

TUTELA PROVISÓRIA E TUTELA DE URGÊNCIA: CONCEITO, EVOLUÇÃO E NOVOS DESAFIOS

PROVISIONAL GUARANTEE AND URGENCY GUILTY: CONCEPT, EVOLUTION AND NEW CHALLENGES

Ferdinando Paraguay Ribeiro Coutinho

Aluno do Curso de Especialização em Direito Processual Civil do
Instituto Brasiliense de Direito Público

Resumo: O presente artigo tratará sobre a construção legislativa, doutrinária e jurisprudencial das tutelas de urgência, tanto sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 quanto sob a novel legislação, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Traçará paralelos entre os requisitos estabelecidos por cada legislação para a concessão das espécies de tutela, bem como frente às decisões terminativas de mérito. Trará, também, breve análise sobre a novel modalidade, tutela de evidência. Finalmente, examinará as hipóteses de estabilização das tutelas de urgência, principalmente frente ao julgamento do Recurso Especial n. 1.760.966/SP, que alterou o entendimento jurisprudencial sobre a obrigatoriedade da interposição de recurso na modalidade agravo de instrumento para evitar a estabilização, permitindo que apenas a contestação seja suficiente para tanto.

Palavras-chave: Tutela de urgência. Tutela cautelar. Tutela antecipada. Lei n. 5.869/73. Lei n. 13.105/2015. Tutela de evidência. Estabilização da tutela. Agravo de Instrumento. Contestação. Recurso Especial n. 1.760.966/SP.

Abstract: This article will bring an analysis about emergency injunctions, in it's legislative, doctrinaire and jurisprudential components, under the civil procedure code of 1973, Law n. 5.869/73, as well as the civil procedure code of 2015, Law n. 13.105/2015. It will establish a parallel between the requirements of each subtype of injunction, in comparison with final judicial sentences. Finally, it will examine the possibilities of stabilization of the emergency injunctions, specially with the newest court ruling brought by the Superior Court of Justice (STJ) on the appeal known as REsp n. 1.760.966/SP.

Keywords: Emergency injunctions. Law n. 5.869/73. Law n. 13.105/2015. Injunction stabilization. Agravo de Instrumento. Contestação. Recurso Especial n. 1.760.966/SP.

INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo são as tutelas de urgência e tutelas provisórias no ordenamento jurídico brasileiro, tanto sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, quanto em relação à novel legislação, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Analisaremos, ainda, a construção doutrinária e jurisprudencial sobre as espécies de tutela, bem como as inovações legislativas.

Tal exame é necessário por ter sido a possibilidade de concessão das tutelas de urgência, inicialmente restritas, no Código Processual de 1973, às cautelares e raros casos de antecipação de tutela, alargada pela necessidade de adequação às demandas de uma sociedade em desenvolvimento, que via no lapso temporal entre o pedido e a sentença um verdadeiro risco ao resultado útil do processo e ao seu próprio direito; para tal, editou-se a Lei n. 8.952/94.

Inserindo no diploma legal o artigo 273, possibilitou-se a antecipação dos efeitos da tutela para além das hipóteses inicialmente permitidas, trazendo ao texto legal as inovações já carreadas pela jurisprudência. Vigorando por mais de 20 anos, a construção do referido artigo viu seus ditames ampliados com a substituição do Código por aquele da Lei n. 13.105/2015.

As tutelas de urgência, antes cautelares e antecipadas, sendo que as cautelares possuíam livro próprio de regência no *codex* substituído, por aquelas provisórias, das quais as tutelas de urgência e evidência são espécies, e as cautelares e antecipadas subdivisões das de urgência.

Utilizaremos como método de pesquisa o básico estratégico, sendo que a análise primordial terá como referência doutrina e legislação sobre o tema, estudando-se a jurisprudência pátria como referência das formas de aplicação prática do estudo elucidado, utilizando-se procedimentos bibliográficos e documentais para verificação descritiva e qualitativa por meio do método dialético.

Finalmente, procederemos à exploração do recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.760.966/SP, no qual decidiu a corte pela desnecessidade de interposição de agravo de instrumento para evitar a

estabilização da tutela provisória antecipada antecedente, bastando para tal a oposição de contestação pelo réu no prazo legal.

1. A LEGISLAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 – TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA

A Norma Processual atualmente regente no ordenamento jurídico pátrio é o chamado Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015, promulgado em 2015, com *vacatio legis* de um ano e início de vigência em 18 de março de 2016, substituindo o anterior Código de Processo Civil de 1973, Lei n. 5.869/1973.

Para o objeto deste estudo, é de suma importância compreender a forma como a legislação anterior, bem como a doutrina e jurisprudência, tratavam a matéria referente ao provimento cautelar judicial, suas nuances e, ainda mais importante, a crucial diferença entre tutela cautelar e tutela antecipada, cada uma com diferentes requisitos e aplicações, pelo menos em suas raízes, como será demonstrado nos tópicos que seguem.

1.1. TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA – NATUREZA JURÍDICA, DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS

A tutela jurisdicional de urgência é gênero da qual tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada são espécies. De forma a melhor compreender como cada uma delas foi utilizada e a como influenciaram a prática e texto de lei é necessário traçar paralelo entre ambas, iniciando com suas semelhanças.

Primeiramente, é importante observar os ensinamentos da doutrina sobre a natureza jurídica dos institutos. Nesse diapasão, a tutela definitiva pode ser satisfativa ou não, e como sua própria nomenclatura observa, tem por objetivo satisfazer o direito material pleiteado pela parte, sendo também classificada como “tutela-padrão”¹.

¹ “Resumindo: a tutela jurisdicional prometida na Constituição é tutela de cognição exauriente, que persegue juízo o mais aproximado possível da certeza jurídica; é tutela definitiva, cuja imutabilidade confere adequado nível de estabilidade às relações sociais; é, em suma, tutela que privilegia o valor segurança. A essa tutela-padrão podemos denominar tutela definitiva,

No caso da tutela definitiva não-satisfativa, temos que a chamada tutela cautelar² é aquela que satisfaz o direito material do peticionante, sendo naturalmente predisposta à coisa julgada material, eis que constitui o enfrentamento do mérito da lide levada ao judiciário, observado o devido processo legal.

Estes conceitos são importantes para compreender a definição da tutela cautelar que, por seus próprios meios e ações específicas, objetiva prestação jurisdicional definitiva em seu bojo, ainda que com efeitos temporários e assecuratórios em longo prazo, como ensinava Didier³. A tutela cautelar é, portanto, definitiva pois pressupõe juízo de cognição exauriente em si mesma, mas também é não satisfativa, já que seus efeitos são temporários e não necessariamente garantem o provimento do pedido apresentado na ação principal.

A tutela antecipada, por sua vez, trata justamente da antecipação de um efeito satisfativo. Enquanto a tutela cautelar busca a proteção do resultado útil do processo ao final, a tutela antecipada possibilita, desde um primeiro momento, o exercício do direito do agente⁴.

Ressalte-se que, ao contrário da tutela cautelar, a antecipação de tutela na forma como prevista no Código de Processo Civil de 1973 tinha

como o fazem os clássicos quando a diferenciam da tutela cautelar." ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 25.

² "A tutela definitiva é aquela obtida com base em cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto do processo, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada material. Prestigia, acima de tudo, o valor segurança jurídica." DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 2ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 591.

³ "Já dissemos e repetimos, a decisão cautelar concede uma tutela definitiva, dada com cognição exauriente de seu objeto (pedido de segurança, fundado no perigo da demora e na plausibilidade do direito acautelado) e apta a se tornar imutável. Temporários são seus efeitos fáticos, práticos, afinal a cautela perde sua eficácia quando reconhecido e satisfeito o direito acautelado (ou quando denegado), mas a decisão que o concedeu, ainda assim, permanece imutável, inalterável em seu dispositivo." DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 2ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 592-593.

⁴ "A tutela cautelar garante para satisfazer e a tutela antecipada satisfaz para garantir. O objeto da tutela cautelar é garantir o resultado final do processo, mas essa garantia na realidade prepara e permite a futura satisfação do direito. A tutela antecipada satisfaz faticamente o direito, e, ao fazê-lo, garante que o futuro resultado do processo seja útil à parte vencedora." NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Método, 2009. p. 1018.

como principal objetivo a satisfação imediata de um direito, apesar de não contar, pelo menos em princípio, com natureza definitiva, dada a sua própria precariedade e a ausência de enfrentamento da questão meritória que constituía a demanda.

Neste sentido, ambas as providências de urgência eram temporárias. Entretanto, a antecipação de tutela poderia, caso fosse confirmada pela decisão que se manifestasse sobre o mérito final da contenda, tornar-se definitiva, característica que nunca poderia ser atribuída à tutela cautelar, em relação ao mérito da ação principal, já que objeto de ação própria cujo objetivo era acautelar o direito a ser futuramente avaliado em cognição exauriente.

A construção doutrinária sobre a natureza das medidas parece indicar com razoável clareza as diferenças essenciais entre elas; entretanto ambas apresentam notável semelhança quanto ao seu objetivo principal: o resguardo do resultado útil do processo, ainda que cada uma à sua maneira.

Certo é que a prestação jurisdicional nem sempre goza da celeridade necessária à tutela de todos os direitos. Por vezes é necessário que o judiciário se manifeste, por exemplo, de forma a resguardar o atendimento em hospitais a paciente cuja doença, caso não tratada, nem ao menos possibilitaria o conhecimento da sentença que concede ou denega o pedido do paciente enquanto ainda em vida, dentre os demais casos próprios da prática cotidiana da advocacia, que demandam celeridade muitas vezes não garantida pelo órgão julgador.

Uma vez que carente o normativo processual de hipóteses mais amplas de concessão da tutela satisfativa denominada antecipação de tutela, e ante à inaplicabilidade da cautelar para estas hipóteses, introduziu-se na Lei n. 5.869/73, por meio da Lei n. 8.952/94, o instituto de forma ampla, por meio do artigo 273.

Ademais, e de forma a contribuir com a confusão de interpretação entre ambos os institutos, mas ainda assim reforçando suas diferenças⁵, cabe

⁵ "Este parágrafo, ao aceitar a possibilidade de confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, frisa a diferença entre ambas. Isto por uma razão de lógica básica: somente coisas distintas podem ser confundidas." MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 154.

menção que o artigo 273 previa inclusive a possível fungibilidade entre os dois institutos:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

(...)§ 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.⁶

A redação legal apresenta solução apta a simplificar o procedimento de concessão cautelar até então vigente que, como será abordado nos tópicos seguintes, carecia de processo autônomo no qual seria decidido o mérito cautelar e daria a característica de definitiva à decisão cautelar.

Entretanto, e após a modificação legislativa, não mais seria necessário o procedimento cautelar específico já que, pelo princípio da fungibilidade, poderiam ser requeridas, por meio de antecipação de tutela, providências de natureza cautelar.

Com isso, e já discutidos os elementos básicos para a compreensão da natureza de cada uma das espécies de tutela de urgência abrangidas pelo estudo, passamos à análise e individualizada de cada uma delas.

1.2. TUTELA ANTECIPADA – PRINCIPAIS CONSIDERAÇÕES

Antes de abordar especificamente a tutela antecipada, é importante tecer alguns comentários sobre a distinção entre tutela antecipada e medida

⁶ BRASIL. Lei nº 5.869, de 1973. **Código de Processo Civil**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2018.

liminar. A medida liminar trata de decisão exarada no início do processo, sendo que o vocábulo indica o momento em que a medida aconteceu⁷.

É natural que a concessão de antecipação de tutela se dê de forma liminar, mas não existe vinculação intrínseca entre o provimento liminar, aquele tomado no início do processo, e a tutela antecipada, que pode ser requerida e concedida a qualquer momento, desde que preenchidos seus requisitos mínimos.

1.2.1.OS REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPADA

Em linhas gerais, a antecipação de tutela tinha previsão legal no art. 273⁸, do Código de Processo Civil de 1973, que trazia desde o seu *caput* um dos principais requisitos que fundamentavam a sua concessão: prova inequívoca e verossimilhança das alegações.

Estes requisitos se traduziriam na necessidade de apresentação, por parte do requerente, de elementos de prova suficientemente robustos, aptos a apontar a opinião do julgador na direção da medida pleiteada de forma

⁷ "Por medida liminar deve-se entender medida concedida *in limine litis*, i.e., no início da lide, sem que tenha havido ainda a oitiva da parte contrária. Assim, tem-se por liminar um conceito tipicamente cronológico, caracterizado apenas por sua ocorrência em determinada fase do procedimento, qual seja, o seu início. Liminar não é substantivo – não se trata de um instituto jurídico. Liminar é a qualidade daquilo que foi feito no início (*in limine*). Adjetivo, pois." DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil:** Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. 2ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 615.

⁸ "Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. § 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. § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. § 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." BRASIL. Lei nº 5.869, de 1973. **Código de Processo Civil.** Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869/imprensa.htm>. Acesso em: 30 nov. 2018.

inequívoca, em juízo de probabilidade de existência do direito pleiteado, ainda que em análise de cognição sumária. Também aqui estaria incluída a verossimilhança, que não deve se limitar à prova, mas também à subsunção do fato à norma⁹.

Outro requisito apontado pelo texto legal é o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou seja, a necessidade de antecipação da tutela jurisdicional de forma a oportunizar o exercício do direito pleiteado ante o temor de, caso não concedida a tutela, seja ele lesado¹⁰. É a clássica representação doutrinária do chamado *periculum in mora*, quando a demora no julgamento final não permite aguardar pela tutela definitiva.

Também haverá ocasiões em que a parte requerente da tutela antecipada deverá comprovar a prática de atos protelatórios ou o abuso do direito de defesa da parte contrária. O primeiro deles se caracterizaria pela atuação, extraprocessual, da parte contrária, que se utiliza de expedientes escusos para alongar indevidamente o trâmite processual. Já o abuso do direito de defesa configurar-se-ia quando, em manifestações processuais, o exercício do direito de defesa é exacerbado, com o único intuito de atrasar o provimento processual definitivo.

Importante ressaltar que os requisitos de *fumus boni iuris*, abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório não são, necessariamente, cumulativos para a concessão da tutela antecipada. Para que exsurja a necessidade de provimento antecipado, basta que estejam presentes os requisitos do *caput* do art. 273 e, alternativamente, qualquer um dos outros três requisitos acima mencionados.

⁹ "É imprescindível acrescentar que a verossimilhança refere-se não só à matéria de fato, como também à plausibilidade da subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos. O magistrado precisa avaliar se há probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante." DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 2ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 627.

¹⁰ "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'." BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 4** : tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. 6ª ed., Saraiva, 2013. p. 45.

Como último requisito à concessão da tutela antecipada, na forma prevista na antiga redação do Código de Processo Civil, está a reversibilidade dos efeitos da tutela antecipada. Neste caso, o texto legal deve ser interpretado, deixando a legislação espaço para que o julgador, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de restauração dos efeitos da medida ao *status quo ante*.

Entretanto, inevitável será a situação em que estarão em discussão direitos que causarão efeitos irreversíveis tanto na concessão quanto na negativa da antecipação da tutela. Neste caso, cabe ao julgador ponderar o impacto da decisão, optando por aquela que causará o menor prejuízo no caso concreto¹¹.

1.2.2.LEGITIMIDADE E MOMENTO DE CONCESSÃO

Eram partes legítimas para pleitear a tutela antecipada o autor, o réu e o terceiro interessado que, ao ingressar no processo, também é parte deste. Então, via de regra, seriam reconhecidos como partes legítimas para a apresentação de pedido de antecipação de tutela todos aqueles interessados no processo.

Excepcionalmente, também pode requerer a antecipação de tutela o Ministério Público, quando for parte e quando atuar como assistente de incapazes. Já quando figurar como *custus legis*, só é permitido ao *parquet* se manifestar contra ou a favor de pedido de tutela antecipada já apresentado e não como peticionante originário.

Já com relação ao momento de concessão da antecipação de tutela, temos a concessão liminar, antes de manifestação do réu, que normalmente será voltada à existência do *fumus boni iuris*. Ou ainda quando da prolação da sentença, principalmente com o intuito de autorizar a execução provisória da sentença, afastando o efeito suspensivo da apelação ou remessa

¹¹ "É uma situação-limite, que podemos chamar de 'irreversibilidade de mão dupla, ou como prefere a doutrina, 'recíproca irreversibilidade', na qual caberá ao juiz a ponderação do direito mais provável no momento de análise do pedido da tutela antecipada, aplicando-se o princípio da razoabilidade. Em lição de autorizado processualista, deve-se valorar comparativamente os riscos, balanceando os dois males para escolher o menor." NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Método, 2009. p. 1.051.

necessária. Por fim, também pode ser reconhecida a antecipação de tutela em grau recursal, mais uma vez buscando a execução provisória da sentença.

1.2.3. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Como últimos detalhes sobre a tutela antecipada, devemos observar também que o Código de Processo Civil de 1973 permitia, em seu art. 273, §6º, que o juiz concedesse a antecipação sobre a parcela incontroversa da pretensão. Parte da doutrina definia que esta previsão constituiria verdadeiro julgamento de mérito¹²; entretanto, entendemos que a melhor classificação do instituto seria a de que não se constitui provimento jurisdicional definitivo, sendo mera espécie de tutela antecipada, tanto pela escolha topográfica legislativa quanto pela possibilidade de reversão dos efeitos pelo próprio julgador, dada a precariedade própria à tutela antecipada¹³.

Ponto importante também diz respeito ao entendimento de que era possível a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, sendo que foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, em Ação Declaratória de Constitucionalidade, a constitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.494/1997, que prevê as hipóteses de vedação à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda. Com isso, o posicionamento jurisprudencial era no sentido da possibilidade de concessão de tutela antecipada, salvaguardadas as vedações instituídas pelo texto legal acima referido.

Por fim, a antecipação de tutela era cabível tanto nos procedimentos comuns quanto nos Juizados Especiais Cíveis. Com isso, e encerrado o estudo pormenorizado da tutela antecipada, passamos à análise da tutela cautelar.

¹² "A mais importante observação que se deve fazer sobre §6º do art. 273 diz respeito à sua natureza jurídica: não se trata de tutela antecipada, mas, sim, de resolução parcial da lide (mérito). A topografia do instituto está equivocada." DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 2ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 660.

¹³ "Ainda que considere a cognição exauriente nessa espécie de tutela antecipada, o conhecimento superveniente de matérias de ordem pública, que podem inclusive ser levadas ao processo *ex officio* pelo juiz, são aptas a extinguir o processo sem resolução do mérito, acarretando a imediata revogação da tutela antecipada anteriormente concedida. Essa possibilidade de revogação demonstra que a decisão concessiva de tutela antecipada não era definitiva, não sendo apta a gerar coisa julgada material." NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Método, 2009. p. 1.036.

1.3. TUTELA CAUTELAR – PRINCIPAIS CONSIDERAÇÕES

Assim como a tutela antecipada, a tutela cautelar tem como principal objetivo resguardar o resultado útil do processo, o direito da parte, contra os males do tempo advindos da prestação jurisdicional, até que a análise definitiva do mérito da demanda seja exarada pelo magistrado.

Entretanto, outro elemento, além dos que já foram anteriormente apresentados que torna clara a diferença entre as duas espécies de tutela de urgência é o fato de que a tutela cautelar será sempre, no Código de 1973, vinculada a um processo autônomo, ainda que ligado ao processo principal¹⁴¹⁵. Com isso, existiam diversos tipos de ação autônomas que envolviam o provimento cautelar, desde as ações de arresto de bens até as ações de alimentos, apenas para citar alguns exemplos.

Além disso, e antes de aprofundar os estudos sobre o instituto, importante apontar que o Código de Processo Civil de 1973 dispunha sobre a tutela cautelar, suas ações próprias e detalhes procedimentais, em Livro a ela integralmente dedicado.

1.3.1.OS REQUISITOS DA TUTELA CAUTELAR

Justamente por sua característica de urgência, o primeiro requisito a ser observado para a concessão da tutela cautelar é, assim como na tutela antecipada, o *fumus boni iuris*, que consistiria em probabilidade de existência

¹⁴ "Todo provimento cautelar é, destarte, expressão do exercício de uma ação diversa daquela que procura a solução do litígio, embora exista, obrigatoriamente, uma coordenação entre ambas. O poder instrumental manipulado pela parte na ação cautelar não assenta na pretensão material, que é objeto do processo chamado principal, mas na necessidade de garantir a estabilidade ou preservação de uma situação de fato e de direito sobre a qual vai incidir a prestação jurisdicional." THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil:** Volume II, Processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 45ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 495.

¹⁵ Importante ressaltar que, como apontado no tópico anterior, o art 273, §3º, do Código de Processo Civil de 1973 admite a fungibilidade entre medida cautelar e antecipação de tutela, restando superado o entendimento de que a medida cautelar essencialmente ocorre em ação cautelar própria, legalmente instituída a possibilidade de concessão de medida cautelar no próprio processo principal.

do direito¹⁶, requisito bem menos exigente que aquele observado para a concessão da antecipação da tutela, que parece exigir a comprovação do direito de forma mais contundente.

O segundo requisito observado é o *periculum in mora*, caracterizado pelo fundado temor, iminente, de que a espera pelo provimento jurisdicional definitivo em cognição exauriente possa lesar o direito de forma grave e com difícil reparação¹⁷. Com isso, para o reconhecimento da necessidade de concessão da tutela cautelar seria necessária a presença cumulada de ambos os requisitos.

1.3.2. PODER GERAL DE CAUTELA E ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO JUIZ

Outro ponto importante a ser analisado diz respeito ao poder geral de cautela previsto no art. 798, do Código de Processo Civil de 1973, que concedia ao julgador, além dos procedimentos expressamente listados na legislação, reconhecer o direito da parte de forma a resguardar o seu direito.

A previsão legal teria como fim básico conceder ao julgador poderes suficientes para, amoldando-se à realidade social, observar a possibilidade de concessão do direito, haja vista a impossibilidade legislativa de prever todas as hipóteses em que o provimento jurisdicional cautelar será necessário, bem como efetuar a adequação da Lei à essa nova realidade à tempo de abranger a mutação social¹⁸.

¹⁶ "Cabe ao Estado-Juiz, portanto, verificar a probabilidade de existência do direito afirmado pelo demandante, para que se torne possível a concessão da medida cautelar. É de se referir, aliás, que o *fumus boni iuris* estará presente, no caso concreto, toda vez que se considerar provável que as alegações de fato feitas pelo demandante venham a ter sua veracidade demonstrada no processo principal." CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**: Volume III. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 41.

¹⁷ "Para obtenção da tutela cautelar, a parte deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela. E isso pode ocorrer quando haja o risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo principal." THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Volume II, Processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 45ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 501.

¹⁸ "Poder geral de cautela, nesse sentido, significa o generalizado poder estatal de evitar no caso concreto que o tempo necessário para a concessão da tutela definitiva gere a ineficácia dessa tutela. Essa amplitude da proteção jurisdicional no âmbito cautelar impõe que nenhuma restrição seja admitida no tocante ao direito concreto da parte em obter essa espécie de tutela

No mesmo sentido, previa a Norma Processual, em seu art. 797, a atuação de ofício do julgador que, observando a possibilidade de lesão ao direito de forma a inviabilizar ou tornar inócua a avaliação do mérito, para, mesmo sem requerimento de qualquer das partes, decretar a imposição de medida cautelar apta a resguardar o direito ameaçado¹⁹.

1.3.3. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Antes de iniciar o estudo das tutelas de urgência após a instituição do Código de Processo Civil de 2015, importante apontar que, como dito anteriormente, a tutela cautelar era provida, via de regra, no bojo de ação autônoma, vinculada a um processo principal, ainda que a ação cautelar fosse anterior à propositura da ação principal, sendo preparatória desta.

Com isto, e a tutela cautelar sendo abrangida por diversas ações autônomas, cada uma com suas especificidades, optamos por deixar de analisá-las, neste estudo, já que desnecessário para o objeto final almejado, que consiste na análise das tutelas de urgência de forma abrangente, principalmente em relação a seus requisitos e razões de existência, de forma a traçar paralelo entre a antiga norma posta e o Código Processual ora vigente.

2. LEI N. 13.105, DE 2015 – O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS TUTELAS PROVISÓRIAS

Inevitavelmente, seria necessário elaborar nova Norma Processual, substituindo a anterior de modo a melhor adequar o texto legal à ordem social, sempre em modificação. Para isso, foi promulgada a Lei n. 13.105/2015, também chamada de Novo Código de Processo Civil.

quando demonstra os requisitos necessários previstos em lei.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Método, 2009. p. 1.093.

¹⁹ “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 asseguramento 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’.” BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 4**: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. 6ª ed., Saraiva, 2013. p. 189.

A nova lei optou por dedicar importante parte de sua redação ao que passou a ser designado como Tutela Provisória, no Livro V. O referido Livro, por sua vez, é separado em: Disposições Gerais (arts. 294 a 299); Tutela de Urgência (arts. 300 a 310), e; Tutela de Evidência (art. 311). Logo notamos, portanto, que ao menos o *nomen iuris* dos institutos anteriormente referidos como tutelas de urgência, estudados no capítulo anterior, sofreu modificação.

Entretanto, como primeiro comentário à topografia e redação da nova nomenclatura de gênero – Tutela Provisória – é necessário ressaltar a importância da inclusão de disposições gerais que disciplinam toda a “parte especial” do Livro, impondo regras a serem observadas para a correta concessão, ou negativa, dos pedidos apresentados.

Vale ressaltar que também é reconhecido como integrante da tutela provisória o cumprimento provisório de sentença (arts. 520 a 522)²⁰, que não será abordado no presente estudo, uma vez que avaliados apenas os institutos anteriores ao provimento jurisdicional definitivo de mérito, ainda que em grau único de jurisdição.

2.1. TUTELA PROVISÓRIA – DISPOSIÇÕES GERAIS

O Novo Código optou por inserir disposições gerais aplicáveis às chamadas tutelas provisórias, que podem ser divididas entre três diferentes classificações, observadas no art. 294, *caput* e parágrafo único²¹: tutela de urgência, segmentada, por sua vez, em cautelar ou antecipada, e tutela de evidência. Cada uma delas deve preencher requisitos diferentes, bem como são dotadas de finalidades únicas, que serão estudadas nos tópicos que seguem.

²⁰ “Para o CPC de 2015 a tutela provisória é gênero de tutela jurisdicional e consiste na tutela jurisdicional não definitiva, seja ela prestada por meio da execução daquilo que foi decidido a título de *tutela de urgência* (arts. 300 a 310), de *tutela de evidência* (art. 311) ou de *cumprimento provisório* da sentença (arts. 520 a 522, além da provisoriedade de decisões liminares fundadas nos arts. 536 a 538).” LAMY, Eduardo. **Tutela Provisória**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 2.

²¹ “Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.” BRASIL. Lei nº 13.105, de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 06 dez. 2018.

De forma geral, o fim almejado pela tutela provisória continua sendo aquele observado também para as tutelas de urgência existentes antes da reforma legislativa, ou seja, resguardar o resultado útil do processo, seja contra a inexorável ação do tempo, seja contra atos praticados pela parte adversária que venham a influenciar na efetiva prestação da tutela jurisdicional definitiva²², podendo ser requerida em caráter antecedente ou incidente.

Além disso, o art. 296²³ do Código de Processo Civil de 2015 ressalta a característica de provisoriedade destas espécies de tutela, principalmente ao observar a possibilidade de sua revogação a qualquer tempo, resguardando-se, no entanto, a manutenção da medida ainda que o processo seja suspenso.

Também é reconhecido de forma expressa o poder geral de cautela do juiz²⁴, no art. 297, o que possibilita a adequação da tutela provisória à realidade processual em que tomará forma, já que não é esperado que o legislador consiga vislumbrar todas as hipóteses de ocorrência da intervenção jurisdicional. Deve-se lembrar sempre, entretanto, da necessidade de observância de critérios norteadores da atividade jurisdicional, como os princípios da necessidade e proporcionalidade²⁵.

²² "O Livro V, da Parte Geral do novo Código de Processo Civil, regula o que denominou de "Tutela Provisória". A análise dos dispositivos legais revela que a chamada tutela provisória versa sobre os provimentos jurisdicionais destinados a salvaguardar provisoriamente o direito ou o próprio processo em vista de uma situação de urgência ou mesmo dos males do transcurso natural do tempo necessário ao trâmite processual, dependendo, em regra, de provimento jurisdicional definitivo (sentença transitada em julgado) para por fim à demanda judicial." THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). **Primeiras Lições sobre o Novo Direito Processual Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. página n. p.

²³ "Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo." BRASIL. Lei nº 13.105, de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 06 dez. 2018.

²⁴ "Esse dispositivo consagra o poder geral de cautela – agora ampliado para o gênero das tutelas provisórias –, o qual decorre da evidente impossibilidade de abstrata previsão da totalidade das situações de risco para o processo." DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 236.

²⁵ "Em um sistema atípico de técnica executiva, os postulados da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito devem estruturar argumentativamente o emprego da técnica executiva a fim de que o poder judicial de escolha da técnica possa ser intersubjetivamente controlável (arts. 8.º e 297, CPC)." MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. página n. p.

Por fim, e como últimas observações gerais, o Código Processual institui que a decisão que concede ou denega o pedido de tutela provisória deve ser devidamente fundamentada (art. 298), utilizada como reforço ao que já prevê a Constituição Federal em seu art. 93, IX, bem como informa a autoridade competente para conhecer do pedido (art. 299), que será aquela com poderes para conhecer do mérito da ação²⁶.

2.2. TUTELAS DE URGÊNCIA – CAUTELAR E ANTECEDENTE

Como dito anteriormente, as tutelas de urgência estão previstas nos arts. 300 a 310 do Novo Código de Processo Civil e tem como principal objetivo proteger o resultado útil do processo, acautelando de forma temporária o direito alegado pela parte.

Tanto pela prática processual já estudada no capítulo anterior quanto pela escolha legislativa em reclassificar e reinserir as tutelas cautelar e antecedente já conhecidas da doutrina e jurisprudência ao novo texto legal, continua-se a dividir as tutelas em cautelares e antecedentes, sendo necessário avaliar individualmente cada uma delas.

Entretanto, cumpre anotar que o Código de Processo mais uma vez impõe regras gerais a serem observadas, desta vez apenas para as tutelas de urgência.

Nos arts. 300 a 302 da legislação de regência aponta o legislador os requisitos que devem ser observados para a concessão da tutela de urgência, particularmente com relação à probabilidade do direito, o perigo de dano e o risco ao resultado útil do processo. Ressaltando ainda, de forma exemplificativa, as ações que podem levar à efetivação da tutela de urgência cautelar bem como as hipóteses em que a parte requerente poderá ser responsabilizada pelos prejuízos ocasionados pela tutela de urgência à parte contrária.

²⁶ “A competência para a análise de tutela provisória é sempre do juízo também competente para conhecer da causa em primeiro grau, bem como do juízo do pedido principal, quando a tutela é requerida no formato antecedente ao processo. Entretanto, nas ações de competência originária dos tribunais, exceto disposição especial em contrário, a competência para a análise da medida provisória também será do próprio tribunal, dado ser o órgão jurisdicional competente para a análise do mérito do feito.” LAMY, Eduardo. **Tutela Provisória**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 8.

2.2.1. TUTELA CAUTELAR - PRINCIPAIS PONTOS DE ESTUDO

Como já estudado no capítulo anterior, a principal característica da tutela cautelar é a sua aplicação de forma a resguardar o resultado útil do processo, acautelando o bem da vida almejado e impondo limitações ao exercício de disposição, usufruto e alienação do direito.

A principal diferença a ser destacada neste momento, no entanto, diz respeito à primordial função da tutela cautelar, que se mantém legítima ao que era anteriormente previsto pela legislação de regência. A proteção ao resultado útil futuro do processo continua tomando a forma de garantia de eficácia processual²⁷.

Outra importante inovação legislativa diz respeito à extinção do processo cautelar como autônomo em relação ao processo principal²⁸. Neste sentido, apesar de permanecerem as medidas cautelares com sua natureza processual e finalidade de resguardar a prestação jurisdicional, não mais devem ser tratadas como "ações cautelares", mas sim como pedidos apresentados nos autos principais e que serão avaliados independentemente do julgamento de mérito da demanda.

A bem da verdade, já antes da modificação do Código Processual, as cautelares autônomas já enfrentavam crescente desuso, principalmente quando observada sua autonomia em relação ao processo principal,

²⁷ "Disso resulta que a finalidade da tutela cautelar é a de garantir o correto funcionamento da jurisdição, de forma que os provimentos judiciais não sejam simples declarações desprovidas de eficácia prática. Não há vocação para satisfazer a pretensão, mas sim possibilitar a sua satisfação, protegendo-a de situações de perigo a que está sujeita, até a solução do pedido final. Bem se vê, portanto, que a nota característica da natureza da tutela cautelar reside, para a ampla doutrina, na não satisfatividade." RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela Provisória**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. página n. p.

²⁸ "As medidas cautelares são deferidas com base em um *poder cautelar geral* do juiz, não havendo no CPC (diferentemente do que se via na tradição do direito brasileiro desde suas origens lusitanas) a previsão de medidas cautelares específicas mas, tão somente, do poder genericamente atribuído ao magistrado de deferir medidas cautelares. É o que se verifica pela interpretação do art. 301, segundo o qual "[a] tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante [qualquer medida] idônea para assecuração do direito" (*rectius*, da efetividade do processo). Há, no aludido dispositivo, uma enumeração meramente exemplificativa de medidas cautelares (arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem), mas isto não afasta o acerto do que acaba de ser dito: o sistema processual brasileiro contenta-se com a atribuição, ao juiz, de um *poder cautelar geral* (FPPC, enunciado 31: "O poder geral de cautela está mantido no CPC")." CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 157.

resguardada a possibilidade de aplicação da fungibilidade, na forma do que previa o art. 273, 7º, do Código de Processo Civil de 1973.

Apesar das modificações, a lei processual optou por manter os requisitos básicos e cumulativos para a concessão da medida cautelar, notadamente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, definidos, respectivamente, como fumaça do bom direito e perigo da demora.

Ressalte-se, uma vez mais, que o *fumus boni iuris* é caracterizado pela inexistência de necessária vinculação com a plausibilidade da concessão do mérito da causa, mas sim na identidade entre o direito alegado e sua possibilidade jurídica²⁹. Já o *periculum in mora*, que como veremos também é requisito para a concessão da tutela antecipada, se caracteriza como o receio de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação caso se aguarde o provimento jurisdicional de mérito³⁰.

Como último detalhe referente à tutela cautelar, prevê a Norma Processual, nos arts. 305 a 310, a possibilidade de apresentação de pedido cautelar antecedente, que deve observar os requisitos do art. 305, menos exigentes que aqueles exigidos do processo que segue o rito comum, a que será ofertado prazo para contestação do réu (art. 306) que, caso exerça seu direito, dará início ao procedimento comum e, caso não o faça, permitirá a decisão favorável ao autor do pedido (art. 307).

Com isso, e efetivada a tutela cautelar, deverá o autor apresentar o pedido principal dentro do prazo legal de trinta dias (art. 308), levando à realização de audiência e exercício do contraditório pela parte contrária. Ainda, caso concedida a tutela cautelar antecedente, poderá ser decretada a perda de sua eficácia (art. 309), sendo que o indeferimento da tutela cautelar antecedente não tem o condão de influenciar no julgamento do mérito da

²⁹ "A doutrina tradicional assevera que fumaça do bom direito não se relaciona com a plausibilidade das alegações de mérito. Assim, nesse entendimento, o *fumus boni iuris* no processo cautelar diz respeito ao direito de ação, é dizer, ao direito do requerente da medida cautelar de deduzir sua pretensão principal para discutir em juízo seu direito lesado, ameaçado de lesão ou insatisfeito." THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.) **Primeiras Lições sobre o Novo Direito Processual Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. página n. p.

³⁰ "Em outras palavras, o perigo do transcurso do tempo comprometer a efetividade da decisão definitiva." THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.) **Primeiras Lições sobre o Novo Direito Processual Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. página n. p.

lide, salvo quando o indeferimento tiver se embasado na prescrição ou decadência do direito pleiteado (art. 310).

Apesar de tratar do procedimento a ser observado para a tutela cautelar antecedente de forma clara e sintética, não há inovação em relação ao que já previa anteriormente a legislação processual, mantendo-se a natureza assecuratória da tutela cautelar mas oportunizando a proteção do direito antes mesmo da apresentação do pedido meritório.

2.2.2. TUTELA ANTECIPADA - PRINCIPAIS PONTOS DE ESTUDO

Também não podem ser observadas modificações profundas no instituto da tutela antecipada, uma vez comparada sua implementação ainda na lei anterior. Como principal característica, permanece o entendimento de que a tutela antecipada tem caráter eminentemente satisfativo, uma vez que busca não apenas proteger o resultado útil do processo, mas antecipar a concessão do pedido de mérito, oportunizando o gozo do bem da vida pleiteado antes mesmo da análise de mérito da tutela definitiva³¹.

Não parece possível, dada a novel redação do art. 300, *caput*, do Código de Processo Civil, que seja aplicável à tutela antecipada a necessidade de preenchimento dos pré-requisitos de probabilidade do direito como observava a legislação anterior, em que a verossimilhança, a plausibilidade entre o pedido de tutela antecedente e o mérito da demanda fosse comprovado de maneira mais robusta. Ou seja, o Novo Código torna equivalentes os requisitos de ambas as tutelas de urgência, inclusive em relação à plausibilidade do direito alegado³².

³¹ "Já a *tutela de urgência satisfativa* (tutela antecipada de urgência) se destina a permitir a imediata realização prática do direito alegado pelo demandante, revelando-se adequada em casos nos quais se afigure presente uma situação de perigo iminente para o próprio direito substancial (*perigo de morosidade*)."
CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**: Volume III. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 154.

³² "A despeito da conservação da distinção entre 'tutela antecipada' e 'tutela cautelar no CPC de 2015, com importantes reflexos procedimentais, é correto entender, na perspectiva do dispositivo aqui examinado, que os requisitos de sua concessão foram igualados. Não há, portanto, mais espaço para discutir, como ocorria no CPC de 1973, que os requisitos para a concessão da tutela antecipada ('prova inequívoca de semelhança da alegação') seriam, do ponto de vista da cognição jurisdicional, mais profundos que os da tutela cautelar, perspectiva que sempre me pareceu enormemente artificial. Nesse sentido, a concessão de ambas as tutelas de urgência reclama, é isto que importa destacar, a mesma probabilidade do direito

Também foi mantido pela legislação mais recente o requisito negativo para a concessão da tutela antecipada: a reversibilidade dos efeitos da decisão. Mais uma vez, observamos que a aplicação da norma, neste ponto, deve ser decantada a partir de um processo de ponderação, avaliando proporcionalmente o sacrifício de um direito em detrimento de outro³³.

Afinal, a possível irreversibilidade, se interpretada única e exclusivamente a partir da literalidade da Lei, acabaria por esvaziar a própria razão de ser da tutela antecipada, transformando-a em mera tutela cautelar, uma vez que a satisfação antecipada do pedido meritório é sempre um potencial para causar prejuízo à parte contrária.

Além disso, é preciso observar também a crítica de parte da doutrina com relação ao próprio conceito de "reversibilidade" da decisão. Para alguns autores, esta reversibilidade estaria limitada à própria reversibilidade da decisão, ou seja, a não criação de situação fático jurídica irreversível, principalmente quando lembrada a natureza de provisoriedade da tutela antecipada, que não exaure, via de regra, o mérito da lide apresentada³⁴.

Entretanto, e após comentar sobre o requisito de reversibilidade da decisão que concede a tutela antecipada, apontamos que o Novo Código de Processo Civil institui, assim como o faz na tutela cautelar antecedente, hipótese de provimento tutelar antecipado antecedente, previsto nos arts.

além do mesmo perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo." BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 225.

³³ "Assim, não se pode admitir de forma peremptória que a tutela satisfativa jamais poderá ser concedida quando houver risco de que seus efeitos se tornem insuscetíveis de reversão, eis que casuisticamente se pode verificar a possibilidade de que a necessária reversibilidade da medida acabe por tornar inútil a decisão de mérito. Cabe ao juiz, portanto, aplicar ao caso concreto o postulado da proporcionalidade, verificando, caso a caso, se é justificável o sacrifício do contraditório e da ampla defesa, em prol da efetividade do acesso à Justiça, hipótese em que deverá ser concedida a tutela de urgência satisfativa. É preciso, para tanto, que haja a ponderação dos princípios que tocam o próprio direito material, analisando-se a colisão diante do próprio bem da vida pleiteado. Concluindo-se que não há razão para o sacrifício momentâneo do contraditório e da ampla defesa, deverá ser indeferida a tutela antecipada." ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 171.

³⁴ "O § 3º do art. 300, portanto, refere-se à irreversibilidade dos efeitos fático-jurídicos da decisão final, e não ao seu próprio conteúdo (declaração, constituição, desconstituição ou condenação), que não pode ser concedido, senão após cognição exauriente. Desse modo, a concessão de tutela antecipada não deve, de ordinário, gerar uma situação fático-jurídica inalterável, o que se justifica em razão de se tratar de tutela provisoriamente concedida, com o fito de salvaguardar, no caso específico da tutela antecipatória, a probabilidade e a urgência decorrente do risco de dano." ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 169.

303 e 304 e que será estudado de forma mais aprofundada no próximo capítulo, com vistas a melhor debater a controvérsia ali apresentada.

2.3. TUTELA DE EVIDÊNCIA

Como última espécie do gênero tutela provisória, prevê o Código Processual a figura da tutela de evidência em seu art. 311.

O primeiro detalhe observável da tutela de urgência é o fato de que não é necessária a comprovação do *fumus boni iuris* ou *periculum in mora* para a sua concessão. Na verdade, a tutela de evidência deve cumprir requisitos diversos daqueles relacionados às outras modalidades de tutela provisória.

Na verdade, a tutela de evidência tem como principal objetivo resguardar o direito da parte que, com base em um juízo de probabilidade tão exacerbado, torna-se praticamente certa a titularidade do direito pleiteado³⁵, mas não constituindo julgamento do mérito da questão³⁶.

Traçando um paralelo, possível notar semelhança entre a tutela de evidência e a tutela antecipada prevista no Código de Processo Civil de 1973, no sentido de que, em ambos os casos, a probabilidade do direito deveria ser mais evidente.

Na redação legal atual, a tutela de evidência pode ser concedida em quatro hipóteses. A primeira delas, e que talvez traga maiores empecilhos para a interpretação da possibilidade ou não da concessão da tutela, diz respeito ao abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte, que pode se materializar, por exemplo, na apresentação abusiva de

³⁵ "Em outros termos, aplicam-se a casos em que a probabilidade de que o autor tenha razão no que pede é tão mais alta – ou seja, há a seu favor uma verossimilhança tão mais intensa –, que se constata ser um gravame desproporcional ao autor ter de arcar com peso da demora do processo." WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: Vol. 2 – Cognição jurisdicional (Processo Comum de Conhecimento e Tutela Provisória). 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 898.

³⁶ "Por fim, é importante gizar que esse tipo de provimento antecipatório se dá com base em cognição sumária, daí por que é revogável e provisório, não se confundindo, pois, com o julgamento antecipado da lide." RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela Provisória**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. página n. p.

recursos, principalmente com base em argumentos que já foram enfrentados e julgados improcedentes³⁷.

A segunda hipótese de concessão da tutela de evidência diz respeito ao pedido formulado com base em fatos comprovados documentalmente e que possuam teses firmadas em julgamentos de casos repetitivos ou súmulas. Sendo este critério objetivo, não se mostram necessários maiores enfrentamentos.

Também é clara a terceira hipótese, de pedido reipersecutório com base em prova documental do contrato de depósito. Por fim, também é possível a concessão do pedido em casos de existência de prova documental suficiente e ausência de prova capaz de gerar dúvida pela parte contrária, não devendo haver confusão entre esta hipótese e a questão incontroversa, que é atingida pelo julgamento antecipado parcial do mérito e não pela tutela de evidência.

Encerrada a análise à espécie de cada uma das modalidades de tutela provisória previstas no Novo Código de Processo Civil, avançamos à última parte deste breve ensaio, na qual será estudada a tutela antecipada antecedente, sua possível estabilização e as consequências de sua inclusão no texto legal a partir da análise de caso concreto.

3. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE – UM ESTUDO CRÍTICO DO RECURSO ESPECIAL N. 1.760.966/SP

Como última etapa do estudo que ora se apresenta, será realizada a análise pormenorizada de recente instituto adotado pelo Código de Processo Civil de 2015, a tutela antecipada antecedente e a possibilidade de sua estabilização, observados os critérios anotados na legislação.

³⁷ “Dessa forma, a defesa deve ser abusiva, excessiva, anormal, inadequada, com o propósito de frustrar e/ou atrasar a prestação jurisdicional. É interessante observar que o réu pode apresentar defesa técnica adequada e mesmo assim abusar do direito de defesa, que deve ser lido consoante o princípio da ampla defesa, abarcando não só as peças confeccionadas a esse título (contestação, reconvenção etc.) como também a conduta do réu na defesa de seus interesses, em suma, todas as situações subjetivas processuais que integram a defesa.” RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela Provisória**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. página n. p.

Para isso, iniciaremos o exame a partir da apresentação pormenorizada do instituto com a posterior verificação crítica do posicionamento jurisprudencial exarado pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial n. 1.760.966/SP.

3.1. A TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

A Nova Norma Processual traz, em seus art. 303 e 304, a possibilidade de pleitear a tutela antecipada antecedente, que poderia ser traduzida como a busca de tutela satisfativa (antecipada) por meio de procedimento específico, anterior mesmo ao processo "principal"³⁸.

De acordo com o art. 303 acima referido, é cabível o pedido de tutela antecipada antecedente nos casos em que a urgência for contemporânea ao pedido, sendo inclusive facultado à parte requerente apresentar pedido menos abrangente que aquele que seria necessariamente apresentado quando da petição inicial no rito comum³⁹.

Este requisito fica ainda mais claro quando observado o §1º do art. 303, que explicita a necessidade de aditamento da inicial e sua complementação nos casos de concessão do pedido. Com isso, seguir-se-á a citação do réu, realização de audiência e apresentação de contestação.

Ademais, deve ser expressamente manifestado pelo autor o interesse de exercer o direito de aditamento da inicial acima referido (art. 303, §5º), de aditá-la com o intuito de apresentar a complementação de argumentação, e até mesmo ver reconhecido como pedido final aquele apresentado de forma antecedente⁴⁰.

³⁸ "São, neste contexto, os dispositivos que se ocupam com o que deve ser observado na hipótese de a tutela provisória antecipada fundamentada em urgência ser requerida antes do processo." BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 228.

³⁹ "Porém, indicar o pedido nos termos do art. 303 do CPC/2015 parece ter um conteúdo diferente e menos rígido do que a exigência feita no art. 319, IV, do CPC/2015, já que, neste, o autor deve formular o pedido sob pena de indeferimento da petição inicial (CPC/2015, art. 330, I), enquanto no art. 303 pode o requerente limitar-se a requerer a tutela provisória." ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 185.

⁴⁰ "No caso, dispõe a lei processual que a petição inicial *pode* limitar-se ao requerimento da tutela antecipada, com a indicação do pedido a ser apresentado, em definitivo, posteriormente (devendo o autor indicar que pretende valer-se desse benefício em sua petição inicial, cf. § 5.º do art. 303 do CPC/2015). O que se requer, no caso, é a *antecipação dos efeitos* da tutela

Cabe lembrar ainda que, caso não seja realizado o aditamento da inicial, que será levado a cabo nos mesmos autos, o processo será extinto sem julgamento do mérito⁴¹ (art. 303, §2º e 3º). Como última regra procedimental, consigna o Código de Processo Civil que, nos casos de indeferimento do pedido de tutela antecipada antecedente, deverá o autor promover o aditamento da inicial, sob pena de indeferimento e extinção sem análise do mérito (art. 303, §6º).

3.2. A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

Certamente uma das maiores – e mais polêmicas – inovações do Código de Processo Civil de 2015 é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada antecedente, com regramento próprio no art. 304. Prevê o instituto que, uma vez concedida a tutela, e caso o réu não venha a interpor o respectivo recurso, a medida se estabilizará, levando à manutenção integral de seus efeitos e posterior extinção do processo⁴².

A medida, inclusive, tende a manter sua eficácia por tempo indeterminado (art. 304, §3º), sendo facultado a qualquer uma das partes demandar novamente em juízo, no prazo máximo de dois anos (art. 304, §2º), de forma a atacar a tutela que tenha se estabilizado. Ressalte-se que a decisão que concede a tutela antecipada não fará coisa julgada, mas a estabilidade só será afastada quando atacada na forma prevista pelo Código (art. 304, §6º).

final, cujo pedido respectivo é, num primeiro momento, indicado, e deve posteriormente ser *confirmado*. Segundo pensamos, pode não haver *absoluta correspondência* entre o pedido que antes apenas fora apontado e o apresentado posteriormente, embora seja necessário que aquele antes indicado seja, depois, *corroborado*.” MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: Com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. página n.p.

⁴¹ “Não realizado o aditamento, o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 303, § 2º), cessando-se *ipso iure* a eficácia da tutela antecipada concedida. O caso é de falta de interesse superveniente tácito. Quem não adita a petição inicial, inclusive reiterando o pedido da tutela final, é porque dela se desinteressou.” DONIZETTI, Elpidio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 236.

⁴² “Se o réu não interpuser recurso contra a decisão que, em primeiro grau, concede a tutela antecipada antecedente, esta estabilizar-se-á. O processo, uma vez efetivada integralmente a medida, será extinto. Todavia, a providência urgente manterá sua eficácia por tempo indeterminado.” WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: Vol. 2 – Cognição jurisdicional (Processo Comum de Conhecimento e Tutela Provisória). 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 891.

Para o presente estudo, entretanto, nos limitaremos ao critério a ser utilizado para interpretar o que prevê o *caput* do art. 304, mais especificamente sobre a previsão de que a tutela se estabilizará caso não seja "interposto o respectivo recurso". Para tanto, passamos à análise do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial n. 1.760.966/SP, o primeiro enfrentamento da Corte sobre o tema.

3.3. ART. 304 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – O ENTENDIMENTO INICIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em recentíssimo enfrentamento de mérito, foi submetido à julgamento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça o REsp n. 1.760.966/SP, que trata sobre critério interpretativo do art. 304 do Código Processual, mais especificamente sobre qual deve ser o conceito a ser adotado quanto à menção de interposição do respectivo recurso por parte do réu. O acórdão no referido julgado restou assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REVOGOU A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA, APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO PELO RÉU, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVA IMPUGNAÇÃO DO RÉU. NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A controvérsia discutida neste recurso especial consiste em saber se poderia o Juízo de primeiro grau, após analisar as razões apresentadas na contestação, reconsiderar a decisão que havia deferido o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, nos termos dos arts. 303 e 304 do CPC/2015, a despeito da ausência de interposição de recurso pela parte ré no momento oportuno.

2. O Código de Processo Civil de 2015 inovou na ordem jurídica ao trazer, além das hipóteses até então previstas no CPC/1973, a possibilidade de concessão de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a teor do que dispõe o seu art. 303, o qual estabelece que, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá se limitar ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

2.1. Por essa nova sistemática, entendendo o juiz que não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada, o autor será intimado para aditar a inicial, no prazo de até 5 (cinco) dias, sob pena de ser extinto o processo sem resolução de mérito. Caso concedida a tutela, o autor será intimado para aditar a petição inicial, a fim de complementar sua argumentação, juntar novos documentos e confirmar o pedido de tutela final. O réu, por sua vez, será citado e intimado para a audiência de conciliação ou mediação, na forma prevista no art. 334 do CPC/2015. E, não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335 do referido diploma processual.

3. Uma das grandes novidades trazidas pelo novo Código de Processo Civil é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, instituto inspirado no *référé* do Direito francês, que serve para abarcar aquelas situações em que ambas as partes se contentam com a simples tutela antecipada, não havendo necessidade, portanto, de se prosseguir com o processo até uma decisão final (sentença), nos termos do que estabelece o art. 304, §§ 1º a 6º, do CPC/2015.

3.1. Segundo os dispositivos legais correspondentes, não havendo recurso do deferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a referida

decisão será estabilizada e o processo será extinto, sem resolução de mérito. No prazo de 2 (dois) anos, porém, contado da ciência da decisão que extinguiu o processo, as partes poderão pleitear, perante o mesmo Juízo que proferiu a decisão, a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, devendo se valer de ação autônoma para esse fim.

3.2. É de se observar, porém, que, embora o caput do art. 304 do CPC/2015 determine que "a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso", a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada.

4. Na hipótese dos autos, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença.

5. Recurso especial desprovido.⁴³

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no REsp n. 1.760.966. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 dez. 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1760966&aplicacao=processos.ea&tipoP>

Pelo que se pode depurar da leitura da ementa e do texto do *decisum* referido⁴⁴, a controvérsia apresentada ao Superior Tribunal de Justiça dizia respeito à hipótese de impedimento da estabilização da tutela específica mesmo que sem a impugnação da decisão que concede o pedido de tutela por meio de instrumento recursal próprio. No caso dos autos, especificamente, a tutela de urgência requerida não sofreu os efeitos da estabilização, pois a parte contrária ofertou contestação requerendo a revogação da medida, o que foi acolhido pelo julgador do juízo de piso.

A importância do julgamento aqui analisado diz respeito à questão que, cedo ou tarde, deverá ser enfrentada e pacificada pela jurisprudência, justamente em relação ao requisito imposto pelo Código de Processo com relação à impugnação específica, por parte do demandado, da decisão que concede o pedido de tutela antecipada antecedente.

No acórdão do REsp 1.760.966/SP, cuja ementa acima se colacionou, decidiu a Turma que seria o caso de analisar a exigência legal de forma mais abrangente, bastando a impugnação do pedido apresentado pela parte contrária para restar cumprido o requisito legal à oposição da estabilização da tutela⁴⁵.

Então, o art. 304, da Norma Processual "disse menos do que pretendia dizer, razão pela qual a interpretação extensiva mostra-se mais adequada ao instituto, notadamente em virtude da finalidade buscada com a estabilização

esquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 07 dez. 2018.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no REsp n. 1.760.966. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 dez. 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1760966&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 07 dez. 2018.

⁴⁵ "Por essa razão, é que, conquanto o *caput* do art. 304 do CPC/2015 determine que 'a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso', a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no REsp n. 1.760.966. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 dez. 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1760966&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 07 dez. 2018.

da tutela antecipada⁴⁶, sendo necessário que o julgador flexibilizasse os critérios legais, inclusive de forma a limitar um salto no número de interposições de agravos de instrumento, que sobrecarregariam os Tribunais⁴⁷.

O julgado também se alinha ao entendimento de parte da doutrina pátria, principalmente no sentido de que bastaria a impugnação genérica do pedido de tutela antecipada para impedir a estabilização da medida. Neste sentido se posiciona Daniel Amorim Assumpção Neves⁴⁸.

Também são lembrados no julgado os ensinamentos de Fredie Didier, que defende teoria no sentido de que, uma vez afastada a inércia da parte contrária, demonstrando, desta forma, o interesse em enfrentar o mérito das alegações do requerente, deve o judiciário primar pela resolução do mérito definitivo da demanda, com o efetivo exercício da prestação jurisdicional⁴⁹.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº REsp n. 1.760.966. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 dez. 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1760966&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 07 dez. 2018.

⁴⁷ "Com efeito, admitir essa situação estimularia a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, quando bastaria uma simples manifestação do réu afirmando possuir interesse no prosseguimento do feito, resistindo, assim, à pretensão do autor, a despeito de se conformar com a decisão que deferiu os efeitos da tutela antecipada." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no REsp n. 1.760.966. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 dez. 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1760966&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 07 dez. 2018.

⁴⁸ "Tenho um entendimento ainda mais amplo, admitindo que qualquer forma de manifestação de inconformismo do réu, ainda que não seja voltado à impugnação da decisão concessiva de tutela antecipada antecedente, é o suficiente para se afastar a estabilização prevista no art. 304 do Novo CPC. O réu pode, por exemplo, peticionar perante o próprio juízo que concedeu a tutela antecipada afirmando que, embora não se oponha à tutela antecipada concedida, não concorda com a estabilização, e que pretende a continuidade do processo com futura prolação de decisão de mérito fundada em cognição exauriente, passível de formação de coisa julgada material." NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil - Volume Único**. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 452.

⁴⁹ "(...)se, no prazo de recurso, o réu não o interpõe, mas resolve antecipar o protocolo da sua defesa, fica afastada a sua inércia, o que impede a estabilização – afinal, se contesta a tutela antecipada e a própria tutela definitiva, o juiz terá que dar seguimento ao processo para aprofundar sua cognição e decidir se mantém a decisão antecipatória ou não. Não se pode negar ao réu o direito a uma prestação jurisdicional de mérito definitiva, com aptidão para a coisa julgada." DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 12ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 690

Assim, em sua primeira manifestação sobre os requisitos apresentados pelo art. 304 do Código de Processo Civil, a Corte Cidadã compreendeu que a norma deveria ser observada a partir de ponto de vista mais alargado, flexibilizando-a e entendendo que, para a concretização dos efeitos de estabilidade da tutela antecipada antecedente, seria necessária a total inércia do réu, bastando a impugnação genérica dos fatos alegados pela parte contrária, sem recurso específico à decisão que concede a medida, para que não se operassem os efeitos da estabilização.

Entretanto, o posicionamento doutrinário não é pacífico, como será apresentado no tópico que segue.

3.4. NECESSIDADE DE RECURSO ESPECÍFICO – A INTERPRETAÇÃO TEXTUAL DO ART. 304

Apesar de parte da doutrina se posicionar no sentido de que bastaria o levante da parte contrária contra os argumentos apresentados por aquela que foi beneficiada pela tutela antecipada antecedente, outros posicionamentos diversos podem ser encontrados na literatura especializada.

Alguns autores, por exemplo, são categóricos em afirmar que o texto legal é claro em afirmar a necessidade de impugnação específica, no caso o recurso cabível da decisão que concede a tutela antecipada, para que não sejam operados os efeitos da estabilização da medida. Neste sentido podemos encontrar a manifestação de Elpídio Donizetti⁵⁰.

⁵⁰ "Segundo disposto no art. 304, *caput*, a tutela torna-se estável se não interposto o respectivo recurso. Respectivo significa competente, devido, cabível. Qual o recurso respectivo? Tratando-se de decisão em tutela antecipada, gênero de tutela provisória, o recurso cabível é o agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, I. Assim, caso o réu não interponha agravo de instrumento, a tutela antecipada, concedida em caráter antecedente, torna-se estável. A *mens legislatoris* é no sentido de exigir o recurso como forma de evitar a estabilização. Trata-se de um ônus imposto ao demandado. Não basta contestar. É certo que na contestação o réu adquire a prerrogativa de ver a demanda decidida levando-se em conta também as suas alegações. Ocorre que na ponderação dos princípios da amplitude do direito de ação/defesa e da celeridade, o legislador optou por este, de sorte que, não obstante a apresentação de contestação, o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 304, § 1º), porquanto não houve cognição exauriente, tampouco declaração de prescrição ou decadência. O que prevalece é a vontade do demandante. Se este, embora requeira a tutela antecipada em caráter antecedente, não diz que pretende se valer do benefício da estabilização, o procedimento prossegue rumo à sentença com base em cognição exauriente. A vontade do demandado ao apresentar a contestação é irrelevante. A ele foi imposto o ônus de recorrer ou então de ajuizar ação autônoma de revisão, reforma ou invalidação da decisão

Para o autor, a Lei determina ônus imposto ao réu, que deve se manifestar especificamente contra a decisão, o que deve ocorrer por meio de recurso, sendo irrelevante, do ponto de vista da estabilização da tutela, a apresentação de contestação que, ressalte-se, não é o meio cabível para a insurgência contrária da parte demandada em relação à decisão que avalie mérito do pedido do autor, ainda que liminarmente.

Em afirmação consonante com o texto de lei, também se posiciona Luiz Wambier⁵¹, que parece defender a interposição de recurso pelo réu, sob pena de estabilização da tutela antecedente.

Eduardo Arruda Alvim também defende posicionamento semelhante. Para o autor, o texto legal é enfático ao ressaltar a necessidade de interposição do recurso cabível da decisão que concede a tutela antecipada⁵².

Ele também relembra importante modificação ocorrida durante a fase gestacional do que viria a se tornar o Novo Código de Processo Civil, particularmente em relação à modificação legislativa que impôs a adoção do termo "recurso cabível" ao texto de lei, diferente da afirmação de "impugnação" genérica inicial⁵³.

cujos efeitos foram estabilizados (art. 304, § 2º)." DONIZETTI, Elpidio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 247.

⁵¹ "Se o réu não interpuser recurso contra a decisão que, em primeiro grau, concede a tutela antecipada antecedente, essa estabilizar-se-á." WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: Vol. 2 – Cognição jurisdicional (Processo Comum de Conhecimento e Tutela Provisória). 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 891.

⁵² "Sob a perspectiva do réu, contra quem se requer a tutela antecipada em caráter antecedente, para que esta se estabilize é preciso que ele não interponha o recurso cabível contra a decisão que a concedeu. Isso é o que está expresso no art. 304, caput, do CPC/2015, segundo o qual "a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso". Esse é o pressuposto negativo que está na esfera de atuação do requerido." ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 219.

⁵³ "Todavia, durante a tramitação do Projeto perante a Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010), apresentou-se substitutivo a restringir o campo de atuação do réu, exigindo 'recurso', e não mera 'impugnação', como constava do PLS 166/2010, em sua redação original. Assim previa o art. 305 do Substitutivo apresentado pela Câmara dos Deputados: 'a tutela antecipada satisfativa, concedida nos termos do art. 304, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso'. Vê-se, com efeito, que o legislador de 2015 conscientemente restringiu a forma de insurgência do réu contra a estabilização, deixando bastante claro no texto, que se tornou lei, a necessidade de interposição de 'recurso' (cf. art. 304, caput, do CPC/2015)88." ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 220.

Por fim, devemos lembrar o magistério de Alexandre Freitas Câmara, que pratica verdadeiro exercício avaliativo sobre o próprio sentido da palavra "recurso", localizada no *caput* do art. 304. Na interpretação do autor, seriam possíveis duas interpretações para a palavra, a primeira em sentido estrito, referindo-se ao meio de impugnação específico da decisão ou em sentido amplo, tendo como significado qualquer meio de impugnação⁵⁴.

Aprofundando-se nas possíveis interpretações que podem ser atribuídas ao vocábulo, destaca os três sentidos declinados pelo Código de Processo Civil: o entendimento *strictu sensu* de recurso; o "recurso tecnológico" como meio de tecnologia para realização de determinada atividade, e; "recursos" como sinônimo de valores, quantia monetária⁵⁵.

Com isso, e por processo eliminatório, o autor concluiu que nenhuma das hipóteses interpretativas da palavra "recurso" se adequa ao texto do art. 304, à exceção do sentido de recurso em sentido estrito⁵⁶.

⁵⁴ "Deve-se afirmar, em primeiro lugar, que a referência a 'recurso', no *caput* do art. 304, pode ser compreendida de duas maneiras diferentes: como recurso *stricto sensu* (o que significaria, então, afirmar que só não haveria a estabilização da tutela antecipada se o réu interpusse agravo contra a decisão concessiva da medida de urgência); ou, em um sentido mais amplo, como *meio de impugnação* (o que englobaria outros remédios sem natureza recursal, como a contestação). Vale recordar que é neste sentido mais amplo que o Código Civil faz alusão a recurso em seu art. 65." CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 160.

⁵⁵ "A palavra *recurso* aparece no CPC (excluído o art. 304, já que é o significado da palavra neste artigo que se busca determinar) com três diferentes significados. O primeiro é o sentido estrito de recurso para o direito processual (o qual será objeto de exame específico em capítulo próprio deste trabalho), ou seja, um mecanismo destinado especificamente a impugnar decisões judiciais no mesmo processo em que proferidas, provocando seu reexame. O segundo sentido (em que o substantivo *recurso* aparece invariavelmente acompanhado do adjetivo *tecnológico*, como se dá, por exemplo, no art. 236, § 3º) é o de meio, a significar o mecanismo permitido pela tecnologia para a prática de atos eletrônicos, como a sustentação oral por videoconferência. Por fim, usa-se no CPC o vocábulo *recursos* (sempre no plural) em alguns dispositivos (como o art. 95, § 3º) para fazer menção a dinheiro." CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 160.

⁵⁶ "No art. 304 o vocábulo não está associado aos meios tecnológicos (o que exclui o segundo sentido da palavra) nem a dinheiro (o que exclui o terceiro). Além disso, o texto do art. 304 faz uso do verbo *interpor* ('se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso'), o qual é, no jargão do direito processual, empregado apenas quando se trata de recursos *stricto sensu*. Junte-se a isto o fato de que se faz alusão a recurso contra uma decisão, e tudo isso só pode indicar que a norma se vale do conceito estrito de recursos. Assim, é de se considerar que só a interposição, pelo demandado, de recurso (agravo de instrumento, quando se trate de processo que tramita na primeira instância; agravo interno quando for o caso de processo de competência originária dos tribunais) é capaz de impedir a estabilização da tutela antecipada de urgência antecedente. O mero fato de o réu oferecer contestação (ou se valer de qualquer outro meio, como – no caso do Poder Público, por exemplo – postular a suspensão da medida liminar) não será suficiente para impedir a estabilização." CÂMARA,

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas informações colhidas ao longo do estudo, é possível verificar que a normativa processual cível passou por diversas modificações, desde o Código Processual de 1973, aonde foi inserida a tutela antecipada, até a evolução que culminou com a Lei n. 13.105/2015, ou Novo Código de Processo Civil, que traz ao ordenamento brasileiro, além de inúmeras outras modificações, a tutela antecipada antecedente, instituto estranho à realidade pátria até então.

Ressalte-se que a evolução legislativa foi marcada pela crescente necessidade de proteger o direito pleiteado em juízo dos efeitos do tempo, seja pela natural morosidade característica da avaliação detida e aprofundada do direito, seja pelo crescente número de demandas judiciais, que sobrecarregam o judiciário e atrasam o julgamento célere esperado.

Esta evolução, este conjunto de modificações da sempre dinâmica sociedade, acabou por culminar com a previsão legislativa da tutela antecipada antecedente, importante inovação legal que conta com tantas críticas quanto elogios.

Particularmente no que concerne a necessidade de interposição de recurso de forma a obstar a estabilização desta espécie de tutela provisória, é de se perceber nítida divergência doutrinária que, como não poderia deixar de ser, traz diferenças de aplicação e interpretação legal pelo Judiciário.

Neste sentido, e mais uma vez, depois de tudo que foi exposto ao longo deste ensaio, não nos parece que o posicionamento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do REsp n. 1.760.966 seja o mais adequado para interpretar o art. 304 do Novo Código de Processo Civil, pelo menos neste primeiro momento.

Parece que a opção do legislador de escolher vocábulo mais restritivo, representado pela palavra "recurso" tem como sentido a ideia de recurso em sentido estrito, ou seja, recurso como impugnação específica à decisão contra a qual se discorda. O texto do Projeto de Lei que outrora tramitou no

Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 160-161.

Congresso Nacional parece ainda mais explicitar a escolha legislativa, afinal, fosse a intenção do legislador permitir amplo leque de atuação ao réu, teria mantido o texto original, prevendo a necessidade de "impugnação" à decisão, não restringindo a hipótese de "interposição" ao "respectivo recurso".

Apesar de, neste momento, sintonizarmos nosso posicionamento à linha de que apenas o recurso próprio, e não a impugnação genérica obsta a estabilização da tutela, também é importante ressaltar que os entendimentos e interpretações da norma sempre estão em evolução, principalmente em casos como o ora discutido em que a legislação debatida é tão recente.

É de se ponderar, inclusive, que em um ambiente tão volátil, em que as interpretações tanto divergem, pode até mesmo se tornar temerária a prática processual de mera impugnação genérica da decisão que concede a tutela antecipada antecedente, devendo propugnar-se sempre pela atuação cautelosa do operador do direito.

Isto posto, e apesar de concordarmos com a construção doutrinária interpretativa da necessidade do manejo de recurso *strictu sensu* como forma de impugnação da decisão que concede a tutela antecipada antecedente, reconhecemos que muito ainda deve ser discutido até que as divergências de opinião sejam apaziguadas, o que não deve ser observado com maus olhos, pelo contrário, mas sim como instrumento de refinamento do discurso, afinal, qualquer que seja o posicionamento vencedor, o bom debate apenas enriquecerá o argumento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 1973. **Código de Processo Civil**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2018.

_____. Lei nº 13.105, de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 06 dez. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 4** : tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. 6ª ed., Saraiva, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**: Volume III. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. 2ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 591.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LAMY, Eduardo. **Tutela Provisória**. São Paulo: Atlas, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Método, 2009.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela Provisória**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Volume II, Processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 45ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). **Primeiras Lições sobre o Novo Direito Processual Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: Vol. 2 – Cognição jurisdicional (Processo Comum de

Conhecimento e Tutela Provisória). 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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