser entendida no sentido de que o legislador, ao prevê-la, limitou-se a impor um *corte* na cognição jurisdicional — “cognição *parcial*” —, impedindo, com isto, a antecipação

de qualquer discussão que, oportunamente, será apresentada no âmbito administrativo ou jurisdicional. Não há na iniciativa, pelas razões expostas pelo n. 9 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1, nenhuma agressão ao “modelo constitucional do processo civil”.

A contradita das testemunhas deve observar o disposto no § 1º do art. 414, razão pela qual o rol respectivo, quando não constar da petição inicial, deve ser apresentado no prazo estabelecido pelo magistrado e, no seu silêncio, com, pelo menos, dez dias antes da audiência (art. 407). A antecedência justifica-se para que o réu tenha tempo de verificar se as testemunhas a serem ouvidas esbarram em alguma das vedações legais (v. n. 4 do Capítulo 6 da Parte IV do vol. 2, tomo I).

A oitiva das testemunhas, à falta de qualquer regra diferenciada, deve observar o disposto na Subseção II da Seção VI do Capítulo VI do Título VIII do Livro I do CPC, de cujo exame se ocupa o n. 5 do Capítulo 6 da Parte IV do vol. 2, tomo I.

Para viabilizar que o réu se manifeste adequadamente sobre os eventuais documentos apresentados com a petição inicial (v. n. 3, *supra*), o art. 864, excepcionando a regra genérica do art. 398, reserva o prazo de vinte e quatro horas “em cartório”, isto é, sem que os autos possam ser retirados para exame. Não há razão para entender que essas vinte e quatro horas devam anteceder necessariamente a audiência, sendo possível que a manifestação do réu a este respeito seja juntada aos autos independente e previamente à realização daquele ato.

## 5. SENTENÇA

Ouvidas as testemunhas, o magistrado proferirá sentença que se limitará a *homologar* a prova oral tal qual colhida, isto é, que reconhecerá, para os devidos fins, a correção da tomada dos testemunhos.

A *valoração* daquela prova, devidamente formalizada como *documento*, é questão que não se põe para o magistrado da justificação. Trata-se de tarefa a ser realizada por aquele a quem a justificação for apresentada para fins de prova, seja autoridade administrativa ou judicial (art. 866, parágrafo único). A justificação, em última análise, é apenas um meio de prova que, em conjunto com os demais porventura existentes e que venham a ser produzidos, receberá, oportunamente, seu valor. Nesse sentido: STJ, 4ª

Turma, REsp 793.182/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 7.2.2008, DJ 18.2.2008, p. 33.

De acordo com o *caput* do art. 866, após o transcurso de quarenta e oito horas do proferimento da decisão, os autos serão entregues ao autor, independentemente de traslado, a exemplo do que o art. 872 reserva para os protestos, notificações e interpelações (v. n. 2.5 do Capítulo 11) e o art. 876 para a homologação do penhor legal (v. n. 5 do Capítulo 12).

# CAPÍTULO 11

## Protestos, notificações e interpelações

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Seção X do Capítulo II do Livro III do Código de Processo Civil ocupa-se concomitantemente de três figuras que, posto serem próximas e deverem observar, do ponto de vista do direito processual, o mesmo *procedimento* (v. n. 3, *infra*), merecem ser distinguidas.

O *protesto*, de acordo com a lição de Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XII, p. 240), tem como finalidade “... comunicar a outrem, inclusive a terceiro, a vontade real do protestante, se de alguma ação sua, ou omissão, seria de inferir-se *outra* vontade. O ônus da prova fica de certo modo invertido, e o que recebeu o protesto, para se prevalecer da inferência, tem de provar que o protesto não corresponde à realidade dos fatos (*protestatio facto contraria*). Isto é: que a intenção que se tinha por assente existiu, ao contrário do que se teve por fito com o protesto”.

A *notificação*, consoante ensina o mesmo jurista (*Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XII, p. 250), “comunica e contém a intimação; mas há o *plus*, que é a provocação de atividade, positiva ou negativa de outrem. (...) Em toda notificação há, como *plus*, comunicação de vontade, ou, às vezes, comunicação dirigida ao notificado”. A notificação é exigida por diversos dispositivos do Código Civil (assim, v.g., os arts. 290, 292, 298 e 303) para que a cessão da obrigação opere, regularmente, seus efeitos.

“Interpelação é o exercício, ou pedido, ou exigência efetiva (*efflagitatio*). Só se dirige ao devedor; não se interpela o credor; ao credor, faz-se *oblação*. Quando a mora não se estabelece de plano, desde a exigibilidade do crédito, a interpelação é indispensável para que se produza: desde o momento em que o credor interpela o devedor é que começa a mora. (...) A *interpelação* é meio de se exercer a pretensão que deriva do crédito; a

*oblação* é o convite, da parte do devedor, ao credor, para que aceite a prestação” (Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XII, p. 250-251). É o que expressamente preveem, dentre outras hipóteses, o parágrafo único do art. 397, com relação à constituição em mora, o art. 474, quanto à cláusula resolutiva tácita, e o art. 525, para a constituição do devedor em mora para executar a cláusula de reserva de domínio, todos do Código Civil.

Trata-se, as três medidas aqui estudadas, de providências nitidamente *administrativas, voluntárias*, que melhor estariam localizadas no Código de Processo Civil se estivessem disciplinadas no âmbito dos “procedimentos especiais de jurisdição voluntária” (v. n. 1 da Introdução). Correta, no particular, a lição de Leonardo Greco, que as define como autênticos casos de jurisdição voluntária e, em consonância com sua classificação, “receptícios”, assim entendido o procedimento no qual “o juiz não profere decisões limitando-se a atuar como o veículo da manifestação de vontade do requerente” (*Jurisdição voluntária moderna*, p. 62). Seu exame nessa sede, contudo, justifica-se pela opção do legislador de alocá-las indistintamente e sem qualquer ressalva dentre as “medidas *cautelares*”, compondo o Livro III do Código.

Negar o caráter de *cautelar* às medidas aqui estudadas significa dizer que a “teoria geral”, de que se ocupa a Parte II, não é aplicável a elas. De ser destacada, a esse propósito, a circunstância de o juízo perante o qual o protesto, a notificação ou a interpelação foi efetivado (que será encontrado consoante as regras gerais de competência), não ficar *prevento* para o processo no qual as partes eventualmente discutirão acerca dos fatos que ensejaram aquelas medidas. Também não há necessidade de o requerente da medida demandar a parte contrária no prazo de trinta dias contados da efetivação do protesto, da notificação ou da interpelação. Afasta-se a aplicação do art. 806 à espécie.

## **2. PROTESTOS**

O art. 867 prevê como hipótese de cabimento do protesto toda e qualquer comunicação de vontade por “aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal”. Para tanto, prossegue o dispositivo, o requerente

“poderá fazer por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz, e requerer que do mesmo se intime a quem de direito”.

Na lição de Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XII, p. 240-241), “a lei processual adotou a fórmula mais geral, mais abrangente. Toda declaração de vontade, a que a lei possa atribuir eficácia jurídica, ou por ser elemento de negócio jurídico, ou de ato jurídico que não seja, só por si, negócio jurídico, pode ser objeto de *protesto*, no sentido amplo do art. 867”.

## 2.1. Petição inicial

O “protesto”, isto é, a manifestação de vontade que o autor pretende veicular por intermédio da atuação do Estado-juiz para os fins do art. 867, deve ser exposto em petição, com seus fatos e fundamentos respectivos (art. 868).

A petição, como se lê do art. 869, será indeferida se o autor não demonstrar “legítimo interesse” e se o protesto, tal qual formulado, tiver aptidão de causar dúvidas e incertezas, comprometendo a formação de contrato ou a realização de negócio lícito.

A ausência de “legítimo interesse” deve ser entendida como a ausência de “interesse de agir”, isto é, a *necessidade* e a *utilidade* da intervenção jurisdicional ainda que com as necessárias ressalvas do n. 1, *supra*. Como se trata, contudo, de providência nitidamente administrativa e voluntária, a exigência deve ser interpretada com maior flexibilização. Não há como indeferir o pedido de protesto, por exemplo, sob o argumento de que seu requerente poderia valer-se do cartório de títulos e documentos para atingir a mesma finalidade. É correto o indeferimento, contudo, quando não há prova suficiente acerca da relação jurídica que justifica a medida (STJ, 3ª Turma, REsp 1.200.075/RJ, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 23.10.2012, DJe 13.11.2012).

Para esse fim, cumpre destacar que também a *adequação* integra o “interesse de agir” (v. n. 3.2 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1), razão pela qual, para o deferimento do protesto, verificará o Estado-juiz a presença dos autorizativos legais, dos planos material e processual, que dão azo ao pedido que lhe é apresentado.

Assim, embora o protesto não tenha o condão de *antecipar* em nenhuma medida o litígio já existente ou por existir entre as partes (v. n. 2.4, *infra*), é inegável que importa a constatação exigida pelo próprio dispositivo em comento de que o protesto não poderá influenciar negativamente na realização de negócios jurídicos ou dar causa a dúvidas ou incertezas. A sua função informativa, inclusive a terceiros, contudo, não pode ser negada e, nesta medida, não pode inviabilizar o seu deferimento, máxime quando a iniciativa disser respeito à alienação de bens (v. n. 2.3, *infra*). Neste sentido, bem fundamentado, é o acórdão que a 3ª Turma do STJ proferiu no REsp 1.229.449/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 7.6.2011, DJe 15.9.2011.

O pedido também deverá ser indeferido quando o magistrado constatar que o autor pretende o atingimento de algum ato ilícito, no que é expresso o parágrafo único do art. 871 (v. n. 2.3, *infra*).

A decisão que indefere o protesto liminarmente é *sentença* e, como tal, seu contraste poderá ser feito pelo recurso de apelação (art. 513; v. n. 2 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 5).

Aceita a petição inicial, o réu ou, como quer a lei, o *requerido*, isto é, aquele em face de quem o protesto é dirigido, será *citado*. A *citação*, aqui, limita-se a dar ciência ao réu do pedido do autor (o “requerente”), já que, no âmbito do protesto, não há espaço para o exercício de defesa (v. n. 2.4, *infra*). Mais correto, por isso mesmo, e atento às definições dos arts. 213 e 234, nominar esse ato de *intimação* como, aliás, faz o art. 870 (v. n. 2.2, *infra*).

## 2.2. Intimação

Nem sempre há um destinatário certo para o protesto. É essa a razão pela qual o inciso I do art. 870 admite que sejam publicados editais para que se dê conhecimento ao público em geral do protesto, nos casos previstos em lei (como, por exemplo, para fins de *interrupção* da prescrição nos moldes do art. 202, II, do Código Civil) ou quando a publicidade seja indispensável para que o protesto atinja sua finalidade. Para tanto, é mister que o autor, desde sua petição inicial, justifique a necessidade de publicação nesses termos.

Também será feita a intimação por edital, de acordo com o art. 870, II, se o réu, isto é, aquele em face de quem o protesto é formulado, for desconhecido, incerto ou estiver em lugar ignorado ou de difícil acesso.

Por fim, a intimação editalícia será adotada se a demora na intimação pessoal do réu puder prejudicar os efeitos pretendidos pela medida (art. 870, III).

## 2.3. Protesto contra a alienação de bens

O parágrafo único do art. 870 ocupa-se de uma específica hipótese do protesto, que nomina de “protesto contra a alienação de bens”.

“A expressão ‘alienação de bens’ foi empregada no art. 870, parágrafo único, em sentido larguíssimo”, como adverte Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo II, p. 339), “compreendendo não só a compra e venda, doação, dação em pagamento, ou outra espécie de alienação traslativa, mas também a alienação parciária ou constitutiva (v.g., constituição de usufruto, servidão etc.) e mesmo a constituição de direitos reais, pois cortam, ao titular do domínio, o direito de alienar eficazmente. O conceito é ainda compreensivo da alienação de crédito, entendido este no seu aspecto de valor patrimonial, em que a cessão pode ingressar na categoria geral de alienação”.

Nessa específica hipótese, em consonância com o dispositivo, o magistrado, antes da publicação dos editais (v. n. 2.2, *supra*), poderá ouvir aquele contra quem o protesto é dirigido, quando lhe parecer que o pedido formulado por aquele que requer o protesto é emulativo, isto é, sem qualquer fundamento; extorsivo, ou seja, que demonstra ânimo de obtenção de vantagem indevida ou, de forma mais ampla, em que o requerimento revelar que, com ele, pretende-se a prática de algum ato ilícito.

Os editais serão publicados se for afastada aquela impressão; caso contrário, o pedido será indeferido, proferindo, o magistrado, sentença que, como tal, comportará apelação (art. 513).

Eventual *averbação* da medida no cartório de registro de imóveis é admitida, sem prejuízo da publicação aqui analisada, e, consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção, EREsp 185.645/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 9.12.2009, DJe 15.12.2009), está compreendida dentro do “dever-poder geral de cautela”.

Sua justificativa repousa na necessidade de dar a maior publicidade possível ao ato, evitando conflitos e insegurança para eventuais adquirentes do bem.

## 2.4. Exercício de defesa

O art. 871 veda expressamente que, no protesto, o réu exerça qualquer defesa. Também não é aceito “contraprotesto” nos próprios autos, iniciativa que deve ser tomada em “processo distinto”.

Na normalidade dos casos, a regra deve ser observada porque não macula o “modelo constitucional do processo civil”.

Tratando-se de medida administrativa, verdadeiramente voluntária, que de “cautelar” tem só o nome (v. n. 1, *supra*), não há, aprioristicamente, razão para aquele em face de quem o protesto é dirigido pretender se contrapor ao pedido do requerente, respondendo às razões que dão azo à medida. Uma tal resistência, no sentido mais amplo da palavra, será exercida oportunamente — “em processo distinto”, como diz o artigo de lei —, mas não no restrito âmbito do protesto, que, em última análise, limita-se a veicular manifestação de vontade do seu requerente. Trata-se de verdadeiro *corte* feito pelo legislador nas matérias passíveis de serem tratadas em determinadas atuações jurisdicionais, no plano da “cognição horizontal”, o que, como demonstram o n. 16 do Capítulo 1 da Parte II e o n. 9 do Capítulo 1 da Parte III, ambos do vol. 1, é aplicação escoreta do “princípio da efetividade do processo”.

A única exceção à vedação do art. 871 está no parágrafo único do art. 870. Quando se tratar de “protesto contra a alienação de bens”, poderá o magistrado, pelas razões expostas pelo n. 2.3, *supra*, ouvir previamente o réu antes de determinar a expedição dos editais. Mesmo em tais casos, contudo, é importante destacar que o magistrado não antecipa — e nem pode fazê-lo — qualquer discussão acerca do litígio que paira entre as partes no plano material. A autorização ou vedação da publicação dos editais em tal hipótese significa, tão somente, que o protesto atende, ou não, sua exigência legal. Nada mais.

Ao lado da manifestação de vontade do requerente que encontra fundamento no plano material, contudo, não há como negar que o protesto, tal qual disciplinado pelos dispositivos aqui comentados, é requerido ao Estado-juiz, consistindo em medida suficiente para o rompimento da inércia

da jurisdição e para o conseqüente exercício de atividade jurisdicional. Neste aspecto e para este fim, impera o plano *processual*, de direito público, inegavelmente indisponível para as partes a justificar a ressalva apontada de início.

Assim, quando não se fizerem presentes as exigências feitas pela lei para que se concretize o protesto, como, por exemplo, faltar o “interesse legítimo” do art. 869 ou, de acordo com o mesmo dispositivo, ele tiver aptidão de causar dúvidas e incertezas impedindo a consumação de algum negócio jurídico lícito, o que se espera é que o magistrado, de ofício, indefira o trânsito da medida tal qual requerida. Caso não o faça, não há óbice — e nem pode haver, sob pena de mácula ao “modelo constitucional do processo civil” — para que o requerido manifeste-se nos autos, embora não seja *citado* para tanto, e que convença o magistrado da necessidade de indeferimento do pedido.

O que não é tolerável para os fins do art. 871 é que, no âmbito do protesto, antecipe-se e resolva-se o litígio que já existe ou que está prestes a existir entre as partes; que haja, como quer o dispositivo legal, um *contraprotesto*, uma autêntica *resistência* ao protesto tal qual requerido na petição inicial do ponto de vista do direito material. Não, contudo, que o Estado-juiz, já que acionado, não possa manifestar-se sobre as questões de ordem pública, oficiosamente ou quando provocado para tanto.

Não há como recusar, outrossim, que de qualquer decisão proferida pelo magistrado ao longo do processo, caibam o recurso de *agravo de instrumento* contra as interlocutórias, afastada a pertinência do agravo retido por falta de *interesse* (v. n. 2 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5), e o recurso de *apelação* contra a sentença que rejeita o pedido do autor por não vislumbrar preenchidos os pressupostos legais autorizadores do protesto.

## 2.5. Destino dos autos

Dado o inegável caráter *administrativo* e não jurisdicional da medida (v. n. 1, *supra*), transcorridas quarenta e oito horas das intimações nos termos do art. 870 (v. n. 2.2, *supra*) e pagas as custas eventualmente devidas, os autos do protesto serão entregues ao autor independentemente da extração de qualquer cópia, que a lei trata como “traslado”.

Recebida a petição inicial, isto é, proferido juízo *positivo* de admissibilidade (v. n. 2.1, *supra*), não há espaço para que o magistrado profira qualquer sentença, mesmo que de cunho homologatório.

Os autos, assim entendida a documentação dos atos processuais relativos ao protesto, desde o seu pedido inaugural, passando pelo deferimento do magistrado até a realização das intimações tais quais requeridas, poderão ser utilizados pelo autor oportunamente como *prova* de que ele tomou aquela medida em face do réu.

Considerando a vedação do art. 871 (v. n. 2.4, *supra*), é em momento futuro que aumentará em importância o comportamento daquele em face de quem foi requerido o protesto, sendo certo que todos os atos processuais anteriormente praticados não são vinculantes a ele, ao próprio autor e ao Estado-juiz. É dizer: não há qualquer preclusão ou coisa julgada, formal ou material, a derivar do que ocorreu no protesto cuja documentação integral passa a possuir o seu requerente.

### **3. NOTIFICAÇÕES E INTERPELAÇÕES**

O art. 873 reserva para as “notificações” (v. n. 1, *supra*) e para as “interpelações” (v. n. 1, *supra*) o mesmo *procedimento* analisado pelos números anteriores.

A respeito da regra mencionada, cabe destacar que o inciso III do art. 870, ao disciplinar a necessidade de a intimação dar-se por editais, não se refere à notificação, fazendo alusão, apenas, ao protesto e à interpelação. É o que se lê do dispositivo: “Art. 870. Far-se-á a intimação por editais: (...) III — se a demora da intimação pessoal puder prejudicar os efeitos da interpelação ou do protesto”. Também omite a notificação o art. 871, ao dispor que o protesto e a interpelação não admitem qualquer manifestação do réu nos próprios autos.

O melhor entendimento, contudo, é o de que aquelas omissões são suficientemente colmatadas pela amplitude do art. 873 e, conseqüentemente, é como se não tivessem sido feitas pelo legislador. É nesse sentido a lição de Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XII, p. 249) e de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo II, p. 344).

Para os casos em que a notificação é extrajudicial, cabe destacar entendimento do Superior Tribunal de Justiça tomado em sede de Recurso Especial Repetitivo, no sentido de que: “A notificação extrajudicial realizada e entregue no endereço do devedor, por via postal e com aviso de recebimento, é válida quando realizada por Cartório de Títulos e Documentos de outra Comarca, mesmo que não seja aquele do domicílio do devedor” (STJ, 2ª Seção, REsp 1.184.570/MG, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j.un. 9.5.2012, DJe 15.5.2012).

# CAPÍTULO 12

## Homologação do penhor legal

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Há situações expressamente admitidas pela lei que autorizam quem se afirma credor de uma obrigação apossar-se de bens daquele que é tido como devedor como garantia do pagamento da dívida. Trata-se do “penhor legal”. *Penhor*, direito real de garantia, que vincula um específico bem ao pagamento da dívida por ele garantida (art. 1.419 do Código Civil). *Legal* porque o direito real de garantia decorre diretamente da lei e não de prévio acordo de vontades entre as partes.

É o que se verifica, por exemplo, nas hipóteses do art. 1.467 do Código Civil: “Art. 1.467. São credores pignoratícios, independentemente de convenção: I — os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, joias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito; II — o dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarneecendo o mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas”.

O procedimento regulado pela Seção XI do Capítulo II do Livro III do Código de Processo Civil disciplina a atitude que aquele que se afirma credor deve adotar quando do apossamento dos bens daquele que reputa devedor: pleitear, ao Estado-juíz, o reconhecimento de que sua atitude amolda-se em uma das hipóteses legais, legitimando, assim, a sua posse sobre os bens até ulterior satisfação de sua dívida. É neste específico sentido que deve ser entendida a *homologação*, isto é, a declaração jurisdicional da correção, aprovação, ratificação, confirmação, do ato praticado fora e independentemente do processo jurisdicional.

Não se trata, contudo, de uma hipótese em que o ordenamento jurídico prevê a possibilidade do exercício de “autotutela”, como defendem, dentre outros, Humberto Theodoro Jr. (*Processo cautelar*, p. 382); Luiz Orione

Neto (*Processo cautelar*, p. 406) e Fernando Gajardoni (*Direito processual civil IV*, p. 132). Fosse verdadeiro caso de “autotutela” e não haveria *necessidade* de o ato praticado no plano material ser “homologado”, isto é, reconhecido formalmente perante o Estado-juiz como correto. É a decisão do magistrado que, *substituindo* o ato praticado por aquele que requer a “homologação do penhor legal”, prevalece; não o ato praticado pelo particular ao arrepio da intervenção jurisdicional. Tanto assim que pode ocorrer de aquele ato não vir a ser homologado, julgando-se *improcedente* o pedido, tal qual formulado, no que é expresso o disposto na parte final do art. 876 (v. n. 5, *infra*). A “tutela *jurisdicional*”, destarte, é imprescindível para atestar a regularidade do ato a afastar, conseqüentemente, a legitimidade da autotutela. Prevalece, aqui também, seu caráter *substitutivo* de que trata o n. 3.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1.

A providência admitida pela lei processual civil, a ressalva merece ser feita, tem tudo para ter rara aplicação prática por força dos outros mecanismos que os credores mencionados pelo art. 1.467 do Código Civil têm, legitimamente, a seu dispor para se proteger de eventuais devedores nos dias atuais. De serem destacados, a título ilustrativo, a realização de depósitos em garantia, o fornecimento de cartões de crédito e, até mesmo, referências bancárias. Todas estas providências, a olhos vistos, têm condições de melhor assegurar o crédito independentemente de qualquer medida jurisdicional porque realizadas para e no plano material.

Como nenhuma dessas medidas, contudo, despertou, ainda, a atenção do legislador processual civil, cabe reservar os números seguintes para tratar da homologação do penhor legal.

## **2. NATUREZA DA MEDIDA**

A medida aqui examinada tem natureza *cautelar* no sentido destacado pelo n. 1 do Capítulo 1, a despeito da acesa polêmica doutrinária a esse específico respeito.

Como tal, aplica-se a ela toda a “teoria geral” de que trata a Parte II, inclusive o que diz respeito à necessidade de demonstração de *periculum in mora*.

A discussão, contudo, não pode ser travada apenas e exclusivamente no plano dogmático e teórico. É o art. 1.470 do Código Civil que, ao autorizar

que os sujeitos previstos no art. 1.467 realizem o penhor “antes de recorrerem à autoridade judiciária”, exige, sem quaisquer ressalvas, que “haja perigo na demora”.

Destarte, realizado o penhor nos termos da lei material, cabe a quem o realizou pedir, perante o Estado-juiz, sua homologação porque, de outro modo, a sua posse sobre os bens perderá o caráter de boa-fé (art. 1.202 do Código Civil).

Do entendimento de que a homologação do penhor legal tem natureza cautelar, decorre também o entendimento de que o juízo que apreciou o pedido fica prevento para o “processo principal” que, por sua vez, deverá ser iniciado no prazo do art. 806, consoante prévia indicação a ser feita na petição inicial, por força do inciso III do art. 801 (v. n. 3, *infra*).

### **3. PETIÇÃO INICIAL**

Feito o penhor nos casos autorizados pela lei (v. n. 1, *supra*), cabe àquele que o fez (que se afirma credor no plano material) requerer ao magistrado competente (v. n. 3.1 do Capítulo 3 da Parte II) sua homologação perante aquele que é tido, no plano material, como devedor.

Expresso nesse sentido é o art. 1.471 do Código Civil nos seguintes termos: “Tomado o penhor, requererá o credor, ato contínuo, a sua homologação judicial”. O “ato contínuo” a que se refere o dispositivo deve ser entendido como o “mais rapidamente possível” porque a legitimidade do penhor legal pressupõe, no plano material, a momentânea impossibilidade de buscar a tutela jurisdicional (art. 1.470 do Código Civil; v. n. 1, *supra*).

A petição inicial deverá ser instruída (art. 283) com a conta pormenorizada das despesas, a tabela dos preços e a relação dos objetos retidos, isto é, tomados como garantia (arts. 874 e 1.468 do Código Civil). Se se tratar da hipótese do art. 1.467, II, do Código Civil, a petição inicial, por identidade de motivos, deverá ser instruída com os documentos comprobatórios do arrendamento ou da locação ou com a justificação de sua inexistência.

Também deverá ser descrita (e comprovada) a ocorrência das hipóteses em que a lei permite o penhor legal. Assim, por exemplo, nos casos do art. 1.467 do Código Civil, o autor deverá provar que havia urgência justificadora do apossamento dos bens e que fora dado àquele que se afirma

devedor comprovante dos bens sobre os quais recaiu o penhor, nos termos do art. 1.470 do Código Civil.

Por ser medida de natureza cautelar (v. n. 1, *supra*), a petição inicial indicará “a lide e seu fundamento” (art. 801, III; v. n. 3.3 do Capítulo 3 da Parte II). O autor declinará, portanto, qual a “ação principal” que, no prazo de trinta dias contados da *homologação* do penhor legal, antecipada ou ulteriormente, apresentará ao Estado-juiz.

Proferido juízo *positivo* de admissibilidade da petição inicial, o réu será citado para pagar o valor que se afirma devido ou oferecer defesa. O art. 874, excepcionando a regra do art. 802, *caput*, reserva, para tanto, o prazo de vinte e quatro horas, a ser contado em conformidade com o disposto no parágrafo único do art. 802 (v. n. 5.1 do Capítulo 3 da Parte II).

O parágrafo único do art. 874 autoriza que o magistrado, diante da prova suficiente do pedido, homologue “de plano” o penhor. O dispositivo deve ser interpretado a partir da autorização genérica do art. 804, isto é, que o magistrado pode proferir medida antecipatória da tutela pretendida pelo autor ao final, a comumente chamada “medida liminar”, consolidando, desde logo, a posse dos bens do réu com o autor.

Não deve prevalecer entendimento no sentido de que, a depender da prova produzida pelo autor, seria desnecessário o desenvolvimento do *processo* com a citação do réu e o proferimento de oportuna sentença. Até porque, como expressamente prevê o art. 874, o réu pode optar por quitar a dívida desde logo, solucionando-se, de uma vez, o conflito existente entre as partes no plano material. Ademais, considerando o inegável caráter construtivo da medida, entendimento diverso seria agressivo do “modelo constitucional do processo civil”.

Quando concedida antecipadamente a tutela jurisdicional nos termos discutidos pelo parágrafo anterior, é dela que fluirá o prazo de trinta dias a que se refere o art. 806 para o ajuizamento da demanda em que o autor pretenderá o reconhecimento do seu crédito ou, na hipótese de possuir título executivo *extrajudicial*, buscará sua satisfação.

## 4. DEFESA

Não reconhecidos os valores reclamados pelo autor e, conseqüentemente, não paga a dívida indicada na petição inicial (v. n. 3, *supra*), o réu poderá

oferecer resposta.

O art. 875 limita as matérias que podem ser arguidas, o que não colide com o “modelo constitucional do processo civil”. Trata-se de corte no plano da “cognição *horizontal*”, verdadeiro caso em que a cognição a ser desenvolvida pelo magistrado é *parcial*, providência desejável para fins de otimização e racionalização da atividade jurisdicional (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). Ademais, qualquer discussão mais aprofundada entre o autor e o réu da medida não é inibida pelo sistema processual civil que exige para tanto, coerentemente, a provocação adequada do Estado-juiz, como se lê da parte final do art. 876 (v. n. 5, *infra*).

O réu pode arguir que o processo é nulo. Trata-se, a despeito da redação do inciso I do art. 875, da alegação de qualquer vício no plano do processo que comprometa a sua constituição e o seu desenvolvimento válido (pressupostos processuais de existência, de validade e negativos), e também de qualquer vício que comprometa a higidez do desenvolvimento no plano da ação (condições da ação). Quaisquer outros defeitos que, a despeito de não macularem o processo, tiverem aptidão de influenciar na regularidade de qualquer ato processual também são passíveis de alegação, conduzindo o processo à fase ordinatória.

O réu também pode alegar a extinção da obrigação (art. 875, II). Trata-se de defesa que reside no plano material e que envolve qualquer causa relativa às extinções das obrigações em geral.

Por fim, o art. 875, III, autoriza que o réu alegue que a hipótese não comportava a realização do penhor legal por “não estar a dívida compreendida entre as previstas em lei” ou, ainda, que os bens empenhados não estavam sujeitos a penhor legal.

A primeira hipótese afasta a correção do ato praticado pelo autor no plano material. A segunda relaciona-se à finalidade última do penhor legal, qual seja, da alienação dos bens empenhados para satisfação da dívida não paga. Se os bens empenhados são inalienáveis ou impenhoráveis, eles não estão sujeitos à atividade jurisdicional executiva (art. 648; v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 3) e, conseqüentemente, não podem ser tomados em penhor.

## **5. SENTENÇA**

Superadas eventuais fases ordinatória e instrutória, o magistrado proferirá sentença.

Se acolhido o pedido, a sentença homologará o ato praticado pelo autor no plano material reconhecendo sua correção. Neste caso, consoante se lê da primeira parte do art. 876, transcorridas quarenta e oito horas, os autos serão entregues ao autor, independentemente de traslado, salvo se, dentro desse prazo, a parte houver pedido certidão.

A entrega dos autos ao autor no prazo referido deve pressupor, a despeito da literalidade do dispositivo, que o réu não pretenda recorrer da sentença ou que já tenha sido certificado o transcurso do prazo para tanto. Ademais, a circunstância de os autos serem entregues ao autor não é, por si só, motivo para afastar a *prevenção* para o “processo principal” (v. n. 2, *supra*).

Como o recurso de apelação a ser interposto da sentença não tem efeito suspensivo (art. 520, IV; v. n. 9 do Capítulo 3 da Parte II), é da intimação daquele ato que flui o prazo do art. 806 — salvo se concedida *antecipadamente* (v. n. 3, *supra*) — porque, pela finalidade da medida, a *efetivação* da cautelar corresponde, em tudo e por tudo, ao reconhecimento jurisdicional da correção do ato praticado pelo autor no plano material.

Se a sentença for de rejeição do pedido, é o que se lê da segunda parte do art. 876, o penhor não será homologado e será determinada a devolução dos bens ao réu, ressalvado, expressamente, o direito de o autor cobrar os valores que entende devidos por “ação ordinária”, isto é, pela via própria, o chamado “processo de conhecimento”, que se desenvolverá com observância do “procedimento *comum*” disciplinado pelo Livro I do Código de Processo Civil.

Na hipótese de os bens não serem devolvidos espontaneamente ao réu, não há por que impedir que ele, nos mesmos autos (e no mesmo *processo* já devidamente instaurado), requeira ao magistrado a expedição de mandado de busca e apreensão em face do autor, por analogia ao que dispõe o art. 840. Trata-se de medida que, a um só tempo, afina-se ao “princípio da economia e eficiência processuais” e viabiliza a escorreita responsabilização do autor da cautelar nos precisos termos do art. 811 (v. n. 12 do Capítulo 1 da Parte II), além de bem concretizar esse verdadeiro “efeito *anexo*” da sentença (v. n. 10.2 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I).

Justamente pela previsão do último dispositivo legal destacado é que o autor da medida, em função da rejeição de seu pedido, não se isenta de *também* responder pelos danos que a sua atuação tiver ocasionado ao réu. Para tanto, importa, pelas peculiaridades da medida aqui analisada, destacar que eventuais danos experimentados pelo réu decorrem já do plano *material* (do desapossamento dos bens por aquele que se entendia credor) e não da formulação do pedido de homologação ao Estado-juiz.

Importa destacar, por fim, que a sentença proferida na cautelar em exame não é título executivo *judicial*, não se amoldando ao inciso I do art. 475-N (v. n. 4.1 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 3). Ela se limita a *reconhecer* ou não a correção do ato que teria motivado o penhor legal, nada dispondo acerca da existência, ou não, da relação de crédito e débito entre as partes. A ocorrência de pagamento, para os fins do art. 874, *caput* (v. n. 4, *supra*), não influi nessa conclusão porque não há, na perspectiva da disciplina legislativa, *pedido* para esse fim. O pagamento lá referido é, apenas e tão somente, circunstancial. Ele é feito *espontaneamente* pelo réu.

O que pode ocorrer, diferentemente, é que o autor, ao ensejo de requerer a “homologação do penhor legal”, formule, desde logo, o pedido de cobrança da dívida e que, neste sentido, *cumule* duas pretensões diversas. A iniciativa, que não é regulada pelos arts. 874 a 876, tem total apoio deste *Curso* porque, a par de bem realizar o princípio da economia e da eficiência processuais, aplica adequadamente o disposto no § 7º do art. 273 (v. n. 3 do Capítulo 8 da Parte I).

# CAPÍTULO 13

## Posse em nome do nascituro

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A medida disciplinada pelos arts. 877 e 878 tem como finalidade o reconhecimento jurisdicional da gravidez da mulher para que ela, na qualidade de verdadeira gestora de negócios, do nascituro, invista-se na posse de seus direitos. Trata-se de providência que, em última análise, limita-se a declarar formalmente a concepção do nascituro, viabilizando, conseqüentemente, que seja exercida a defesa de seus direitos.

À luz do disposto no art. 2º do Código Civil, mera repetição, no particular, do que já constava do art. 4º do Código anterior, de 1916, a previsão feita pelo Código de Processo Civil pode parecer, até mesmo, supérflua.

É que havendo, no plano *material*, direitos ao nascituro — assim, v.g., com relação ao disposto nos arts. 542, 1.609, parágrafo único, 1.779 e 1.798, todos do Código Civil, inclusive à percepção de dano moral (STJ, 3ª Turma, REsp 931.556/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 17.6.2008, DJe 5.8.2008) —, é irrecusável a conclusão da possibilidade de seu exercício no plano *processual*, observando-se, para tanto, o suprimento de sua incapacidade nos termos do art. 8º (v. n. 3.2.4 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

A importância da medida regulamentada pela lei processual civil, contudo, é a de viabilizar à mãe do nascituro o reconhecimento de sua gravidez, eliminando, com isso, qualquer discussão a este respeito em todo e em qualquer caso em que a defesa dos direitos do nascituro fizer-se necessária. Tanto assim que, mesmo nos casos em que não for realizado o exame relativo à gravidez da mãe, os direitos do nascituro não são prejudicados (art. 877, § 3º).

Trata-se, por isso mesmo, de medida não cautelar, a despeito de sua localização no Código de Processo Civil, mais se assemelhando a (mais)

uma hipótese de “jurisdição *voluntária*”. É o entendimento, dentre outros, de Leonardo Greco, que vê a medida, de acordo com sua classificação, como um dos “procedimentos *declaratórios*”, isto é, “aqueles em que o juiz se limita a declarar a existência de uma relação ou de uma situação jurídica” (*Jurisdição voluntária moderna*, p. 28).

Conseqüentemente, a medida não comporta qualquer discussão quanto à filiação da criança e à efetiva existência de quaisquer direitos seus, tudo a ser debatido em consonância com as medidas jurisdicionais cabíveis conforme cada caso.

A razão destacada pelo parágrafo anterior é suficiente para apartá-la do disposto na Lei n. 11.804/2008, que disciplina os “alimentos gravídicos”, voltada a permitir que a mãe, durante a gravidez, obtenha pensão alimentícia do suposto pai da criança compreensiva das verbas do art. 2º do mesmo diploma legal. Em tal situação, a atuação da mãe, ao que tudo indica, dá-se na qualidade de *substituta processual* do nascituro, e tanto o caráter jurisdicional da medida quanto a sua *satisfatividade* são inegáveis (v. n. 6 do Capítulo 2 da Parte I). Mesmo com o veto presidencial ao art. 4º da precitada Lei n. 11.804/2008, que impunha que a petição inicial respectiva fosse *obrigatoriamente* instruída “com laudo médico que ateste a gravidez e sua viabilidade”, não há nenhuma razão para descartar que o laudo obtido por força do procedimento de que tratam os arts. 877 e 878 acompanhe o pedido, máxime porque, “convencido da existência de indícios de paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré” (art. 6º, *caput*, da Lei n. 11.804/2008).

No plano processual, a “posse em nome do nascituro” também não gera prevenção do juízo que a processou nem impõe que eventual “ação principal” seja ajuizada no prazo do art. 806. Dada a sua finalidade, aliás, a medida esgotar-se-á com o nascimento com vida do nascituro (art. 2º do Código Civil).

## **2. PETIÇÃO INICIAL**

Na petição inicial, a ser distribuída ao juízo competente (art. 800; v. n. 3.1 do Capítulo 3 da Parte II), a mãe exporá sua pretensão de documentar, perante o Estado-juiz, sua gravidez.

Se a mãe for incapaz, absoluta ou relativamente, ela será representada ou assistida em juízo, de acordo com as regras aplicáveis de direito material, consoante impõe a regra do art. 8º (v. n. 3.2.4 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

Em se tratando de direitos sucessórios, é documento indispensável que deverá acompanhar a petição inicial da medida aqui discutida a certidão de óbito da pessoa de quem o nascituro é sucessor (art. 877, § 1º).

Embora o Código de Processo Civil seja silente, há *réus* a serem citados consoante o direito a ser protegido.

Assim, por exemplo, quando se tratar de direitos sucessórios, serão *citados* todos os herdeiros. Neste caso, o exame relativo à gravidez poderá ser dispensado quando todos eles aceitarem a declaração da mãe (art. 877, § 2º). Quando se tratar de questionar doação feita ao nascituro (art. 542 do Código Civil), citado para a medida é o doador.

Ouvido o Ministério Público, que atuará, no caso, na qualidade de fiscal da lei (art. 82, I; v. n. 3.2 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1), o magistrado determinará que a mãe, requerente da medida, seja examinada por médico de sua nomeação (art. 877, *caput*).

Como não se trata de *perícia* mas de mero *exame* voltado à constatação de um *fato*, não há espaço para a formulação de quesitos e, tampouco, para a indicação de assistentes técnicos. Correto, no particular, Fernando Gajardoni (*Direito processual civil IV*, p. 139). A restrição não atrita com o “modelo constitucional do processo civil” porque bem afinada à finalidade da medida. Qualquer discussão relativa ao exercício de algum direito decorrente do reconhecimento da gravidez e, insista-se, inclusive acerca de quem é o pai do nascituro, não fica prejudicada ou vinculada à gravidez reconhecida para os fins dos arts. 877 e 878.

### **3. SENTENÇA**

Apresentado o laudo que atesta a gravidez narrada na petição inicial, o magistrado reconhecerá, por sentença, a autora como investida na posse dos direitos que cabem ou que caberão ao nascituro (art. 878, *caput*).

Não cabendo à mãe o exercício do “pátrio poder” do nascituro (ou, mais corretamente, o “poder familiar” de que trata o art. 1.630 do Código Civil),

o magistrado nomeará curador para ele (art. 878, parágrafo único), como também prevê o art. 1.779 do Código Civil: “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro”.

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O atentado disciplinado pelos arts. 879 a 881, que compõem a Seção XIII do Capítulo II do Livro III do Código de Processo Civil, deve ser entendido como a medida que permite ao magistrado, reconhecendo a prática de alteração ilícita no plano material subjacente ao processo, determinar sua restituição ao estado anterior, impondo, se for o caso, as sanções cabíveis, inclusive relativas a perdas e danos.

A nomenclatura empregada pelo legislador processual civil descreve, a um só tempo, o comportamento repudiado pelo sistema jurídico (a alteração ilegítima da situação de fato subjacente ao processo) e o meio jurisdicional apto para corrigi-lo, uma verdadeira metonímia, portanto.

Não há dúvida de que as alterações fáticas e jurídicas subjacentes ao processo podem influenciar a atuação do Estado-juiz. É expresso nesse sentido o art. 462 (v. n. 1 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1 e n. 7 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I). O que o atentado busca coibir são as alterações não autorizadas pelo sistema processual civil, isto é, aquelas que buscam, em alguma medida, frustrar os resultados úteis a serem obtidos, por uma das partes, mercê da atuação jurisdicional, as alterações ilícitas, portanto.

O atentado é medida cautelar típica, aplicáveis a ela as considerações que ocupam a “teoria geral” desenvolvida pela Parte II, em especial por seus Capítulos 1 e 3. A única ressalva digna de destaque é a de que, pela sua própria finalidade, trata-se de cautelar necessariamente *incidental*. O reconhecimento da ilicitude da alteração dos fatos que o caracteriza pressupõe processo pendente a afastar, conseqüentemente, a possibilidade de um atentado *antecedente* ou *preparatório* (v. n. 6.2 do Capítulo 1 da Parte II). O resultado útil pretendido pela intervenção jurisdicional, destarte, repousa no próprio processo já em curso.

É certo que o reconhecimento da ilicitude do comportamento de uma das partes não depende de uma renovada provocação do Estado-juiz sob as vestes de um “processo cautelar” e de uma “ação cautelar”. A discussão, contudo, remonta, necessariamente, à matéria de que se ocupam os ns. 2 e 3 do Capítulo 1 da Parte II, sendo descabida para o momento, voltado à descrição do *procedimento* de que tratam os arts. 879 a 881. Não há como deixar de registrar, contudo, o acerto do entendimento que admite a formulação (e a concessão) do pedido aqui examinado nos mesmos autos (e no mesmo *processo*), sem necessidade de sua *formalização* nos moldes do Livro III do CPC, máxime diante do alcance que ao § 7º do art. 273 quer dar o n. 3 do Capítulo 8 da Parte I.

## 2. HIPÓTESES DE CABIMENTO

O art. 879 indica as hipóteses em que uma das partes do processo comete “atentado”, isto é, que pratica alteração do estado de fato que busca, em alguma medida, comprometer o resultado útil do processo.

De acordo com o dispositivo, o atentado se verifica quando uma das partes, no curso do processo, violar penhora, arresto, sequestro ou imissão na posse (art. 879, I); prosseguir em obra embargada (art. 879, II) ou praticar qualquer outra inovação ilegal no estado de fato subjacente ao processo (art. 879, III).

Cada uma dessas hipóteses merece exame mais detido.

A violação de penhora (v. Capítulo 4 da Parte II do vol. 3), arresto (v. Capítulo 2), sequestro (v. Capítulo 3) ou imissão na posse (arts. 461-A, § 2º, e 625, por exemplo) significa a afirmação a ser feita pelo autor da medida de que o réu praticou algum ato que compromete a finalidade daqueles atos jurisdicionais. Assim, por exemplo, quando a parte esconde os bens penhorados, arrestados ou sequestrados ou cria qualquer tipo de embaraço para o cumprimento da *ordem* de imissão na posse.

A “obra embargada” a que se refere o inciso II do art. 879 remonta à chamada “ação de nunciação de obra nova”, procedimento especial disciplinado pelos arts. 934 a 940. Comete atentado a parte que deixa de acatar a determinação judicial de paralisação das obras, inclusive quando ela é concedida *antecipadamente* (art. 937).

O inciso III do art. 879 é amplo o suficiente para albergar qualquer hipótese em que uma das partes do processo pratique ato que, em última análise, altere ilicitamente o plano material sobre o qual a decisão jurisdicional surtirá seus efeitos. Justamente por isto é que é indiferente, para o deferimento da medida, que a alteração ilegítima no plano dos fatos — ou a ameaça de uma tal alteração — verifique-se na “etapa *cognitiva*” ou, já constituído o título, na “etapa *executiva*”, como já decidiu a 1ª Seção do STJ no MS 11.308/DF, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 9.4.2008, DJ 19.5.2008, p. 1.

Apesar da literalidade do dispositivo, é correto o entendimento de que, para fins da medida aqui examinada, não há necessidade de consumação do ato. A mera ameaça da prática do ato ilícito já é suficiente para a provocação do Estado-juiz, forte no que dispõe o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

### 3. PETIÇÃO INICIAL

A exemplo do que se dá com relação aos “alimentos *provisionais*” (v. n. 4 do Capítulo 8), a competência para processo e julgamento do atentado é do juízo de primeira instância ainda que o processo se encontre no Tribunal. O parágrafo único do art. 880, destarte, excepciona a regra do parágrafo único do art. 800 (v. n. 3.1.1 do Capítulo 3 da Parte II).

A petição inicial será autuada em separado, não havendo nenhuma peculiaridade procedimental a ser destacada, no que é expresso o *caput* do art. 880, que faz expressa remissão aos arts. 802 e 803.

Autor do atentado é quem afirma a ocorrência de, pelo menos, uma das hipóteses vedadas pelo art. 879 (v. n. 2, *supra*); réu é quem afirma ter praticado o ato ou estar na iminência de praticá-lo. Não há necessariamente correspondência entre as posições de autor e réu do “processo principal”. Eventuais *terceiros* cuja intervenção já tenha sido admitida no “processo principal” podem, consoante o caso, tomar a iniciativa da medida, justificando a sua legitimidade e, mais especificamente, o seu interesse. Em termos de legitimidade, importa sublinhar que “o atentado somente pode provir de quem figura no processo, com o dever de manter o *status quo*. Há, pois, de emanar de quem está na relação jurídica processual” (STJ, 3ª Turma, REsp 206.935/ES, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j.un. 20.4.2004, DJ 24.5.2004, p. 255).

Além da observância das exigências do art. 801, o autor poderá formular também pedido de perdas e danos indicando, desde logo, no que eles consistem, no que é claro o parágrafo único do art. 881.

Importa ressaltar, apenas, a desnecessidade da observância do inciso III do art. 801 considerando o caráter necessariamente *incidental* do atentado (v. n. 1 *supra*). Aplica-se à hipótese, destarte, a ressalva do parágrafo único do art. 801 (v. n. 3.3 do Capítulo 3 da Parte II).

Proferido juízo *positivo* de admissibilidade, o réu será citado — ou, como prefere este *Curso*, pelas razões expostas pelo n. 2.1 do Capítulo 3 da Parte II, *intimado* — para responder ao pedido do autor. Não há razão para descartar, dada a específica finalidade da medida, que o réu *reconvenha* ao autor afirmando que é ele o responsável pelos atos repudiados pelo art. 879, posição que defendem Galeno Lacerda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo II, p. 394 e 401), e, mais recentemente, Fernando Gajardoni (*Direito processual civil IV*, p. 146), dando azo, pois, a ressalva feita pelo n. 5 do Capítulo 3 da Parte II.

Seguem-se, se o caso exigir, as fases ordinatória e instrutória. Superadas ou sendo desnecessária a sua realização, o magistrado proferirá sentença.

Não há razão nenhuma para descartar a *necessidade* de o atentado ser concedido *antecipadamente*, observando-se o que, a respeito, expõe o n. 3.8 do Capítulo 3 da Parte II acerca do art. 804. Mais ainda nos casos em que a prática do ato ainda não se consumou e que a intervenção jurisdicional mostra-se apta a impedi-la.

## 4. SENTENÇA

De acordo com o art. 881, a sentença que reconhecer a ocorrência do atentado ordenará o restabelecimento do estado anterior, a suspensão do “processo principal” e a proibição de o réu falar nos autos até a “purgação do atentado”, isto é, até o restabelecimento da situação de fato ao que era antes da indevida alteração tal qual reconhecida pelo magistrado.

Os mecanismos executivos a serem adotados pelo magistrado para o restabelecimento das coisas em seu estado anterior são os previstos nos arts. 461 e 461-A, que poderão consistir, consoante o caso, na adoção de medidas *coercitivas* ou *sub-rogatórias* (v. n. 11 do Capítulo 1 da Parte II).

A “suspensão do processo principal” admitida pelo dispositivo será determinada consoante a providência tenha ou não condições de auxiliar no restabelecimento das coisas ao estado anterior. Não existe, ao contrário do que o texto legal sugere, nenhuma obrigatoriedade para tanto.

Por fim, a proibição de o réu falar nos autos até o restabelecimento das coisas ao estado anterior só poderá ser adotada se o magistrado, justificadamente, demonstrar que a medida impõe-se para o atingimento pleno da finalidade da medida. A medida não pode ser entendida como *pena* a ser aplicada ao responsável pelo ato reconhecidamente ilícito porque atrita com o “modelo constitucional do processo civil”, em específico com os princípios do “contraditório” e da “ampla defesa”, até porque sua aplicação poderia levar ao entendimento de que o réu não poderia sequer recorrer da decisão que a impõe. A esse respeito, vale o destaque de que o art. 601, na sua redação original, previa a mesma proibição como *pena* a ser aplicada nos casos de atos atentatórios à dignidade da jurisdição (desde que preclusa a decisão respectiva), que não sobreviveu às modificações trazidas pela Lei n. 8.953/1994.

Complementando a regra do *caput* do art. 881, dispõe o parágrafo único do dispositivo que a sentença poderá também impor ao réu o ressarcimento das perdas e danos experimentados pelo autor em razão dos atos que praticou, acolhendo pedido expresso para tanto (v. n. 3, *supra*).

Não havendo arbitramento de valor certo desde logo, é o caso de o *quantum debeatur* ser encontrado com observância do disposto nos arts. 475-A a 475-H, isto é, em “liquidação de sentença”, nos próprios autos do atentado (v. Capítulo 5 da Parte I do vol. 3). Uma vez encontrado o valor devido, sua execução seguirá o disposto no art. 475-J, por se tratar de título executivo *judicial* (v. Capítulo 1 da Parte II do vol. 3).

A despeito do silêncio da lei, outrossim, não há razão para descartar que o reconhecimento do atentado acarrete a apenação do réu em outras sanções previstas pelo sistema processual civil, assim as do art. 601 (v. n. 3.8 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 3) ou, mais amplamente, as do art. 18 (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1). Umas e outras independem de pedido do autor e são passíveis, conseqüentemente, de serem fixadas de ofício na sentença, observando-se a disciplina específica de cada caso.

Não se pode olvidar, outrossim, como lembra Fernando Gajardoni (*Direito processual civil IV*, p. 147), da possibilidade de prática do crime de “fraude processual” tipificado pelo art. 347 do Código Penal dentre os “crimes contra a Administração da Justiça”, a exigir que o magistrado officie a autoridade policial e o Ministério Público para as providências cabíveis quanto à sua apuração e, se for o caso, à sua apenação.

A sentença, embora contrastada por recurso de apelação, surte todos os seus efeitos de imediato, por força do que dispõe o inciso IV do art. 520 (v. n. 9 do Capítulo 3 da Parte II).

# CAPÍTULO 15

## Protesto e apreensão de títulos

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Seção XIV do Capítulo II do Livro III do Código de Processo Civil disciplina duas medidas diversas. A primeira, constante dos arts. 882 a 884, é o “protesto de títulos e contas judicialmente verificadas”. A segunda é a “apreensão de título não restituído ou sonogado pelo emitente”, regulada pelos arts. 885 a 887.

Os números abaixo ocupam-se separadamente de cada uma delas.

### 2. PROTESTO DE TÍTULOS E CONTAS JUDICIALMENTE VERIFICADAS

De acordo com o art. 882, “o protesto de títulos e contas judicialmente verificadas far-se-á nos casos e com observância da lei especial”.

Essa “lei especial” é a Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 1997, que “define a competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e documentos de dívida e dá outras providências”.

Como, por força de seu art. 3º, “compete privativamente ao Tabelião de Protesto de Títulos, na tutela dos interesses públicos e privados, a protocolização, a intimação, o acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, do título e de outros documentos de dívida, bem como lavrar e registrar o protesto ou acatar a desistência do credor em relação ao mesmo, proceder às averbações, prestar informações e fornecer certidões relativas a todos os atos praticados, na forma desta Lei”, não há como deixar de entender que aquela nova disciplina revogou, embora tacitamente (art. 43 da Lei n. 9.492/1997), os dispositivos do Código de Processo Civil que se ocupavam do mesmo assunto.

Não há, com efeito, como entender que o protesto de qualquer título, assim entendido “o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e

o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida” (art. 1º da Lei n. 9.492/1997), seja feito perante qualquer órgão que não o Tabelião de Protestos de Títulos. A competência *jurisdicional* reconhecida pelo art. 883 para esse *mesmo* fim, portanto, deixou de existir.

Ademais, o dispositivo, que se limita a prever a intimação do devedor, inclusive, se for o caso, por editais, foi superado pela disciplina dos arts. 14 e 15 da Lei n. 9.492/1997, que regula a prática dos mesmos atos perante o Tabelião de Protesto.

A revogação do art. 882 e, em especial, do art. 883 pela Lei n. 9.492/1997 é conclusão bastante coerente com toda a doutrina que teve oportunidade de se manifestar sobre o assunto, que sempre acentuou ser a presente medida meramente *administrativa*, mais um dos casos em que a atividade jurisdicional era *voluntária* e, por isso mesmo, passível de ser feita perante outras autoridades públicas (v. n. 1 da Introdução). É o caso, dentre tantos, dos ensinamentos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo II, p. 409), Humberto Theodoro Jr. (*Processo cautelar*, p. 411) e Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (*Processo cautelar*, p. 328).

Com o advento da Lei n. 9.492/1997, destarte, fica afastada a pertinência do estudo do tema no âmbito do direito processual civil porque não há atividade jurisdicional, de nenhuma espécie, a ser desenvolvida no caso, colocando-o, corretamente, no âmbito do direito comercial.

## **2.1. Dúvidas ou dificuldades na realização do protesto**

A única ressalva a ser feita com relação à conclusão do número anterior diz respeito ao art. 884. Nele, diferentemente do que se dá para o *protesto* do título, a competência jurisdicional é não só expressamente reconhecida como também inafastável sob pena de violação ao “modelo constitucional do processo civil”.

Assim, se o Tabelião manifestar dúvidas ou dificuldades com relação à lavratura do protesto ou à entrega do respectivo instrumento, poderá o interessado levar o impasse para solução perante o Estado-juiz nos termos do que expressamente prevê o art. 18 da Lei n. 9.492/1997: “As dúvidas do Tabelião de Protesto serão resolvidas pelo Juízo competente”.

Trata-se, inequivocamente, de mais um caso em que o Livro III do Código disciplina um “procedimento de jurisdição voluntária” e que, por isso mesmo, deve observar, por analogia, o que dispõem os arts. 198 a 207 da Lei n. 6.015/1973, a “Lei de Registros Públicos”, sobre o procedimento relativo à “declaração de dúvida”. Nesse sentido é a lição de Victor A. A. Bomfim Marins (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 12, p. 383).

Recebida a petição inicial, o Tabelião será ouvido, e o magistrado decidirá, proferindo sentença “que será transcrita no instrumento”. Analogicamente ao que dispõe o art. 466-A (v. n. 9.1 do Capítulo 1 da Parte V, do vol. 2, tomo I), a melhor interpretação para o dispositivo é no sentido de que a decisão do magistrado suprirá o ato não praticado pelo Tabelião.

A sentença, se for o caso, estabelecerá, também — e consoante haja pedido nesse sentido —, a *responsabilidade* do Tabelião nos termos do art. 38 da Lei n. 9.492/1997.

É correto o entendimento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo II, p. 414) de que, a despeito da redação do dispositivo legal, também o Tabelião tem legitimidade para provocar a atuação do Estado-juiz para o mesmo fim, ouvindo-se, antes da decisão, o *interessado*.

### **3. APREENSÃO DE TÍTULOS**

Diferentemente do que se dá com relação ao *protesto* de títulos que passou a ter disciplina própria com a Lei n. 9.492/1997 (v. n. 2, *supra*), a *aprensão* de títulos, regulada pelos arts. 885 a 887, mantém-se incólume no Código de Processo Civil.

Trata-se de medida *satisfativa*, mais um caso de “tutela jurisdicional diferenciada”, que toma de empréstimo das “verdadeiras cautelares” seu *procedimento* (v. n. 1 da Introdução).

#### **3.1. Finalidade da medida**

A medida aqui examinada relaciona-se intimamente com aqueles casos em que a apresentação do título de crédito ao seu devedor é imposta pelas leis respectivas para que os direitos nele retratados possam ser exercidos. É o

que se dá, por exemplo, com a duplicata que, de acordo com o art. 6º da Lei n. 5.474/1968, deve ser enviada ao comprador para que seja aceita.

Quando não houver a restituição do título nos prazos da lei material — assim, por exemplo, no prazo de dez dias contados da apresentação no caso da duplicata (art. 7º, *caput*, da Lei n. 5.474/1968) —, cabe ao interessado, com fundamento no art. 885, provocar o Estado-juiz para apreender o título não restituído ou sonegado pelo emitente, sacado ou aceitante consoante o caso que, no plano processual, assume a posição de *réu*.

Analisada dessa perspectiva, a providência assume inegável feição de uma específica “busca e apreensão”, diferenciada daquela que o Código de Processo Civil disciplina genericamente nos arts. 839 a 843 e que foi objeto de exame pelo Capítulo 5. Assim, a exemplo do que se pode admitir a respeito daquela hipótese, trata-se de medida inegavelmente *satisfativa*, não dependendo, por isso mesmo, de nenhuma “ação” ou “processo” principal, não aplicável, para ela, o disposto nos arts. 801, III, e 806 (v. ns. 2 e 3 do Capítulo 1 da Parte II).

## 3.2. Prisão

O art. 885 refere-se à possibilidade de prisão de quem recebeu o título para dar aceite ou efetuar o pagamento mas não o restituíu, desde que haja prova da entrega do título e da recusa da devolução. O art. 886 ocupa-se dos casos em que a ordem de prisão deve ser revogada.

Por se tratar de prisão *civil*, não há como sustentar que a previsão tenha sido recepcionada pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, que só a tolera no caso de não pagamento injustificado de pensão alimentar e de depositário infiel, sendo certo, com relação a esta última hipótese, sua discutível subsistência no ordenamento jurídico depois da introdução do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (v. n. 4 do Capítulo 3 e n. 6.3 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 3).

Recusada a constitucionalidade da prisão porque contrária ao “modelo constitucional do direito processual civil”, a melhor interpretação a ser dada ao parágrafo único do art. 885 é a de que, quando as alegações do autor estejam suficientemente comprovadas de plano, já com a petição inicial, cabe a concessão de “medida liminar” para a apreensão do título, sendo cabíveis, para tanto, os mecanismos coercitivos previstos nos arts. 461 e

461-A (v. n. 11 do Capítulo 1 da Parte II). Nada há que impeça, outrossim, máxime diante da redação do mesmo parágrafo único, que o magistrado designe “audiência de justificação” para colher prova oral que o convença suficientemente da *necessidade* da apreensão *antecipada* do título.

### 3.3. Sentença

Estabelecido o contraditório e superadas as fases ordinatória e instrutória, o magistrado proferirá sentença que será efetivada com observância dos arts. 461 e 461-A (v. n. 3.2, *supra*), estando sujeita a contraste por recurso de apelação, que não tem efeito suspensivo (art. 520, IV; v. n. 9 do Capítulo 3 da Parte II).

De acordo com o art. 887, o depósito do valor retratado no título — que, de acordo com o inciso I do art. 886, faz cessar a ordem de prisão — não será levantado até o trânsito em julgado da sentença.

A melhor interpretação para o dispositivo, destacada a impertinência da ordem de prisão para a hipótese (v. n. 3.2, *supra*), é a de que o levantamento de eventual pagamento do título pelo réu nos autos da medida será permitido após o julgamento de eventuais recursos a serem interpostos, excepcionando-se, assim, para esse específico fim, o referido inciso IV do art. 520. Se, por qualquer razão, houver *necessidade* de seu levantamento antes do encerramento da fase recursal, a hipótese passa a ser regida pelo disposto no art. 273, que autorizará o magistrado, consoante as circunstâncias concretas, a afastar a incidência da destacada regra específica.

# CAPÍTULO 16

## Outras medidas provisionais

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Sob o título genérico “outras medidas provisionais”, a Seção XV do Capítulo II do Livro III do Código de Processo Civil traz, para encerrar a disciplina relativa ao “processo cautelar”, uma série de medidas bastante heterogêneas que, de comum, tem, apenas e tão somente, seu *procedimento*.

É até mesmo difícil sustentar a natureza *cautelar* da maioria das medidas listadas nos oito incisos do art. 888, entendida a palavra no sentido exposto pelo n. 1 do Capítulo 1 da Parte II, isto é, como medida inapta para *satisfazer* um direito no plano material.

A maior parte delas, com efeito, é, clara e inequivocamente, “cautelar” só no *nome* e no *procedimento* que adotam; não nos seus *fins*. Elas não se voltam, com efeito, ao mero asseguramento dos resultados úteis de um “processo principal” futuro ou presente.

É correto, por isso mesmo, o entendimento de que grande parte dessas medidas representa, em verdade, pedidos *satisfativos* que se desenvolvem perante o Estado-juiz por *procedimento* abreviado (v. n. 1 da Introdução).

É como se dissesse que, para algumas dessas medidas, o legislador quis emprestar o *procedimento* típico do “processo cautelar” para dar vazão mais célere a determinadas situações de direito material sem que isso represente, na perspectiva do próprio Código de Processo Civil, uma *autêntica* “ação cautelar” ou um autêntico “processo cautelar”. A observação, de resto, é comum a mais de uma das “cautelares *nominadas*” previstas nas diversas Seções do Capítulo II do Livro III do Código, como acentua o n. 1 do Capítulo 1.

Ademais, em um Código de Processo Civil que, desde 1994, passou a possuir uma regra que agasalha um “dever-poder geral de antecipação” (art. 273; v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte I), é inegável que muitas das medidas

previstas no art. 888 têm tudo para perder muito de sua utilidade na forma como concebidas originariamente pelo legislador de 1973.

Com relação a muitos dos incisos do art. 888, com efeito, o que se tem visto no dia a dia do foro, com ampla aceitação da doutrina e da jurisprudência, é que as medidas lá previstas vêm sendo requeridas (e concedidas, quando presentes os respectivos pressupostos) *incidentalmente* ao processo inaugurado para obtenção da tutela jurisdicional relativa ao próprio direito material lesionado ou ameaçado.

Assim, por exemplo, é bastante frequente que um dos cônjuges pleiteie em juízo a sua separação e, ao mesmo tempo, à guisa de “tutela antecipada”, que seja autorizado a deixar o lar conjugal ou, forte em razões previstas no direito material, que o cônjuge que reputa culpado pela separação seja retirado da casa comum. Como o convívio sob o mesmo teto é um dos deveres do casamento (art. 1.566, II, do Código Civil), é inegável que medida que conceda, de imediato, aquele pedido, antecipa, ainda que *parcialmente*, a tutela jurisdicional em favor do requerente. Esvazia-se, por isso mesmo, o comando do inciso VI do art. 888 (v. n. 7, *infra*).

De qualquer sorte, para outras das variadas hipóteses do art. 888, não há razão para descartar aprioristicamente o caráter de “verdadeiras cautelares”, a exigir, conseqüentemente, que o regime jurídico exposto pelos Capítulos 1 e 3 da Parte II seja observado.

## 1.1. Procedimento

O *caput* do art. 888 dispõe que o magistrado pode ordenar ou autorizar na pendência do “*processo principal*” — o dispositivo faz alusão a “*ação principal*” — ou antes de seu início as medidas provisionais que seus oito incisos tratam de arrolar.

De acordo com o art. 889, “Na aplicação das medidas enumeradas no artigo antecedente observar-se-á o procedimento estabelecido nos arts. 801 a 803”.

Importa destacar que a observância da regra e, conseqüentemente, a adoção do *procedimento* lá estabelecido independem da verdadeira “natureza jurídica” da medida prevista nos diversos incisos do art. 888. Assim, sejam medidas genuinamente cautelares, nos termos discutidos pelo Capítulo 1 da Parte II, “medidas *satisfativas*” ou, até mesmo, medidas que

melhor estariam disciplinadas entre os casos de “jurisdição voluntária”, o *procedimento* a ser observado no *processo* onde se busca a prestação da tutela jurisdicional prevista pelos diversos incisos do referido dispositivo é o dos arts. 801 a 803.

Embora não haja remissão expressa, a competência jurisdicional em todos esses casos deve ser pesquisada levando-se em conta o art. 800, que, à exceção das hipóteses albergadas pelo seu parágrafo único, não traz nenhuma novidade digna de destaque à disciplina genérica do Livro I do CPC (v. n. 3.1 do Capítulo 3 da Parte II).

Vale o destaque, contudo, de que, nos casos de direito de família, é irrecusável uma maior *flexibilização* quanto à competência, sendo legítima a aproximação do juízo ao *dano* ou a *ameaça* que se pretende evitar ou imunizar com a intervenção jurisdicional (v. n. 3.1 do Capítulo 3 da Parte II).

Para os casos em que há crianças e adolescentes, outrossim, tem plena aplicação a regra específica e mais protetiva de seus interesses do art. 147 da Lei n. 8.069/1990, o “Estatuto da Criança e do Adolescente”, segundo o qual “a competência será determinada: I — pelo domicílio dos pais ou responsável; II — pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável”. Também importa dar destaque ao § 2º do mesmo dispositivo, ao autorizar que “a execução das medidas poderá ser delegada à autoridade competente da residência dos pais ou responsável, ou do local onde sediar-se a entidade que abrigar a criança ou adolescente”. A flexibilização da regra de competência, tendo em vista a “execução das medidas”, é diretriz que se afina bastante bem às considerações expostas pelo n. 3.1 do Capítulo 3 da Parte II.

Dispõe o parágrafo único do art. 888 que, “em caso de urgência, o juiz poderá autorizar ou ordenar as medidas, sem audiência do requerido”, regra que repete, de maneira simplificada, o art. 804.

Quando o magistrado não se convencer suficientemente da *necessidade* da concessão *liminar* da medida pelo que lhe é narrado e documentado na petição inicial, não há óbice para que ele designe “audiência de justificação” para tal finalidade, seguindo-se, se for o caso, a concessão da medida *antecipadamente* e a citação do réu para o processo até ulterior decisão.

Os números seguintes buscam indicar a finalidade de cada uma das medidas previstas pelo art. 888, dando seus contornos suficientes, indicando, inclusive, se se trata de medida genuinamente cautelar, de medida satisfativa ou de jurisdição voluntária, aplicando, assim, as considerações expostas pelo n. 1, *supra*.

## 2. OBRAS DE CONSERVAÇÃO EM COISA LITIGIOSA OU JUDICIALMENTE APREENDIDA

A finalidade da medida prevista no inciso I do art. 888 é a de serem autorizadas obras de conservação em coisa litigiosa (assim, por exemplo, nas chamadas “ações reivindicatórias”) ou em coisa judicialmente apreendida (como se dá, dentre outras situações, com bens penhorados, arrestados, sequestrados ou buscados e apreendidos).

A autorização, tal qual prevista, é pertinente até porque a necessidade de prévia deliberação judicial sobre se a obra é, ou não, necessária elimina qualquer alegação relativa à ocorrência de “atentado” (v. n. 2 do Capítulo 14).

Importa destacar que as obras a serem autorizadas só podem ser as consideradas *necessárias* pela lei civil (art. 96, § 3º, do Código Civil) porque são elas — e não as *voluptuárias* (art. 96, § 1º, do Código Civil) nem as *úteis* (art. 96, § 2º, do mesmo Código) — que “têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore”.

Trata-se de medida inequivocamente *cautelar* no sentido exposto pelo n. 1 do Capítulo 1 da Parte II. Assim, o deferimento das obras depende da comprovação da ocorrência de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora* a serem expostos (e comprovados) em petição inicial que observará o disposto no art. 801.

Como a litigiosidade da coisa e a sua apreensão judicial pressupõem processo pendente, a medida é, por definição, *incidental*, a dispensar a indicação da “ação principal” a ser ajuizada, aplicando-se ao caso a ressalva do parágrafo único do art. 801 (v. n. 3.3 do Capítulo 3 da Parte II).

Por identidade de motivos, não se aplicam a ela as consequências dos arts. 806 e 808, I (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte II), no que era expresso o art. 677 do Código de Processo Civil de 1939.

### 3. ENTREGA DE BENS DE USO PESSOAL DO CÔNJUGE E DOS FILHOS

O objetivo da medida prevista no inciso II do art. 888 é o de permitir ao interessado, isto é, a um dos cônjuges ou aos filhos que, quando menores, serão representados ou assistidos, consoante o caso (art. 8º), recuperar a posse de bens seus, de uso pessoal, retidos indevidamente na pendência da separação judicial, reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, divórcio direto, anulação de casamento e destituição do poder familiar.

O inciso V do art. 1.659 do Código Civil, ao tratar do regime de comunhão parcial do casamento, aplicável também aos casos de comunhão universal por força do que dispõe o art. 1.698, V, do mesmo Código, faz expressa menção aos “bens de uso pessoal, os livros e os instrumentos de profissão”, em previsão que bem se aplica à medida aqui examinada. Com relação aos filhos, é pertinente a menção ao art. 17 da Lei n. 8.069/1990, o “Estatuto da Criança e do Adolescente”, segundo o qual “o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”.

Trata-se, a bem da verdade, de uma verdadeira “ação possessória” específica e inegavelmente satisfativa, a exemplo do que o n. 3 do Capítulo 15 expôs com relação ao art. 885 e à apreensão de títulos lá prevista. Nada há nela de “cautelar” no sentido exposto pelo n. 1 do Capítulo 1 da Parte II. Trata-se, a bem da verdade, de uma medida inegavelmente satisfativa, um dos casos em que a tutela jurisdicional é obtida diretamente pelo *procedimento* cautelar, um caso típico de “tutela jurisdicional diferenciada”.

A despeito disso, a medida, uma vez concedida — antecipadamente ou a final —, será cumprida com base nas técnicas previstas no art. 461-A (v. n. 11 do Capítulo 1 da Parte II).

No âmbito da Lei n. 11.340/2006, que disciplina os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, o inciso I de seu art. 24 prevê que “para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente” (...) a “restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à

ofendida”. Trata-se de medida que se afina bastante bem, desde a perspectiva do direito material, à hipótese regulada pelo Código de Processo Civil, embora com campo de incidência próprio e perante juízo especializado ou, na sua ausência, criminal (arts. 14 e 33 da Lei n. 11.340/2006).

#### **4. POSSE PROVISÓRIA DOS FILHOS, NOS CASOS DE SEPARAÇÃO JUDICIAL OU ANULAÇÃO DE CASAMENTO**

A medida prevista no inciso III do art. 888 volta-se à definição de qual dos genitores tem direito à guarda provisória dos filhos na pendência da demanda em que se discute o rompimento dos laços matrimoniais.

Apesar da literalidade do dispositivo, o cabimento da medida também se justifica nos casos de divórcio direto, dissolução de união estável e reconhecimento e dissolução de sociedade de fato.

É tipicamente cautelar porque se volta à utilidade do “processo principal” em que se discute a responsabilidade dos cônjuges pelo rompimento do vínculo matrimonial, da união estável ou da sociedade de fato.

O prazo do art. 806, em se tratando de direito de família, contudo, tende a ser abrandado por força do interesse maior na promoção da continuação do vínculo entre os cônjuges (art. 3º, § 2º, da Lei n. 6.515/1977) e, até mesmo, de sua retomada (art. 1.577, *caput*, do Código Civil). Sobre o assunto, é bastante ilustrativa a Súmula 10 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: “O deferimento do pedido de separação de corpos não tem sua eficácia submetida ao prazo do art. 806 do CPC”.

#### **5. AFASTAMENTO DO MENOR AUTORIZADO A CONTRAIR CASAMENTO CONTRA A VONTADE DOS PAIS**

O art. 1.519 do Código Civil prevê a possibilidade de o menor suprir a ausência de consentimento dos pais para se casar (art. 1.634, III, do Código

Civil). Típico caso de “jurisdição voluntária”, o *procedimento* a ser observado para tanto é aquele dos arts. 1.103 a 1.111 do Código de Processo Civil, na ausência de regras diferenciadas para a hipótese, máxime pela possibilidade de interpretação extensiva do inciso I do art. 1.112 ao prever aquele procedimento para os pedidos de “emancipação”.

Pode ocorrer, contudo, que, embora suprida a falta de consentimento, haja conflito entre o menor e os pais. Para resguardar os interesses do menor é que o legislador processual civil previu a medida do inciso IV do art. 888, que excepciona, pela intervenção jurisdicional, um dos deveres a ser exercido pelo pai e pela mãe com relação aos filhos, que é o de “tê-los em sua companhia e guarda” (art. 1.634, II, do Código Civil).

A medida não tem natureza cautelar, sendo nitidamente *satisfativa*. O que se pretende é o afastamento do menor do lar. O assecuramento de sua integridade física ou moral não são resultados obteníveis mediante a intervenção jurisdicional em “processo principal”. São circunstâncias que residem diretamente no plano material e que impõem a atuação do Estado-juiz para garanti-las de pronto.

Dada a inegável colidência de interesses entre o menor e seus pais, o caso reclama que ele, o menor, seja representado pelo curador especial a que faz menção o art. 9º, I, regra que vai ao encontro do que dispõe o parágrafo único do art. 142 da Lei n. 8.069/1990.

## **6. DEPÓSITO DE MENORES OU INCAPAZES CASTIGADOS IMODERADAMENTE POR SEUS PAIS, TUTORES OU CURADORES, OU POR ELES INDUZIDOS À PRÁTICA DE ATOS CONTRÁRIOS À LEI OU À MORAL**

A finalidade da medida prevista no inciso V do art. 888 é resguardar a integridade física e moral do menor ou incapaz, afastando-os de seu lar enquanto se discute em “processo principal” a perda do poder familiar fundamentada nos incisos I, III e IV do art. 1.638 do Código Civil, que deverá observar o procedimento dos arts. 155 a 163 da Lei n. 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O art. 130 desse último diploma legislativo apresenta à hipótese uma verdadeira alternativa ao que estatui o Código de Processo Civil ao prever que: “verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum”. A “medida cautelar” prevista no dispositivo afina-se bastante bem à genérica previsão do art. 797 (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte II).

A medida prevista no inciso V do art. 888 é *cautelar* nos termos expostos pelo n. 1 do Capítulo 1 da Parte II, sendo digna de destaque, contudo, a tendência de serem flexibilizadas as consequências derivadas da não observância do prazo a que se refere o art. 806 (v. n. 6 do Capítulo 8).

## **7. AFASTAMENTO TEMPORÁRIO DE UM DOS CÔNJUGES DA MORADA DO CASAL**

A hipótese do inciso VI do art. 888 é conhecida, na prática do foro, como “separação de corpos”.

Ela viabiliza, mediante a intervenção jurisdicional, a cessação de um dos deveres dos cônjuges, previsto no inciso II do art. 1.566 do Código Civil, qual seja, a “vida em comum, no domicílio conjugal” (art. 1.569 do mesmo Código).

Autorizando a separação de corpos, o magistrado impede que seja imputado ao requerente da medida qualquer responsabilidade pelo rompimento do dever conjugal destacado pelo parágrafo anterior, o “abandono do lar”, nos termos do que dispõe o art. 1.572 c/c o art. 1.573, IV, do Código Civil, antecipando, verdadeiramente, um dos efeitos da sentença que admite a separação do casal (art. 1.575, *caput*, do Código Civil).

Trata-se de medida que, na perspectiva destacada, é cautelar e, como tal, impõe que seja requerida ao Estado-juiz a oportuna dissolução da sociedade conjugal. Também aqui o prazo do art. 806 tende a ser flexibilizado, máxime diante do *caput* do art. 1.580 do Código Civil, que permite a qualquer dos cônjuges (art. 1.582 do Código Civil) a conversão da separação em divórcio quando “decorrido um ano (...) da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos”.

Do ponto de vista do direito material, não há qualquer vedação para que a determinação pretendida pela intervenção jurisdicional seja para que o cônjuge a quem se reputa a prática dos atos que comprometem a convivência saia do lar comum, tudo a depender das circunstâncias do caso concreto e das provas apresentadas ou colhidas, inclusive do ponto de vista financeiro e da possibilidade de sustento de cada um dos cônjuges.

Não há, quanto ao ponto aventado pelo último parágrafo, nenhuma vedação de os pedidos de tutela jurisdicional relativos à separação de corpos, alimentos e posse provisória de filhos serem *cumulados* em um mesmo processo, desde que assegure, com relação a cada um deles, o exercício da ampla defesa pelo réu. Trata-se de providência que se afina à perspectiva do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Quanto à hipótese de direito material que justifica o inciso VI do art. 888, cumpre lembrar do art. 22, II, da Lei n. 11.340/2006, que disciplina os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, segundo o qual pode o magistrado determinar o “afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida”, uma das “medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor”, a ser cumprida com observância dos §§ 5º e 6º do mesmo dispositivo, que autoriza o uso de força policial, sem prejuízo da adoção das técnicas previstas nos §§ 5º e 6º do art. 461.

Os incisos II, III e IV do art. 23 do mesmo diploma legal, que disciplina as “medidas protetivas de urgência à ofendida”, também merecem referência nesta sede. Os dispositivos autorizam ao magistrado “determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor”; “determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos” e “determinar a separação de corpos”, respectivamente.

## **8. GUARDA E EDUCAÇÃO DOS FILHOS, REGULADO O DIREITO DE VISITA**

A hipótese prevista no inciso VII do art. 888 relaciona-se intimamente com a previsão do inciso III do mesmo dispositivo (v. n. 4, *supra*), isto é, com a medida voltada à posse provisória dos filhos nos casos de separação

judicial, anulação de casamento, divórcio ou dissolução de sociedade de fato.

A guarda, lê-se do art. 33 da Lei n. 8.069/1990, o “Estatuto da Criança e do Adolescente”, “obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

O deferimento da guarda a um dos pais ou a alguém que os substitua (“guarda *unilateral*”) ou a ambos (“guarda *compartilhada*”) deverá observar, mesmo para os fins da medida aqui examinada, as diretrizes dos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil na redação que lhes deu a Lei n. 11.698/2008, no que é expresso o inciso I do art. 1.584, que não inibe, contudo, a atuação oficiosa do magistrado para o mesmo fim, como prevê o inciso II do mesmo dispositivo, que se relaciona à autorização genérica do art. 797 (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte II).

Não há qualquer vedação, muito pelo contrário, que os pedidos de guarda e de visita sejam cumulados. Trata-se de providência que se afina ao princípio da economia e da eficiência processuais (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

No âmbito da Lei n. 11.340/2006, que coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher, é possível a imposição ao agressor da “restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar, tal qual prevê seu art. 22, IV, uma das “medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor”.

## **9. INTERDIÇÃO OU DEMOLIÇÃO DE PRÉDIO PARA RESGUARDAR A SAÚDE, A SEGURANÇA OU OUTRO INTERESSE PÚBLICO**

O inciso VIII do art. 888 prevê, concomitantemente, duas figuras, a *interdição* e a *demolição*.

A interdição é a vedação do uso do prédio quando há risco para a saúde, a segurança ou outro interesse público.

A demolição, por vezes chamada de “ação demolitória”, justifica-se quando o próprio prédio, isto é, a construção em si mesma considerada, colocar em risco os bens expressamente referidos pelo inciso VIII do art.

888. Se o risco decorrer de obras ainda em andamento, isto é, ainda não concluídas, a medida adequada é a chamada “ação de nunciação de obra nova” disciplinada pelos arts. 934 a 940.

Trata-se de medidas inegavelmente *satisfativas* a afastar, conseqüentemente, o regime jurídico das “verdadeiras cautelares”.

Não obstante, para o cumprimento da sentença — e se a urgência do caso exigir, da medida *antecipatória* da tutela — avultam em importância os mecanismos executivos previstos e extraíveis do art. 461 (v. n. 11 do Capítulo 1 da Parte II), verdadeira diretriz no que diz respeito aos mecanismos executivos de quaisquer decisões jurisdicionais.

# APÊNDICE 1

## Pequeno glossário de Direito Processual Civil

Os termos abaixo listados e sua significação pretendem fornecer ao leitor compreensão mais imediata de algumas palavras e expressões utilizadas com maior frequência ao longo do volume. A iniciativa complementa o glossário que consta dos demais volumes do *Curso* e não pretende substituir as explicações apresentadas e desenvolvidas durante o trabalho.

**Ação cautelar** — de acordo com a doutrina tradicional, é a “ação” em que se veicula ao Estado-juiz o pedido de “tutela cautelar”.

**Ação cautelar inominada** — tutela jurisdicional concedida com base no art. 798 do CPC. O mesmo que “medida cautelar inominada”. V. “dever-poder geral de cautela”.

**Alimentos provisionais** — medida cautelar nominada destinada a exigir a prestação de alimentos de alguém que a eles é obrigado. Sua disciplina está nos arts. 852 a 854 do CPC.

**Aprensão de títulos** — medida cautelar nominada destinada a resgatar título de crédito não restituído ou sonogado pelo emitente, sacado ou aceitante. Sua disciplina está nos arts. 885 a 887 do CPC.

**Arresto** — medida cautelar nominada proferida com vistas ao asseguramento útil de execução por quantia certa contra devedor solvente. Sua disciplina está nos arts. 813 a 821 do CPC.

**Arrolamento de bens** — medida cautelar nominada destinada à identificação e à conservação de bens que estão na posse de alguém. Sua disciplina está nos arts. 855 a 860 do CPC.

**Atentado** — medida cautelar nominada destinada ao reconhecimento de alterações fáticas ilegítimas no plano material e à determinação de seu desfazimento. Sua disciplina está nos arts. 879 a 881 do CPC.

**Audiência de justificação** — audiência realizada para a colheita de prova oral pelo magistrado com vistas a convencê-lo ao deferimento de “medida liminar”.

**Busca e apreensão** — medida cautelar nominada destinada à detenção física de algo ou alguém. Sua disciplina está nos arts. 839 a 843 do CPC.

**Caução** — medida cautelar nominada destinada a exigir ou prestar garantia consoante as exigências do direito material. Sua disciplina está nos arts. 826 a 838 do CPC.

**Cautelar inominada** — tutela jurisdicional concedida com base no art. 798 do CPC. O mesmo que “ação cautelar inominada”. V. “dever-poder geral de cautela”.

**Cognição exauriente** — cognição jurisdicional não limitada no plano vertical, apta a transitar em julgado.

**Cognição jurisdicional** — intensidade (plano vertical) e quantidade (plano horizontal) das matérias e das questões a serem consideradas pelo magistrado para formação de sua convicção em um dado processo.

**Cognição sumária** — cognição jurisdicional limitadora da intensidade das matérias e questões a serem apreciadas pelo magistrado.

**Cognição superficial** — distinção teórica da cognição jurisdicional ainda mais limitada no plano vertical que a cognição sumária.

**Dever-poder geral de antecipação** — significativo da possibilidade de o magistrado, diante dos pressupostos do art. 273 do CPC, autorizar o início dos atos executivos com vistas a satisfazer o direito de uma das partes.

**Dever-poder geral de cautela** — significativo da possibilidade de o magistrado, diante dos pressupostos do art. 798 do CPC, adotar medidas adequadas à salvaguarda do direito de uma das partes.

**Exibição** — medida cautelar nominada destinada a obrigar alguém a mostrar documentos ou coisas que detém. Sua disciplina está nos arts. 844 e 845 do CPC.

**Homologação de penhor legal** — medida cautelar nominada destinada a obter o reconhecimento jurisdicional da regularidade do apossamento de bens pelo credor para assegurar o pagamento de determinadas dívidas. Sua disciplina está nos arts. 874 a 876 do CPC.

**Interpelação** — medida cautelar nominada destinada à constituição em mora do devedor. Sua disciplina está nos arts. 867 a 872 do CPC, consoante prescreve o art. 873 do mesmo Código.

**Justificação** — medida cautelar nominada destinada a documentar testemunhos. Sua disciplina está nos arts. 861 a 866 do CPC.

**Liminar** — v. “medida liminar”.

**Medida cautelar** — v. “tutela cautelar”.

**Medida cautelar inominada** — tutela jurisdicional concedida com base no art. 798 do CPC. O mesmo que “ação cautelar inominada”. V. “dever-poder geral de cautela”.

**Medida cautelar nominada** — tutela jurisdicional concedida com base nos arts. 813 a 889 do CPC.

**Medida liminar** — decisão proferida pelo magistrado antes da citação do réu ou após a realização da “audiência de justificação”, isto é, no início do procedimento, veiculadora de tutela jurisdicional.

**Medidas provisionais** — medidas cautelares nominadas previstas nos incisos do art. 888.

**Notificação** — medida cautelar nominada destinada a intimar alguém de algo. Sua disciplina está nos arts. 867 a 872 do CPC, consoante prescreve o art. 873 do mesmo Código.

**Poder geral de antecipação** — v. “dever-poder geral de antecipação”.

**Poder geral de cautela** — v. “dever-poder geral de cautela”.

**Posse em nome do nascituro** — medida cautelar nominada destinada ao reconhecimento do estado de gravidez da mulher para exercício de direitos do nascituro. Sua disciplina está nos arts. 877 e 878 do CPC.

**Processo cautelar** — expressão a ser entendida como processo jurisdicional no qual se presta “tutela cautelar”.

**Produção antecipada de provas** — medida cautelar nominada destinada a colher prova oral ou pericial. Sua disciplina está nos arts. 846 a 851 do CPC.

**Protesto** — medida cautelar nominada destinada a comunicar formalmente a alguém uma determinada manifestação de vontade. Sua disciplina está nos arts. 867 a 872 do CPC.

**Protesto de títulos** — medida cautelar nominada destinada a praticar o ato formal de reconhecimento da inadimplência e do descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida. Sua disciplina, dos arts. 882 e 883 do CPC, está revogada pela Lei n. 9.492/1997, subsistente, apenas, o art. 884.

**Sequestro** — medida cautelar nominada proferida com vistas ao asseguramento útil de execução para entrega de coisa. Sua disciplina está

nos arts. 822 a 825 do CPC.

**Tutela antecipada** — classificação da tutela jurisdicional que leva em conta o momento de sua prestação. Liberação dos efeitos típicos da tutela jurisdicional por determinação do magistrado.

**Tutela cautelar** — tutela jurisdicional provisória e instrumental concedida com o objetivo principal de resguardar o resultado útil da tutela jurisdicional definitiva.

## APÊNDICE 2

### Uma breve incursão no “novo Código de Processo Civil”

As propostas constantes do Projeto do novo Código de Processo Civil, apresentado pela Comissão de Juristas, aprovado pelo Senado Federal (PLS n. 166/2010) e pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010), pendente de aprovação no Plenário daquela Casa, quando do fechamento desta edição, a respeito dos assuntos tratados neste volume são, em síntese, as seguintes:

Elimina-se o atual Livro III do Código de Processo Civil, caindo por terra a “autonomia” do processo cautelar (e dos “procedimentos cautelares específicos”) em contraposição ao “processo de conhecimento” e ao “processo de execução”. Também o instituto da “tutela antecipada” tal qual disciplinado no atual art. 273 é, nos moldes hoje vigentes, revogado, embora a sua nomenclatura seja preservada no Projeto da Câmara.

A “produção antecipada de provas” ganha disciplina própria entre os demais meios de prova (arts. 367 a 369 no Senado; arts. 388 a 390 na Câmara) absorvendo o “arrolamento de bens” toda vez que não envolver atos de apreensão. A exibição de documento e coisa é também disciplinada entre os meios de prova, desaparecendo a atual (e aparente) dicotomia de regimes jurídicos (arts. 382 a 390 no Senado; arts. 403 a 411 na Câmara). Idêntica orientação observa-se com relação à “justificação”, prevista no art. 729 do Projeto do Senado como “procedimento especial” e no § 5º do art. 388 do Projeto da Câmara, dentre as modalidades de produção antecipada de prova, orientação que é, inequivocamente, mais adequada que a proposta do Senado.

Entre os “procedimentos especiais” (Título III do Livro II do Projeto do Senado e Título III do Livro I da Parte Especial do Projeto da Câmara, intitulado “do processo de conhecimento e cumprimento de sentença”), estão previstos alguns dos “procedimentos cautelares específicos” hoje constantes

do Capítulo II do Livro III do Código de Processo Civil em vigor. É o que se dá com a “homologação do penhor legal” (arts. 681 a 684 no Senado, sem previsão na Câmara) e com relação à caução prevista no atual art. 835, que reaparece entre as regras relativas às despesas processuais no Projeto da Câmara (art. 83). Entre os “procedimentos de jurisdição voluntária”, encontram-se as “notificações e interpelações” (arts. 692 a 695 no Senado; arts. 741 a 744 na Câmara) e a “posse em nome do nascituro” (arts. 726 a 728, não prevista pela Câmara), além da “justificação” já destacada.

O Projeto do Senado propõe, na linha do que propusera o Anteprojeto idealizado pela Comissão de Juristas, uma “tutela de *urgência*” ao lado de uma “tutela da *evidência*”, estando sua disciplina no Título IX do Livro I (“Parte Geral”). O Projeto da Câmara propõe em seu lugar disciplina generalizante da “tutela *antecipada*” (Livro V da Parte Geral). A expressão “tutela *antecipada*”, tal qual empregada pela Câmara, deve ser compreendida no sentido proposto por este *Curso* (v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1 e, neste volume, o n. 2 da Introdução e o n. 1 do Capítulo 1 da Parte I), isto é, como técnica apta a permitir que o magistrado, diante de determinados pressupostos, viabilize a prestação (no sentido de *concretização*, de *satisfação*) da tutela jurisdicional antes do instante que, em regra, é idealizado pelo legislador.

A “tutela de *urgência*” e a “tutela da *evidência*” e a “tutela *antecipada*” poderão ser requeridas preparatória ou incidentalmente e terão indistintamente natureza “satisfativa” ou “cautelar” (art. 269 no Senado; art. 295 na Câmara). Sobre o alcance que o Projeto do Senado empresta a cada uma daquelas palavras, cabe a transcrição dos parágrafos do referido art. 269: “§ 1º São medidas satisfativas as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida” e “§ 2º São medidas cautelares as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo”, orientações que não constam do Projeto da Câmara.

Os chamados “deveres-poderes gerais” de “cautela” e de “antecipação” são, com as adaptações necessárias, mantidos pelo art. 270 do Projeto do Senado e pelo art. 298 do Projeto da Câmara. Chama a atenção, a propósito, a previsão do § 3º do art. 301 do Projeto da Câmara segundo a qual: “A tutela antecipada poderá ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer

outra medida idônea para asseguarção do direito”. A iniciativa quer afastar as críticas que alguns dirigiram ao Projeto do Senado – não compartilhadas por este *Curso* – quanto a serem as previsões relativas à “tutela de urgência” e à “tutela da evidência” muito abertas e por não guardarem nenhuma relação com os *tipos* hoje previstos no Código de Processo Civil a título de “procedimentos cautelares específicos”.

O art. 271 do Projeto do Senado e o art. 299 do Projeto da Câmara exigem expressamente a fundamentação da decisão concessiva ou não daquelas tutelas. Os parágrafos únicos dos dispositivos ressaltam expressamente o cabimento do recurso de agravo de instrumento em qualquer um daqueles casos.

A competência observará as regras comuns. Estando a causa no Tribunal, é dele a competência para apreciação do pedido (art. 272 e respectivo parágrafo único no Senado; art. 300 na Câmara).

A *efetivação* das tutelas de *urgência* e da *evidência*, isto é, o seu *cumprimento forçado*, observará o “parâmetro operativo do cumprimento da sentença definitivo ou provisório” (art. 273 no Senado). No art. 298, parágrafo único, do Projeto da Câmara, lê-se: “A efetivação da tutela antecipada observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber”.

A responsabilidade do requerente pelas perdas e danos eventualmente causados ao requerido é expressamente prevista pelo art. 274 no Senado e pelo art. 303 na Câmara.

Os processos em que a tutela de urgência ou da evidência tiver sido concedida terão prioridade na sua tramitação, respeitadas as demais preferências legais (art. 275 do Projeto do Senado, sem correspondência na Câmara).

A concessão da “tutela de *urgência*” e da “tutela *antecipada*” pressupõe (a) plausibilidade/probabilidade do direito e (b) risco de dano irreparável ou de difícil reparação/perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional (art. 276, *caput*, no Senado; art. 301, *caput*, na Câmara). Em casos excepcionais ou autorizados pela lei, ela pode ser concedida de ofício (art. 277 no Senado, sem correspondência na Câmara). O magistrado pode exigir prestação de caução dos danos a serem suportados pelo requerido,

ressalvada, expressamente, a situação do hipossuficiente economicamente (art. 276, parágrafo único, no Senado; art. 301, § 1º, na Câmara).

A concessão da “tutela da *evidência*” independe da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Seus pressupostos, de acordo com o art. 278 do Projeto do Senado, são: (a) abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido; (b) incontrovérsia de um ou mais pedidos cumulados ou parcela deles, caso em que a “solução será definitiva”; (c) petição inicial instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; (d) matéria unicamente de direito havendo tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante; e (e) para a entrega de coisa depositada, o pedido precisará estar fundamentado em prova documental do depósito legal ou convencional. O Projeto da Câmara elimina a hipótese *sub* (b), mantendo as demais com alterações redacionais (art. 306).

As tutelas requeridas “em caráter *antecedente*” observarão as seguintes regras:

A petição inicial indicará a fundamentação e a exposição sumária do direito ameaçado e o receio de lesão (art. 279 no Senado; art. 307 na Câmara).

O requerido será citado para contestar o pedido e apresentar as provas que pretende produzir em cinco dias (art. 280, *caput*, no Senado; art. 308 na Câmara).

Havendo contestação, o magistrado determinará a produção das provas que entender cabíveis, decidindo em seguida (art. 281, § 1º, no Senado), observando-se o procedimento comum (art. 309, parágrafo único, na Câmara).

Impugnada a “medida liminar”, o pedido principal deve ser formulado pelo requerente no prazo de trinta dias ou no prazo que o magistrado fixar para tanto. O “pedido principal” será apresentado nos mesmos autos em que tiver sido formulado o pedido de medida de urgência e não dependerá do recolhimento de novas custas (art. 282, *caput*, e § 1º, no Senado; art. 310 na Câmara). Se não o fizer, cessará a eficácia da medida (art. 284, I, no Senado; art. 311, I, na Câmara). A medida também perde sua eficácia nos seguintes casos: quando concedida e não for efetivada em um mês/trinta dias (art. 284,

II, no Senado; art. 311, II, na Câmara) e quando o “pedido principal” for julgado improcedente ou quando o processo em que veiculado for extinto sem resolução de mérito (art. 284, III, no Senado; art. 311, III, na Câmara). Quando a medida perder sua eficácia, é vedado à parte repetir o pedido a não ser por novo fundamento (art. 284, §1º, no Senado; art. 311, parágrafo único, na Câmara). O indeferimento da medida não obsta que seja formulado o “pedido principal”, salvo se ele for rejeitado com fundamento em prescrição ou em decadência (art. 285 no Senado; art. 312 na Câmara). A medida de urgência conserva sua eficácia mesmo no caso de suspensão do processo, salvo decisão judicial em sentido contrário (art. 283, § 1º, no Senado; art. 297, parágrafo único, na Câmara).

Ambos os Projetos, embora de maneiras diversas, ocupam-se com a “estabilização” da tutela (antecipada) de urgência liminarmente concedida, buscando, com a iniciativa, contornar a *duplicação* de processos ou, pelo menos, de atividades jurisdicionais que na atualidade acaba se justificando em razão do modelo do “processo cautelar” hoje vigente.

No Projeto do Senado, tratando-se de medida liminar concedida e efetivada, a falta de sua impugnação acarretará a extinção do processo e a conservação de seus efeitos (art. 281, § 2º), produzindo seus efeitos independentemente do “pedido principal” do autor (arts. 280, § 1º; 282, § 3º; e 283, § 2º). Quando “estabilizada” a medida de urgência, tanto seu beneficiário como a parte prejudicada por ela podem “propor ação com o intuito de discutir o direito que tenha sido acautelado ou cujos efeitos tenham sido antecipados” (art. 282, § 4º). A regra é reiterada pelos arts. 283, § 2º, e 284, §§ 2º e 3º. Ademais, o magistrado pode revogar as medidas a qualquer tempo em decisão fundamentada salvo quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso. Nesse caso, a solução será definitiva (art. 283, *caput*, no Senado).

No Projeto da Câmara, a estabilização é permitida pelo art. 305 a partir da hipótese regulada pelo art. 304. De acordo com esse dispositivo, quando a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá limitar-se ao requerimento da tutela antecipada satisfativa e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição sumária da lide, do direito que se busca realizar e do perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional (art. 304, *caput*), observadas, ainda, as exigências dos §§ 4º e 5º do mesmo

artigo. Se concedida a tutela antecipada, o autor deve aditar a inicial com a complementação da argumentação nos mesmos autos e sem incidência de novas custas (art. 304, § 3º) e o réu será citado para responder, embora o prazo para tanto só comece a fluir depois de aditada a inicial (art. 304, § 1º). Se não houver aditamento, extingue-se o processo sem resolução de mérito (art. 304, § 2º). Não antecipada a tutela, o processo só prosseguirá se houver aditamento na inicial (art. 304, § 6º).

A decisão concessiva da tutela antecipada nos termos do art. 304 torna-se estável se não houver interposição de recurso (art. 305, *caput*), hipótese em que o processo será extinto (art. 305, § 1º). O § 2º do dispositivo permite que qualquer das partes demande a outra “...com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada satisfativa estabilizada nos termos do *caput*”. Enquanto isso não ocorrer, preservam-se os efeitos da tutela antecipada (art. 305, § 3º), sendo certo que, para os fins do § 2º, qualquer das partes poderá “...requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela satisfativa foi concedida” (art. 305, § 4º). O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada extingue-se após dois anos contados da ciência da decisão que extinguiu o processo nos termos do § 1º (art. 305, § 5º).

As medidas requeridas “em caráter *incidental*”, isto é, quando já houver processo em curso, serão apresentadas nos mesmos autos do processo e independem do pagamento de novas custas (art. 286, *caput*, no Senado; art. 296 na Câmara), observando, no pertinente, as mesmas regras das “medidas requeridas em caráter antecedente” (art. 286, parágrafo único, no Senado; sem similar na Câmara).

A síntese que ocupa os parágrafos anteriores é bastante para *informar* o leitor sobre as discussões sobre o novo Código de Processo Civil que ainda ocupam a agenda do Congresso Nacional. Ir além é, como anuncia a Nota Introdutória desta edição, desviar--se do objetivo *formador de um Curso*, como quer ter o presente.

# BIBLIOGRAFIA CONSULTADA E CITADA

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ABRÃO, Carlos Henrique. Antecipação da tutela recursal. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 111, 2003.

ABREU, José. *Os procedimentos cautelares no novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

ALMEIDA, Paulo Marcos Rodrigues de. *Tutela cautelar — natureza, pressupostos e regime jurídico*. São Paulo: Verbatim, 2010.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A tutela antecipada em face da Fazenda Pública, seu perfil contemporâneo (tendências jurisprudenciais) e a necessidade da hermenêutica que lhe atribui efetividade. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 110, 2003.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Antecipação da tutela*. Curitiba: Juruá, 2007.

ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica. Notas para uma teoria geral do processo cautelar. In: ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Eduardo (coord.). *Inovações sobre direito processual civil: tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela antecipada*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

ALVIM, Luciana Gontijo Carreira. *Tutela antecipada na sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. Tutela antecipada e decisão interlocutória de mérito. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 112, 2003.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Tutela antecipatória*. São Paulo: Saraiva, 2001.

AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1960. vol. 3.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli, 1990.

ARAGÃO, Egas Moniz de. Alterações no Código de Processo Civil: a tutela antecipatória e perícia. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 83, 1996.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva e resolução parcial de mérito*. Curitiba: Juruá, 2008.

ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, vol. 23, 1985.

\_\_\_\_\_. Realização e execução das tutelas antecipadas. In: ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Eduardo (coord.). *Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARMELIN, Roberto Soares. *Da assecuração de prova no processo civil*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1995.

ARRUDA ALVIM. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei n. 10.444, de maio de 2002. In: ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Eduardo (coord.). *Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 97, 2000.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei n. 10.444, de maio de 2002. In: ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Eduardo (coord.). *Inovações sobre direito processual civil: tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. Tutela antecipatória: algumas noções — contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas (art. 273, do CPC, na redação da Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARRUDA FILHO, Ney. *A efetividade do processo como direito fundamental*. Porto Alegre, Norton, 2005.

ASSIS, Araken de. Antecipação da eficácia mandamental. In: ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Eduardo (coord.). *Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. Antecipação de tutela. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. Cumulação de ações cautelares. In: *Medidas cautelares: estudos em homenagem ao professor Ovídio A. Baptista da Silva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

\_\_\_\_\_. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 100, 2000.

ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela (à luz da garantia constitucional do devido processo legal)*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 81, 1996.

\_\_\_\_\_. A tutela de urgência num episódio recente da história política brasileira. In: *Temas de direito processual: sétima série*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. Antecipação de tutela: algumas questões controvertidas. In: *Temas de direito processual: oitava série*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. Medida cautelar liminarmente concedida e omissão do requerente em propor a tempo a ação principal. In: *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARCELLOS FILHO, Mauro. A tutela antecipada e o efeito suspensivo da apelação. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 93, 1999.

BASILICO, Giorgetta; CIRULLI, Massimo. *Le condanne anticipate nel processo civile di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1998.

BAUR, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985. Tradução de Armindo Edgar Laux.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BENASSE, Marcos Antônio. *Tutela antecipada em caso de irreversibilidade*. Campinas: Bookseller, 2002.

BENUCCI, Renato Luís. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001.

BRANDÃO, Flávia Monteiro de Castro. A suspensão das medidas de urgência nas ações contra o Poder Público à luz do devido processo legal. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, vol. 4, 2003.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. A tutela antecipada e sua efetivação. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, vol. 8, 2003.

BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: s/ed., 1964.

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003. Tradução de Douglas Dias Ferreira.

\_\_\_\_\_. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.

CALMON, Petrônio (org.). *Cadernos IBDP. Série propostas legislativas*. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008. vol. 5.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. vol. X, tomo. I.

\_\_\_\_\_. *Inovações no Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CAMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Código do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo*. São Paulo: Livraria Academica, 1930. vol. II.

CARBONE, Carlos Alberto. Los procesos urgentes y la anticipación de la tutela: hacia un nuevo principio general de derecho: el proceso no debe ir en contra del actor que tiene razón. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Gênese, vol. 21, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. Medidas cautelares, tutela antecipada e liminares. In: ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Eduardo (coord.). *Inovações sobre direito processual civil: tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CASEIRO, Luciano. *Lide cautelar*. São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 1996.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada na teoria geral do processo*. São Paulo: LTr, 1999. vol. 1.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. A antecipação de tutela no novo sistema de eficácia da sentença. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, vol. 4, 2003.

CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. O cumprimento da sentença, a inadimplência e a improbidade processual. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (coords.). *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CHIAVASSA, Tércio. *Tutelas de urgência cassadas: a recomposição do dano*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

COSTA, Fábio Silva. *Tutela antecipada: hermenêutica, acesso à justiça e princípio da efetividade processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; COSTA, Julio Machado Teixeira. O novo § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 112, 2003.

COSTA E SILVA, Paula. A ordem do juízo de D. João III e o regime processual experimental. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 156, 2008.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. vol. 11.

CUNHA, J. N. Fagundes. Notas sobre as medidas antecipatórias e a técnica dos procedimentos sumários no direito argentino e espanhol. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 95, 1999.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O § 6º do art. 273 do CPC: tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado parcial da lide?. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, vol. 1, 2003.

DELFINO, Lúcio. A tutela jurisdicional do direito a alimentos gravídicos: análise às técnicas processuais diferenciadas instituídas pela Lei n. 11.804/08. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte: Fórum, vol. 68, 2009.

DESTEFENNI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

DEU, Teresa Armenta. *Lecciones de derecho procesal civil*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

DIAS, Beatriz Catarina. *A jurisdição na tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIAS, Jean Carlos. *Tutelas de urgência: princípio sistemático da fungibilidade*. Curitiba: Juruá, 2003.

DIDIER JR., Fredie. Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e resolução parcial do mérito. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 110, 2003.

DIDIER JR., Fredie; JORGE, Flávio Cheim; ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2002. vol. I.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. II.

DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La batalla por las medidas cautelares: derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*. Madrid: Civitas, 1992.

ESPINOLA, Eduardo. *Código do Processo do Estado da Bahia anotado*. Bahia: Typ. Bahiana, 1916. vol. 2.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FADEL, Sergio Sahione. *Antecipação da tutela no processo civil*. São Paulo: Dialética, 1998.

FANTONI JÚNIOR, Neyton. A tutela antecipada à luz da efetividade da CF e do prestígio da função jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 86, 1997.

FAVELA, José Ovalle. Tutela antecipada en el proceso civil iberoamericano. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acesso em 25 de julho de 2008.

FERES, Carlos Roberto. *Antecipação da tutela jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Liminares nas ações possessórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

FONSECA, Lúcio Palma da. *Tutela cautelar: responsabilidade civil pelo manejo indevido de liminares*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FREDERICO MARQUES, José. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 2000. vol. 1.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1976. 4<sup>o</sup> vol.

FRIEDE, Reis. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*. São Paulo: Dialética, 1998.

\_\_\_\_\_. *Liminares em tutela cautelar e tutela antecipatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1999.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direito processual civil IV: processo cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GERAIGE NETO, Zaiden. A jurisdição e seus limites — Um caso concreto: a autonomia do processo cautelar. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Victor André Liuzzi. *Intervenção de terceiros e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003.

GREIF, Jaime. Procesos urgentes. Anticipación de la tutela. Procesos monitorios. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. *Bases científicas para um renovado direito processual*. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008. vol. 1.

GUERRA, Adriana Diniz de Vasconcellos. *A tutela antecipada e sua administração em sede de ação rescisória*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. Antecipação de tutela no processo executivo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 87, 1997.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GUIMARÃES, Marco Antônio Miranda. *Ação cautelar inominada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

\_\_\_\_\_. *Liminares e cautelares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991.

GUSMÃO, Helvecio de. *Código do Processo Civil e Commercial para o Districto Federal*. Rio de Janeiro: Jacyntho Ribeiro dos Santos, 1931.

JORGE, Flávio Cheim. *Chamamento ao processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. vol. VIII, tomo I.

LACERDA, Galeno; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. VIII, tomo II.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência*. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1993.

LEAL, Rosemiro Pereira. Fundado receio de dano irreparável e antecipação de tutela no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 102, 2001.

\_\_\_\_\_. *Comentários à reforma do Código de Processo Civil*. Leme: Editora de Direito, 1996.

LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. *Produção antecipada de provas*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 7. ed. a cura di Vittorio Colesanti, Elena Merlin e Edoardo F. Ricci. Milano: Giuffrè, 2007.

LIMA, José Luiz Carlos de; SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Medidas liminares no processo civil: um novo enfoque*. São Paulo: Atlas, 2005.

LIPPMANN JÚNIOR, Edgard. Antecipação de tutela: utopia ou realidade? *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 81, 1996.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória*. São Paulo: Malheiros, 2006.

LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil: execução civil. Processo cautelar*. São Paulo: Atlas, 2008. vol. 3.

\_\_\_\_\_. Fundamento constitucional da tutela de urgência. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, vol. 8, 2003.

\_\_\_\_\_. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Manual elementar de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

\_\_\_\_\_. *Medidas preventivas — medidas preparatórias — medidas de conservação*. 2. ed. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1958.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 1.

LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*. 15. ed. Milano: Giuffrè, 2005.

MAÇAS, Maria Fernanda dos Santos. *A suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos e a garantia constitucional da tutela judicial efectiva*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; VEZZONI, Marina (org.). *Processo cautelar — estudos avançados*. São Paulo: Manole, 2010.

MAGALHÃES, José Eudeni. Da tutela antecipatória. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 88, 1997.

MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira; SCARPINELLA BUENO, Cassio. Tutela cautelar no sistema recursal modificado. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 83, 1996.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. As oportunidades processuais de deferimento da tutela antecipada. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, vol. 5, 2003.

\_\_\_\_\_. As condicionantes jurídicas da decisão de antecipação da tutela. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, vol. 3, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A questão dos limites no poder cautelar geral. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 569, 1983.

MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

\_\_\_\_\_. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_. *Tutela inibitória*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINS, Graciela Iurk. *Produção antecipada de prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINS, James. A compensação tributária e o art. 170-A do CTN: uma regra de procedimento dirigida à autoridade administrativa ou regra de processo civil dirigida ao juiz?. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Problemas de processo judicial tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. vol. 5.

\_\_\_\_\_. Anotações sobre o cabimento da antecipação de tutela em matéria tributária. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 91, 1998.

\_\_\_\_\_. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. São Paulo: Dialética, 2001.

MARINS, Victor A. A. Bomfim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. vol. 12.

\_\_\_\_\_. *Tutela cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. Curitiba: Juruá, 1996.

MEDINA, José Miguel Garcia. A tutela antecipatória e o perigo de irreversibilidade do provimento. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 86, 1997.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JR., Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

\_\_\_\_\_. Procedimentos e tutela antecipatória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS, Glauco Gumerato; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NOGUEIRA, Daniel Moura. *A antecipação da tutela em face da incontrovérsia do parágrafo 6º, do artigo 273 do CPC*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

NOGUEIRA JR., Alberto. *Medidas cautelares inominadas satisfativas ou justiça cautelar*. São Paulo: LTr, 1999.

NUNES, Luiz Antonio. *Cognição judicial e tutela de urgência*. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Allan Helber de. *O réu da tutela antecipatória do Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A ação cautelar de alimentos e a nova Constituição. In: *Medidas cautelares: estudos em homenagem ao professor Ovídio A. Baptista da Silva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

\_\_\_\_\_. Alcance e natureza da tutela antecipatória. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 84, 1996.

ORIONE NETO, Luiz. *Processo cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Tratado das medidas cautelares: teoria geral do processo cautelar*. São Paulo: Lejus, 2000. vol. III, tomo I.

PAVAN, Dorival Renato; COSTA CARVALHO, Cristiane da. Tutela antecipada em face da Fazenda Pública para recebimento de verbas de cunho alimentar. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 91, 1998.

PENNA, Newton; OLIVEIRA, Fábio César dos Santos; ANCIÃES, Marta Cristina Pires. O perigo da irreversibilidade na antecipação de tutela. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 106, 2002.

PEREIRA, Adalberto Jorge Xisto. Concessão das liminares contra a Fazenda Pública. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 88, 1997.

PEREIRA, Luiz Fernando C. *Medidas urgentes no direito societário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. 3. reimp. Barcelona: Bosch, 2002.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Antecipação dos efeitos da tutela: inovações da Lei 10.444/2002. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, vol. 1, 2003.

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

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. tomo XII.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. vol. 6.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 1998.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994.

RAGAZZI, José Luiz. *Tutela antecipada nas relações de consumo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

RICCI, Eduardo F. Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Gênese, vol. 7, 1998.

\_\_\_\_\_. A tutela antecipatória no direito italiano. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Gênese, vol. 4, 1997.

\_\_\_\_\_. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Gênese, vol. 6, 1997.

ROCCO, Ugo. *Trattato di diritto processuale civile*. Torino: UTET, 1960. vol. 5.

RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *O poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SANCHES, Sydney. *Denúnciação da lide no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

SANTANA, Alcioni Serafim de. *Poder geral de cautela e medidas legislativas impeditivas à sua consecução*. Campinas: Copola, 1996.

SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Novos contornos do instituto da tutela antecipada e novos paradigmas do sistema processual civil (Lei 10.444/02). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 112, 2003.

\_\_\_\_\_. Revogação da tutela antecipada na sentença de improcedência (ou extinção do processo sem julgamento de mérito) e seu restabelecimento: competência e meio processual. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 158, 2008.

SANTORO, Gláucia Carvalho. *Tutela antecipada: a solução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 97, 2000.

SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. *Direito processual civil: processo cautelar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. A “execução provisória-completa” na Lei 11.232/2005 (uma proposta de interpretação do art. 475-O, § 2º, do CPC). In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. A lei pode restringir a concessão de liminares? — Breve enfoque a partir do mandado de segurança. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: NDJ, n. 3, 1997.

\_\_\_\_\_. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vols. 1 e 2.

\_\_\_\_\_. *A nova Lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. A tutela antecipada na Lei 10.352/2001 (uma proposta de interpretação para o art. 520, VII, do CPC). In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coord.). *Processo civil: aspectos relevantes — estudos em homenagem ao Prof. Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Método, 2005.

\_\_\_\_\_. A ultra-atividade da suspensão de segurança e a súmula 626 do STF. In: WAGNER JR., Luiz Guilherme (coord.). *Direito público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Aspectos polêmicos da produção antecipada de provas. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 91, 1998.

\_\_\_\_\_. Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 113, 2004.

\_\_\_\_\_. *Execução provisória e antecipação da tutela — dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória: conserto para a efetividade do processo*. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *Mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *O Poder Público em juízo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Prévias oitivas do Poder Público para concessão de liminares em ação popular? (A tendência do Executivo Federal em restringir a concessão de liminares). *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: NDJ, n. 10, 1995.

\_\_\_\_\_. Tutela antecipada e ações contra o Poder Público (reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos*

*polêmicos sobre a antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. Tutelas urgentes y cautela judicial en la legislación brasileira. In: TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (coord.). *Derecho procesal contemporáneo* — ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, tomo I. Santiago: Editorial Juridica de Chile/Puntolex, 2010.

SHIMURA, Sérgio. *Arresto cautelar*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SICA, Heitor Vítor Mendonça. Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a Lei n. 11.232/2005. In: CARMONA, Carlos Alberto (coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. vol. III.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la acción cautelar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães (coord.). *Do processo cautelar*. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2000.

SOUZA, Otávio Augusto Reis de. *A tutela antecipada e as pessoas jurídicas de direito público*. São Paulo: LTr, 2000.

SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 111, 2003.

STANLEY, Adriano. *Tutelas de urgência na reparação do dano moral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TALAMINI, Eduardo. Nota sobre as recentes limitações legais à antecipação de tutela. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

\_\_\_\_\_. Medidas urgentes (“cautelares” e “antecipadas”): a Lei 10.444/2002 e o início da correção de rota para um regime único. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, vol. 2, 2003.

TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Um novo processo civil português: *à la recherche du temps perdu?*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 161, 2008.

THEODORO JR., Humberto. Antecipação de tutela em ações declaratórias constitutivas. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 94, 1999.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. vol. V.

\_\_\_\_\_. *Processo cautelar*. 24. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2008.

\_\_\_\_\_. Tutela antecipada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 157, 2008.

\_\_\_\_\_. Tutela cautelar durante tramitação de recurso. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. *Tutela jurisdicional de urgência*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: CEDAM, 1983.

TORRALBA, Alberto José Lafuente. La evolución de la tutela cautelar desde una perspectiva internacional: hacia la autonomía de las medidas anticipatorias. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 156, 2008.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. A fungibilidade da tutela de urgência (uma reflexão sobre o art. 273, § 7º, do CPC). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 112, 2003.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. Antecipação de tutela na sentença e a adequação recursal. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 95, 1999.

VERGARA, Oswaldo. *Código do Processo Civil e Commercial do Estado do Rio Grande do Sul*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1922.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. A antecipação de tutela de acordo com a Lei 10.444/2002. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, vol. 2, 2003.

VIEIRA, Christian Garcia. *Asseguração de prova*. São Paulo: Saraiva, 2011.

VILAR FILHO, José Eduardo de Melo. A efetividade do processo e a irreversibilidade da antecipação de tutela. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, vol. 5, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Antecipação de tutela e desapropriação indireta. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 87, 1997.

\_\_\_\_\_. Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: CEBEPEJ/Bookseller, 2000.

WINTER, Eduardo da Silva. *Medidas cautelares e antecipação de tutela: questões atuais e relevantes*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. Antecipação de tutela específica nas obrigações de declaração de vontade, no sistema do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.).

*Aspectos polêmicos da antecipação de tutela.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. *Tendência universal de sumarização do processo civil e a busca da tutela de urgência proporcional.* Tese de doutorado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ZENI, Fernando César. Deferimento do pedido de tutela antecipatória na sentença. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 94, 1999.

## SITES CONSULTADOS

Associação dos Advogados de São Paulo — [www.aasp.org.br](http://www.aasp.org.br)

Câmara dos Deputados — [www2.camara.gov.br](http://www2.camara.gov.br)

Instituto Brasileiro de Direito Processual — [www.direitoprocessual.org.br](http://www.direitoprocessual.org.br)

Portal da Justiça Federal — [www.justicafederal.jus.br](http://www.justicafederal.jus.br)

Presidência da República — [www.presidencia.gov.br](http://www.presidencia.gov.br)

Senado Federal — [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)

Superior Tribunal de Justiça — [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

Supremo Tribunal Federal — [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo — [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul — [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)