



## Tutela Jurisdicional de Urgência

### Relatório Nacional (Brasil)<sup>1</sup>

(Provisional measures: National Report – Brazil)

***Leonardo Carneiro da Cunha***

Professor Dr. at the Federal University of Pernambuco, Brazil. Member of the Instituto Iberoamericano de Direito Processual and of the Instituto Brasileiro de Direito Processual

**Palavras-chave:** Relatório Nacional. Brasil.

**Resumo:** O presente artigo corresponde ao relatório nacional brasileiro sobre o tema, apresentado no I Congresso Argentina-Brasil, que teve lugar em São Paulo, Brasil, 2012.

**Keywords:** National Report. Brazil.

**Abstract:** The following paper was the Brazilian National Report about the subject presented at the I Congress Argentina-Brazil of Civil Procedure, at São Paulo, Brazil, 2012.

**Sumário.** 1. A legislação brasileira. 1.1. Histórico. 1.2. A legislação atual. 1.3. Vedações legais à concessão de provimentos de urgência. 2. A doutrina brasileiro. 2.1. A influência da doutrina italiana. 2.2. O entendimento da doutrina brasileira. 2.3. A opinião de Pontes de Miranda e de Ovídio A. Baptista da Silva. 2.4. Classificações feitas pela doutrina brasileira. 2.5. A distinção entre cautelar e tutela antecipada. 2.6. A doutrina brasileira mais recente. 2.7. A opinião

<sup>1</sup> Texto preparado para o I Congresso Argentina-Brasil de Direito Processual e apresentado em São Paulo, dezembro de 2012.



doutrinária sobre as regras que vedam a concessão de provimento de urgência contra entidades integrantes da Administração Pública. 3. As regras previstas no projeto do novo CPC brasileiro.

## 1. A legislação brasileira

### 1.1. Histórico

Com a proclamação de sua independência e com o reconhecimento de sua soberania, o Império do Brasil passou a dispor de autonomia legislativa, editando normas sobre a administração da Justiça Civil. Por meio da *Lei de 29 de novembro de 1832*, promulgou-se o Código de Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil.

Naquela época imperial brasileira, o processo civil regulava-se por tal lei, com aplicação das ordenações portuguesas. No regime das *Ordenações do Reino*, havia as ações de manutenção e de reintegração de posse, que eram sumárias, se acaso fossem intentadas dentro de um ano e dia. Não havia, entretanto, previsão de provimento liminar ou antecipatório, muito embora sua admissibilidade na prática do foro fosse manifesta.

Em 1850, foi editado, no Brasil, o *Regulamento nº 737*, que continha dispositivos que regulavam o processo civil. Com o advento da República, e antes mesmo de ser proclamada a Constituição de 1891, foi instalado um Governo Provisório. Na condição de Chefe do “Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brazil”, constituído pelo Exército e Armada, ouvido o Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça, o “Generalíssimo Manoel Deodoro da Fonseca” emitiu o *Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890*, que cuidava de organizar a Justiça Federal brasileira, constituída por um Supremo Tribunal Federal e por juízes inferiores, intitulados “Juízes de Secção”.



O referido decreto previa a vitaliciedade e inamovibilidade dos juízes federais, que deveriam ser nomeados pelo Presidente da República, dependendo da aprovação do Senado a nomeação dos membros do Supremo Tribunal Federal. De igual modo, o decreto tratava do Supremo Tribunal Federal, de sua sede, de sua composição, de seu funcionamento, de sua competência, de seu presidente, dos “juízes de secção” e de suas competências e substituições, do Procurador Geral da República e de suas competências, dos empregados e serventuários do Supremo Tribunal Federal, dos vencimentos, licenças e aposentadorias dos magistrados federais, dos processos criminais e do júri federal.

Ao lado disso tudo, o Decreto nº 848, de 1890, disciplinava o processo civil e comercial que tramitasse perante os juízes federais, estabelecendo os casos de ação ordinária e de ação sumária, bem como os das ações especiais, que eram as executivas, além de tratar do executivo fiscal, dos recursos, das custas e despesas processuais e dos atos processuais em geral.

Ainda na parte concernente ao processo civil e comercial, havia o disciplinamento dos *processos preparatórios e preventivos*, com a previsão do *embargo* ou *arresto*, que tinha lugar nos casos expressos no Código Comercial e em outros específicos e casuisticamente mencionados que se relacionavam a hipóteses de devedor sem domicílio certo e outros em que havia devedor domiciliário. Também era cabível o *embargo* ou *arresto* quando o devedor que possuísse bens de raiz intentava aliená-los ou hipotecá-los, sem ficar com qualquer um que fosse suficiente para saldar as dívidas que contraíra, ou quando o devedor comerciante cometesse algum dos atos casuisticamente relacionados.

Para a concessão do *embargo* ou *arresto*, eram necessárias a prova literal da dívida e a prova literal ou justificação de algum dos casos expressamente relacionados de forma casuística. A justificação prévia podia, quando o juiz a considerasse indispensável, ser feita em segredo. Era, todavia, dispensável, podendo ser suprida por protesto formal de prova em três dias depois de efetuado o embargo, quando a lei o concedia ou quando houvesse urgência ou ineficácia da medida, em caso de demora.



O embargo, cujo procedimento não se suspendia na superveniência de férias, só podia ser feito em tantos bens quanto bastassem para segurança da dívida. O embargo, uma vez concedido, ficava posteriormente sem efeito, se o embargante não o justificasse dentro de três dias depois de efetuado ou se o embargante não propusesse a ação respectiva dentro de quinze dias. O embargo procedente resolia-se pela penhora, cessando pelo pagamento, pela novação, pela transação ou quando o autor embargante “decaísse” da ação principal.

A parte relativa ao processo civil e comercial também tratava da *exibição* dos livros e escrituração mercantil, do *protesto* ou *protesto testemunhável* formado a bordo de navios e embarcações

Posteriormente, sobreveio a *Constituição de 1891*, cujo *artigo 34, § 23*, estabelecia competir privativamente ao Congresso Nacional legislar sobre o direito processual da Justiça Federal. Em outras palavras, a legislação federal regulava o processo que tramitasse no âmbito da Justiça Federal.

Nesse sentido, aliás, foi editado o *Decreto nº 3.084, de 5 de novembro de 1898*, que consolidou as normas processuais no âmbito federal, tratando da organização e funções da Justiça Federal, do Supremo Tribunal Federal, do Ministério Público Federal, de suas respectivas garantias funcionais e salariais, dos advogados e procuradores judiciais, das custas judiciais, tratando, ademais, de regras procedimentais do processo criminal, do processo civil, do processo comercial, do processo administrativo, das causas que envolviam a Fazenda Pública e da execução fiscal.

Na parte relativa ao processo civil, havia o disciplinamento dos “processos preparatórios, preventivos e assecuratórios”, com previsão do arresto e do sequestro. O arresto, igualmente denominado “embargo”, tinha lugar em hipóteses expressamente previstas de forma detalhada, numa enumeração casuística e rígida. Ao comerciante aplicavam-se as regras previstas na parte relativa ao processo comercial. Para a concessão do arresto ou embargo, era necessária a prova literal da dívida e a prova literal ou a justificação de algum dos casos enumerados rigidamente naquele mesmo diploma legal. O arresto destinava-se a garantir futura execução por quantia certa. O sequestro, igualmente denominado de “depósito judicial



de coisa litigiosa” tinha lugar em hipóteses específicas, constantes de um rol exaustivo e casuístico. O sequestro tinha lugar para garantir futura execução de coisa determinada, que estava em litígio entre as partes.

Ainda na parte relativa ao processo civil, estava prevista a “detenção pessoal”, cabível quando o devedor não domiciliário intentava ausentar-se sem pagar a dívida, quando o devedor domiciliário intentava ausentar-se furtivamente ou mudar de domicílio sem ciência dos credores, ou quando o devedor contraía dívidas extraordinárias com má fé, fraude ou simulação em prejuízo do credor, pondo, por exemplo, os bens em nome de terceiro, alienando-os simuladamente ou escondendo-os. Para a concessão do mandado de detenção, era essencial a prova literal da dívida e a prova literal ou a justificação de algumas das suas hipóteses típicas. A detenção resolia-se em prisão criminal no caso de pronúncia.

Nessa parte referente ao processo civil, havia, ainda, a previsão das “vendas judiciaes”, cabíveis nos casos expressos em lei e sempre que os gêneros ou efeitos embargados, depositados ou penhorados fossem de fácil deterioração, ou estivessem avariados, ou pela demora da demanda se tornasse dispendiosa sua guarda. Nesses casos, o juiz determinaria sua venda por intermédio de agente de leilão. Realizada a venda, o respectivo preço era depositado e ficava subrogado no lugar da coisa.

O processo comercial era objeto de parte própria no mencionado diploma legal. Nessa parte, havia um capítulo próprio concernente aos “*processos preparatórios, preventivos e assecuratórios*”. Em primeiro lugar, estava previsto o “*embargo ou arresto*”, que tinha lugar em hipóteses expressamente indicadas de modo casuístico. Em seguida, previa-se, destacadamente, o embargo ou arresto de embarcações, com indicação de seus respectivos casos, de forma detalhada, exaustiva e casuística.

Nessa parte destinada ao processo comercial, havia também a previsão da *detenção pessoal*, dos *protestos de letras*, da *exibição* de livros e escrituração comercial, dos *protestos formados a bordo* e da *vistoria das fazendas avariadas*.



Residualmente, o direito processual civil passou a ser matéria disciplinada em leis estaduais. Quanto aos processos que deveriam tramitar nas Justiças Estaduais, a competência legislativa era estadual. Daí surgiram os Códigos de Processo Civil dos Estados-membros, que previram e regularam medidas preventivas destinadas a resguardar situações de urgência.

Com o advento da Constituição Federal de 1934, o direito processual passou a constituir competência legislativa privativa da União. Naquele texto constitucional, havia a previsão do *mandado de segurança* como instrumento destinado à defesa de direito *certo e incontestável*. Um ano e meio depois, o *mandado de segurança* foi regulamentado: a *Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936*, disciplinou seu procedimento, mantendo sua característica de sumariedade, mandamentalidade e de produção de tutela específica.

Em razão da previsão constitucional, que atribuiu competência privativa à União para legislar sobre direito processual, veio a ser editado o *Código de Processo Civil de 1939*, em cujo *Livro V* estavam disciplinados os *processos acessórios*, entre os quais se destacavam as *medidas preventivas*. Seu *artigo 675* previa o *poder geral de cautela*, novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Assim estava redigido o *artigo 675 do CPC de 1939*:

“Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:

I – quando o estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;

II – quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes;

III – quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.”



Além disso, o Código de Processo Civil de 1939 estabelecia que as “medidas preventivas” poderiam consistir no *arresto* de bens do devedor, no *sequestro* de coisa móvel ou imóvel, na *busca e apreensão*, inclusive de mercadorias em trânsito, na *prestaçao de cauções*, na *exibição* de livro, coisa ou documento, em *vistorias, arbitramentos e inquirições ad perpetuam memoriam*, em *obras de conservação* em coisa litigiosa, na prestação de *alimentos provisionais*, no *arrolamento de bens*, na *entrega de objetos ou bens* de uso pessoal da mulher e dos filhos, na *separação de corpos* e no *depósito de filhos* em casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento.

Se qualquer uma dessas medidas fosse “preparatória”, a ação principal haveria de ser proposta no prazo de trinta dias, contados da sua efetivação, sob pena de perda da eficiácia e de responsabilidade do autor pelos danos suportados pelo réu.

Em 1951, sobreveio a *Lei nº 1.533*, que passou a disciplinar o procedimento do mandado de segurança.

Posteriormente, foi editado o Código de Processo Civil de 1973, o qual ainda se mantém em vigor, depois de sucessivas mudanças legislativas.

Em 1990, promulgou-se o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, cujo *artigo 84* prevê a possibilidade de o juiz conceder tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, determinando providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Seu § 3º autoriza a concessão de medida liminar ou antecipatória, caso haja relevância do fundamento da demanda e justificado receio de ineficácia do provimento final.

As situações de urgência, na estrutura originária do Código de Processo Civil de 1973, eram prevenidas ou combatidas pela ação cautelar. Alguns procedimentos especiais foram concebidos para que se permitisse, neles mesmo, a concessão de provimentos antecipatórios, cautelares ou emergenciais. Para todos os demais casos, persistia o procedimento comum, sumário ou ordinário, em cujo âmbito não se permitia a concessão de provimentos de urgência. Se houvesse uma urgência, a parte deveria valer-se da cautelar.



O procedimento ordinário era, enfim, ineficaz para casos de urgência, sendo inoperante para elidir uma ameaça ou evitar a concretização de um dano iminente. Em virtude dessa ineficácia, os interessados passaram a valer-se de ações cautelares, desvirtuando sua finalidade, justamente porque eram utilizadas para *efetivar*, desde logo, o direito da parte, contendo insólito cariz satisfatório, incompatível com sua desejada feição instrumental e acessória.

Para eliminar esse uso anômalo das ações cautelares e atender ao interesse de *urgência*, o Código de Processo Civil foi, em 1994, alterado para, entre outras mudanças, ter nele generalizada a figura da *tutela antecipada*, com requisitos tidos como mais exigentes que os da ação cautelar. Em vez do *fumus boni iuris*, passou-se a exigir a *verossimilhança* da alegação fundada em *prova inequívoca*, devendo haver um risco de lesão ou, alternativamente, um manifesto propósito protelatório do réu. A esses requisitos acresce um negativo: a ausência de irreversibilidade do provimento antecipatório. A tutela antecipada veio a ser alterada, com a introdução de novas regras, em 2002, mediante modificação legislativa.

A previsão contida no artigo 84 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor foi generalizada para as demais situações, vindo a ser igualmente prevista nos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil, cabendo a tutela específica, inclusive de forma antecipada, para as obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa.

## 1.2. A legislação atual

O atual Código de Processo Civil brasileiro, em seu Livro III, trata da cautelar como um processo autônomo. Nos termos da exposição de motivos de tal Código,

“Na tradição de 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”.

O processo cautelar, no atual Código, pode ser antecedente ou incidental, a depender de ser instaurado antes ou depois do processo principal. A autonomia procedural é uma marca do processo cautelar no atual Código, com autuação em apartado. Consolidou-se a figura do *poder geral de cautela*, além da previsão de diversos procedimentos cautelares típicos, nominados ou específicos. Daí se estabeleceu a distinção entre cautelar inominada e cautelar nominada. As cautelares nominadas estão destacadas e disciplinadas com requisitos próprios. Quando o caso submetido à análise judicial não encontra enquadramento em qualquer hipótese de cautelar nominada ou específica, há de se encartar no caso geral da cautelar inominada, cujos requisitos de mérito consistem no *fumus boni juris* e no *periculum in mora*.

Efetivamente, o Livro III do atual CPC, relativo ao processo cautelar, divide-se em dois capítulos. O primeiro contém disposições gerais sobre cautelares inominadas e o procedimento que deve ser observado assim em relação a estas como aos procedimentos cautelares específicos, regulados no segundo capítulo. Os procedimentos cautelares específicos são o *arresto*, o *sequestro*, a *caução*, a *busca e apreensão*, a *produção antecipada de provas*, os *alimentos provisionais*, o *arrolamento de bens*, o *atentado*, a *posse em nome do nascituro*, *protetos*, *notificações* e *interpelações*, *justificação*, *nunciação de obra nova* e outras medidas, como *obras e conservação em coisa litigiosa*, *entrega de objeto e bens de uso pessoal da mulher e dos filhos*, a *posse provisória*, a *guarda e a educação dos filhos*, o *depósito de menor* e o *afastamento temporário* de um dos cônjuges da morada do casal.

O arresto e o sequestro, para serem concedidos, dependem do preenchimento de requisitos previstos expressamente de forma detalhada, numa enumeração



rígida e casuística. Ademais, para a concessão do arresto, exige-se a prova literal da dívida e a prova literal ou a justificação de algum dos casos enumerados rigidamente. O arresto destina-se a garantir futura execução por quantia certa. O sequestro tem lugar em hipóteses específicas, constantes de um rol exaustivo e casuístico, servindo para garantir futura execução de coisa determinada, que se encontra em litígio entre as partes. As demais cautelares específicas têm seus requisitos próprios, expressamente indicados nas respectivas disposições normativas.

Como já acentuado, as cautelares podem, de acordo com o Código de Processo Civil em vigor, ser antecedentes ou incidentais. São antecedentes quando ajuizadas antes do processo dito principal. E, se este está em curso, a cautelar só então proposta será incidental. Intentada a cautelar antecedente e uma vez deferida a providência postulada, o autor deve propor a demanda principal dentro de trinta dias, a contar da efetivação da medida. Se a demanda principal não for intentada nesse prazo, a cautelar perde sua eficácia.

As medidas cautelares conservam sua eficácia nesse prazo de trinta dias e na pendência do processo principal, podendo ser revogadas ou modificadas, se alteradas as circunstâncias que ensejaram sua concessão.

É possível que o juiz conceda a providência cautelar antecipadamente no próprio processo cautelar ou até mesmo antes da citação do réu. Nos termos do artigo 804 do CPC, *“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”*.

Se a medida cautelar perder sua eficácia, o autor responde objetivamente pelos prejuízos suportados pelo réu com sua efetivação. A responsabilidade é objetiva, de sorte que não é necessária a presença de culpa ou dolo, sendo suficientes, para que se configure o dever de indenizar, o dano e o nexo de causalidade entre este e a efetivação da medida cautelar. O valor da indenização deve ser liquidado nos próprios autos da ação cautelar.



A medida cautelar pode 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 lesão ou repará-la integralmente.

A medida cautelar tem sua eficácia cessada se a parte, como já se disse, não intentar a ação principal no prazo de trinta dias, contado da sua efetivação. Também cessa a eficácia da medida cautelar se não for executado dentro de trinta dias ou se o juiz declarar extinto o processo principal.

O Código de Processo Civil de 1973 adotou a ideia de que o processo cautelar serve para proteção do resultado a ser obtido em outro processo. Na verdade, consagrou-se a ideia de Francesco Carnelutti de que haveria uma “lide única”, destinando-se a cautelar a servir de apoio ou de resguardo a outro processo. Na terminologia adotada, as partes na demanda cautelar não seriam propriamente partes, tanto que não se utilizam os termos *autor* e *réu*, mas *requerente* e *requerido*. Ademais, o inciso III do artigo 801 do CPC de 1973 alude à “lide e seu fundamento”, fazendo a opção clara da chamada “lide única”, não tendo a cautelar como “outra lide”.

Já se viu, no item anterior, que o Código de Processo Civil foi, em 1994, alterado para, entre outras mudanças, ter nele introduzida a figura da *tutela antecipada*. Realmente, seu artigo 273 passou a permitir que o juiz, a requerimento da parte, possa antecipar, no todo ou em parte, os efeitos da tutela jurisdicional, desde que haja verossimilhança nas alegações, fundada em prova inequívoca e, ainda, haja risco de grave lesão ou de difícil reparação ou se verifique ser abusiva ou protelatória a defesa do réu. Além disso tudo, é preciso, para que se antecipem os efeitos da tutela jurisdicional, que não haja risco de irreversibilidade do provimento final.

Em razão da necessidade de se pensar o processo na perspectiva do direito material, criou-se também a tutela antecipada específica, destinada ao cumprimento de obrigação de fazer, não fazer e de entregar coisa (CPC, arts. 461 e 461-A). Nesses casos, a tutela antecipada tem fundamento no § 3º do artigo 461 do CPC, de maneira que, para sua concessão,



se exige, apenas, a coexistência da *relevância do argumento* e do *justificado receio de ineficácia do provimento final*.

O artigo 461 do Código de Processo Civil serve, ainda, como suporte para a concessão da chamada *tutela inibitória*, cujo objetivo é *inibir, vedar, proibir* a prática de um ilícito. Desse modo, a tutela inibitória, para ser concedida, depende da demonstração de um ilícito a ser perpetrado pelo réu ou que já tenha se consumado, não sendo necessária a demonstração, nem a comprovação, de dano, culpa ou dolo; basta que se demonstre a ameaça da prática de um ato *ilícito*. Não se faz necessária a demonstração de risco de dano ou de ineficácia do provimento final. A importância da tutela inibitória é indiscutível, em virtude da necessidade de se conferir tutela preventiva às situações jurídicas de conteúdo não patrimonial. Não se avalia nem se investiga, para obtenção da tutela inibitória, a existência de dano provável ou de dano já consumado. Não é necessária a presença do dano nem da culpa ou do dolo. Para a obtenção da tutela inibitória, basta a demonstração de um ilícito. Trata-se de proteção contra ato contrário ao direito, não se incluindo na cognição do juiz a análise de dano, de culpa ou de dolo.

Segundo dispõe o § 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil, “*a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso*”. Para que se aplique o § 6º do artigo 273 do CPC, não se exige a *verossimilhança*, fundada em *prova inequívoca*. E isso porque, ao aludir à *incontroversia*, o juiz estará analisando mais do que uma simples *verossimilhança*: estará fundado num exame de *certeza*. Não se deve, igualmente, perquirir acerca da presença de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, nem vindo a pêlo cogitar-se da ausência de risco de irreversibilidade. Não se exige, da mesma forma, o manifesto propósito protelatório do réu. Basta, apenas, a *incontroversia* e a *desnecessidade* de produção de outras provas para que se aplique o § 6º do artigo 273 do CPC, podendo, inclusive, a decisão conter matiz irreversível. É que, sendo a decisão fundada em *incontroversia*, decorre de juízo de *certeza*, dando azo a uma cognição exauriente. A necessidade de não haver irreversibilidade está relacionada com a *provisoriedade* ínsita aos pronunciamentos resultantes de cognição sumária, baseados em



probabilidade ou verossimilhança, o que, como se viu, não é o caso da decisão proferida com amparo no § 6º do artigo 273 do CPC.

Merece registro o disposto no § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, que assim está redigido: *“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”*.

Mais adiante, quando se analisa a opinião da doutrina brasileira, é possível observar que tem prevalecido o entendimento de que tal § 7º do artigo 273 do atual CPC consagra a *fungilidade* entre a cautelar e a tutela antecipada.

Atualmente, a disciplina procedural do mandado de segurança está regulada pelas disposições contidas na Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Na verdade, o mandado de segurança, como já se acentuou, contém previsão constitucional, estando seus requisitos ali encartados, não podendo ser alterados pela legislação infraconstitucional. O mandado de segurança destina-se a prevenir ou a combater atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. O procedimento é bem abreviado, a fim de obter pronta resposta jurisdicional. Mesmo tendo um procedimento sumariado, é possível haver concessão de provimento antecipatório ou liminar no mandado de segurança.

### 1.3. Vedações legais à concessão de provimentos de urgência

A legislação brasileira proíbe a concessão de provimento de urgência em alguns casos. Atualmente, a Lei nº 12.016, de 2009, que regulamenta o procedimento do mandado de segurança, veda a concessão de liminar nas hipóteses previstas no § 2º do seu artigo 7º, que está assim redigido: *“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.”*

Nesses casos, além de não ser possível a concessão da medida liminar, não se possibilita a execução provisória, devendo-se aguardar o trânsito em julgado da sentença, tendo efeito suspensivo a apelação contra esta interposta, tal como determina o § 3º do artigo 14 da mencionada Lei nº 12.016/2009: “*A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.*”

Todas essas vedações são antigas no ordenamento jurídico brasileiro. A vedação a concessão de liminar que vise à liberação de bens e mercadorias de procedência estrangeira já constava da Lei nº 2.770, de 4 de maio de 1956. Por sua vez, a restrição à concessão de liminares objetivando a reclassificação ou equiparação de servidores públicos ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens estava prevista nas Leis nºs 4.348/1964 e 5.021/1966.

Esses impedimentos, que seriam próprios para o mandado de segurança, aplicam-se, de igual modo, às providências liminares concedidas em *ações cautelares*. Com efeito, é vedada, pela Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, a concessão de liminares em ações cautelares quando igualmente impedida na via do mandado de segurança. É o que se depreende do teor do artigo 1º da mencionada Lei nº 8.437/1992, cuja transcrição se impõe: “*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.*”

Repetindo a mesma regra referente ao mandado de segurança, o artigo 3º da Lei nº 8.437, de 1992, determina, no caso de a cautelar importar em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, que o recurso de apelação e, até mesmo, o reexame necessário contenham *efeito suspensivo*, obstando o cumprimento imediato da medida. Eis o teor da norma:



“Art. 3º O recurso voluntário ou ‘ex officio’, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.”

Não bastasse tudo isso, é expressamente vedada, pela Lei nº 8.437, de 1992, a concessão de liminares em ações cautelares quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal. É o que se depreende do teor do § 1º, do artigo 1º da mencionada Lei nº 8.437/1992, cuja transcrição se impõe:

“§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.”

É relevante anotar que essa restrição contida no § 1º do artigo 1º da Lei nº 8.437, de 1992, *não* se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública, tal se infere do teor do § 2º daquele mesmo artigo 1º. Tais ações – que detêm igualmente dignidade constitucional – podem provocar a concessão de provimentos liminares ou de urgência, mesmo que o ato impugnado seja de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

Nos termos do § 3º do artigo 1º da Lei nº 8.437, de 1992, “*não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação*”.

Finalmente, no mesmo sentido do disposto no já citado § 2º do artigo 7º da Lei nº 12.016, de 2009, não é possível medida que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários (Lei nº 8.437/1992, art. 1º, § 5º).

As disposições restritivas de liminares em mandado de segurança aplicam-se aos casos de tutela antecipada, consoante estabelece o § 5º do artigo 7º da Lei nº 12.016, de



2009: “As *vedações* relacionadas com a concessão de *liminares* previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.”

De igual modo, as regras impeditivas de cautelares contra a Fazenda Pública restaram estendidas às hipóteses de antecipação de tutela, mercê da edição da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, consoante se observa do seu artigo 1º, que estabelece:

“Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.”

Vale dizer que não se afigura cabível a tutela antecipada contra a Fazenda Pública nos seguintes casos:

- a) quando tiver por finalidade a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens (Lei nº 12.016/2009, art. 7º, § 2º). Nesse caso, além de vedada a antecipação da tutela, a sentença final somente poderá ser executada após o trânsito em julgado (Lei nº 12.016/2009, art. 14, § 3º), exatamente porque o recurso de apelação e o reexame necessário têm efeito suspensivo (Lei nº 8.437/1992, art. 3º);
- b) quando objetivar a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, bem assim a concessão de aumento ou extensão de vantagens (Lei nº 12.016/2009, art. 7º, § 2º);
- c) toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal (Lei nº 8.437/1992, art. 1º; Lei nº 12.016/2009, art. 7º, § 5º);
- d) quando impugnado, na primeira instância, ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária do tribunal (Lei nº 8.437/1992, art. 1º,



§ 1º);

e) quando a medida esgotar, no todo ou em parte, o objeto da ação (Lei nº 8.437/1992, art. 1º, § 3º);

f) para compensação de créditos tributários ou previdenciários (Lei nº 8.437/1992, art. 1º, § 5º; Lei nº 12.016/2009, art. 7º, § 2º);

g) para entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior (Lei nº 12.106/2009, art. 7º, § 2º).

Tais regras são reforçadas pelo artigo 2º-B da Lei nº 9.494, de 1997, na redação conferida pela Medida Provisória nº 2.180, de 2001, que deixou de ser reeditada, valendo até ser convertida em lei, a teor da Emenda Constitucional nº 32, de 2001:

“Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.”

A propósito, cumpre lembrar que o Supremo Tribunal Federal, ao deferir liminar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, não vislumbrou qualquer vício de constitucionalidade no artigo 1º da referida Lei nº 9.494/1997, que estende à tutela antecipada as vedações relativas a cautelares.

É relevante registrar que o Plenário do STF, em sessão realizada no dia 1º de outubro de 2008, julgou, definitivamente, a ADC 4 para, confirmando a liminar concedida, afirmar a constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.494, de 1997.

Embora tenha reconhecido a constitucionalidade das restrições e vedações à concessão da tutela antecipada contra o Poder Público, o STF vem conferindo interpretação



restritiva ao referido dispositivo, diminuindo seu âmbito de abrangência para negar reclamações constitucionais em algumas hipóteses em que lhe parece cabível a medida antecipatória, mesmo para determinar o pagamento de soma em dinheiro.

Segundo entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal, é possível a concessão de tutela antecipada para que seja efetuado pagamento de parcela indenizatória<sup>2</sup>.

Se a tutela antecipada não é concedida para impor pagamento de vantagem, mas tal pagamento será realizado como *consequência* da medida antecipatória, a hipótese não se encaixa na proibição do artigo 1º da Lei nº 9.494, de 1997, não havendo ofensa à decisão proferida na ADC 4. Assim, por exemplo, é possível a tutela antecipada para impor a nomeação e a posse de candidato aprovado em concurso público. É verdade que, uma vez empossado, o candidato passa a ostentar a condição de servidor público, vindo a perceber remuneração, com inclusão em folha de pagamento. Como os efeitos financeiros constituem uma consequência *secundária* da decisão, a hipótese não se encaixa nas vedações do artigo 1º da Lei nº 9.494/1997, não arrostando o quanto decidido na ADC 4<sup>3</sup>. Tome-se, ainda, como exemplo a hipótese de tutela antecipada que determine a reintegração de servidor ao seu cargo. Como *consequência* da decisão, haverá inclusão em folha de pessoal, com dispêndio para pagamento de vencimentos futuros. É possível a tutela antecipada, não havendo ofensa à decisão do STF, proferida na ADC 4<sup>4</sup>. De igual modo, a concessão de tutela antecipada para assegurar a nomeação de candidato aprovado em concurso público, sem concessão de efeito financeiro

---

<sup>2</sup> “Ementa: Magistratura. Magistrado. Aposentado. Férias não gozadas. Pagamento em pecúnia. Indenização. Tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Verba que não constitui subsídio, vencimento, salário, nem vantagem pecuniária. Ofensa à liminar deferida na ADC nº 4. Não ocorrência. Situação não compreendida pelo art. 1º da Lei nº 9.494/1997. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Precedentes. Não ofende a decisão liminar proferida na ADC nº 4, a antecipação de tutela que implica ordem de pagamento de verba de caráter indenizatório.” (Acórdão unânime do Pleno do STF, Rcl-AgR 5.174/ES, rel. Min. Cesar Peluso, j. 27/11/2008, DJe de 6/2/2009).

<sup>3</sup> *Nesse sentido*: acórdão unânime do Pleno do STF, Rcl-AgR 5.983/PI, rel. Min. Cesar Peluso, j. 3/12/2008, DJe de 5/2/2009.

<sup>4</sup> *Nesse sentido*: acórdão unânime do Pleno do STF, Rcl-AgR 6.468/SE, rel. Min. Cesar Peluso, j. 3/12/2008, DJe de 5/2/2009.



pretérito, não atenta contra a decisão proferida na ADC 4<sup>5</sup>.

A decisão concessiva de tutela antecipada *que se apoie em entendimento já consolidado no STF* também não ofende o julgamento da ADC 4. Nesse caso, cumpre privilegiar a uniformidade de entendimento, pondo-se em relevo a autoridade da Suprema Corte e a normatividade do próprio texto constitucional. Se a Corte Suprema já firmou determinada orientação, deve a Administração Pública segui-la. E, se não o fizer, caberá tutela antecipada, mesmo nas hipóteses previstas no artigo 1º da Lei nº 9.494, de 1997, não havendo afronta ao julgado proferido na ADC 4<sup>6</sup>.

## 2. A doutrina brasileira

### 2.1. A influência da doutrina italiana

A partir das ideias de Chiovenda e de Carnelutti, intensificaram-se, na Itália, os estudos a respeito do processo cautelar e do reconhecimento de um *poder geral de cautela* a ser outorgado ao juiz para afastar perigos de danos ao direito controvertido.

Foi, entretanto, Piero Calamandrei quem se destacou como o grande teórico da tutela cautelar. Com sua obra clássica, intitulada *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari* e publicada em 1936, Calamandrei defendeu a função instrumental da cautelar diante do processo principal, daí estabelecendo sua característica de medida provisória.

Para Calamandrei, os procedimentos cautelares não constituem um fim em si mesmos, sendo concebidos para resguardar o resultado útil do processo principal que

<sup>5</sup> Acórdão unânime do Pleno do STF, Rcl nº 7.402 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 9/12/2010, DJe-026, divulg. 8/2/2011, public. 9/2/2011.

<sup>6</sup> *Nesse sentido:* acórdão unânime do Pleno do STF, Rcl-AgR 5.163/CE, rel. Min. Cesar Peluso, j. 27/11/2008, DJe de 6/2/2009. *No mesmo sentido:* Acórdão unânime do Pleno do STF, Rcl-AgR 4.628/SP, rel. Min. Cesar Peluso, j. 27/11/2008, DJe de 5/2/2009.



preventivamente asseguram. Daí o caráter marcadamente instrumental da cautelar. Além da *instrumentalidade*, a cautelar seria caracterizada por sua *provisoriedade*.

Ainda para Calamandrei, a razão da cautelar seria a demora da lide definitiva, sendo certo, então, seu caráter subsidiário. Por isso, Calamandrei negava o caráter autônomo formal da cautelar. As cautelares, para ele, seriam simples medidas que poderiam consistir em (a) medidas de instrução antecipada; (b) medidas para garantir a execução forçada; (c) medidas de caução processual; (d) medidas de antecipação provisória.

As cautelares caracterizavam-se pela *provisoriedade* da decisão que seria proferida mediante *cognição sumária*, com finalidade de assegurar que uma das partes, ou o processo principal, não sofresse um dano, decorrente de um perigo de infrutuosidade (*pericolo di infruttuosità*) ou de um perigo de tardança (*pericolo di tardività*), quando prestes a ter início o processo de conhecimento ou de execução, ou enquanto pendente qualquer um deles.

O provimento cautelar seria, então, *dependente* e *acessório* da decisão final do processo de conhecimento ou de execução, sendo um *instrumento do instrumento*.

Carnelutti, num primeiro momento, entendeu que haveria uma “lide única”, destinando-se a cautelar a servir de apoio ou de resguardo a outro processo. Não haveria uma lide própria na cautelar. A lide seria uma só, não havendo, na cautelar, uma outra lide. Tal entendimento veio a ser posteriormente revisto.

Realmente, coube a Carnelutti, depois de várias teorias por ele mesmo refutadas, definir a cautelar como um terceiro gênero de processo (*tertium genus*), contrapondo-se a Calamandrei, que negava essa autonomia processual à cautelar. Segundo Carnelutti, a cautelar seria um terceiro gênero de processo, pois uma das finalidades da jurisdição seria a *prevenção*, devendo ser posto no mesmo plano do processo de conhecimento e do de execução.

Conjugando *provisoriedade*, *instrumentalidade* e *autonomia*, Carnelutti identificou a cautelar como um processo próprio que tem a finalidade de assegurar antecipadamente um provável direito da parte que corre perigo de dano.



A doutrina italiana influenciou substancialmente a doutrina brasileira.

## 2.2. O entendimento da doutrina brasileira

A doutrina brasileira, construída a partir do Código de Processo Civil de 1939, passou a defender a autonomia do processo cautelar, que deveria ser encarado como um *tertium genus*, de sorte que, ao lado do processo de conhecimento e do de execução, haveria o cautelar, instaurado pelas então chamadas ações preventivas<sup>7</sup>.

A função cautelar era desempenhada, à época do Código de 1939 pelas chamadas ações preventivas, que não se confundiam com as ações preparatórias, nem com as conservativas.

As ações preparatórias – que não se confundiam com as ações preventivas preparatórias ou antecedentes – eram aquelas que se mostravam *prejudiciais* a uma outra, que somente poderia ser proposta depois de sua prévia solução<sup>8</sup>. Nesse sentido, era considerada como preparatória a ação de prestação de contas, pois era prejudicial da de cobrança do saldo devedor. Também era preparatória a declaratória da qualidade de herdeiro, que se apresentava como prejudicial da de petição de herança. Havia, ainda, o depósito preparatório de ação, que estava previsto no artigo 689 do CPC de 1939<sup>9</sup>.

Ao lado das ações preventivas, havia também as chamadas conservativas, que não se dirigiam a uma pessoa certa, sendo propostas para prevenir um dano, a exemplo da *arrecadação de bens de ausentes*, o *depósito de bens vagos*, os *protestos*, bem como a *arrecadação de bens de defunto* e suas medidas de *aposição de selos* e de *inventário preventivo*<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação*. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966, p. 24-30.

<sup>8</sup> COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. Ob. cit., p. 144-147.

<sup>9</sup> Idem. Ibidem, p. 146-147.

<sup>10</sup> Idem. Ibidem, p. 158-169.



A partir do CPC de 1973, a doutrina brasileira aprofundou-se mais ainda no estudo das cautelares. A cautelar passou a ser um processo próprio, com toda uma disciplina normativa.

O processo cautelar ostenta, segundo a doutrina brasileira, os atributos da *instrumentalidade*, da *provisoriedade* e da *autonomia*. Nesse sentido, a doutrina brasileira considera a cautelar como a tutela jurisdicional prestada sob *cognição sumária*, destinada a neutralizar os danos que possam ser causados pelo perigo na demora. A cautelar, para a doutrina brasileira, é essencialmente provisória.

Diante dessas características de instrumentalidade, provisoriaidade e autonomia, bem como da cognição sumária que seria inerente à tutela cautelar, a doutrina brasileira, tradicionalmente, entende que a sentença proferida no processo cautelar não produz coisa julgada material. A cautelar, para a doutrina tradicional, tem mérito próprio, mas esse mérito está ligado ao processo principal, sendo meramente instrumental, não chegando a reunir condições necessárias e suficientes para produzir coisa julgada material.

Coube, entretanto, a José Joaquim Calmon de Passos defender que há, sim, coisa julgada material no processo cautelar. É clássica a seguinte passagem de sua opinião, que merece ser transcrita:

“Ouso dizer, e que me perdoem o atrevimento, que as decisões de mérito, em ação cautelar, são insuscetíveis de modificação, se não houve alteração na situação de fato – situação de perigo, que a determinou, ou se modificação não houver na situação do direito no tocante à plausibilidade da tutela favorável ao autor da medida. Só a mudança de um desses elementos constitutivos da causa de pedir autoriza a modificação. E se indeferida a medida, só nova situação de perigo, ou alterações nas condições anteriormente indicadas para fundamento do pedido, ou pedido de medida diversa da anterior pode legitimar a postulação de nova cautelar.



Essa imutabilidade pode não ser batizada com o nome de coisa julgada, mas que é imutabilidade é. Como chamá-la para não colocá-la na família nobre do processo de jurisdição contenciosa? É problema de preferência: Hermengarda, Febroniana. Ocridalina ou coisa parecida. Mas que é mulher como a outra é. Ou para ser específico: que é imutabilidade do decidido com repercussão fora do processo é. E temos dito.”<sup>11</sup>

Embora a doutrina brasileira defendesse a autonomia do processo cautelar, sempre se valeu das expressões *requerente* e *requerido* para designar, respectivamente, o autor e o réu do processo cautelar, numa contaminação da antiga ideia carnelutiana de que haveria uma “lide única”.

Do que se viu até o momento pode-se verificar que a doutrina italiana teve grande influência na legislação e na doutrina brasileiras relativamente ao processo cautelar. As lições de Cornelutti e de Liebman foram marcantes no aspecto formal e na terminologia utilizada no Código de Processo Civil de 1973. Já Calamandrei foi a grande referência substancial, influenciando a ideia da cautela como um poder do Estado para a defesa do processo e na impossibilidade de haver uma regra geral de antecipação satisfativa<sup>12</sup>.

### 2.3. A opinião de Pontes de Miranda e de Ovídio A. Baptista da Silva

Merece destaque, por sua particularidade, a opinião manifestada por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda<sup>13</sup>, para quem as medidas cautelares atendem à pretensão de segurança do direito, da pretensão, da prova ou da ação. A ação cautelar, para

<sup>11</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1984, v. 10, t. 1, n. 224, p. 237.

<sup>12</sup> Galeno Lacerda, que se dedicou ao estudo do processo cautelar, funda-se especificamente nas lições da doutrina italiana (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 5<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 8, t. 1).

<sup>13</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. 12.



Pontes de Miranda, tem forte carga mandamental. Há, segundo ele, uma confusão entre a cautelar e a antecipação ou adiantamento da execução.

Pontes de Miranda, para explicar as cautelares, resgata a lição dos velhos juristas lusitanos a respeito dos procedimentos de segurança. As ações e medidas de simples segurança distinguem-se de outras medidas e ações igualmente preventivas, que não chegam a ser cautelares ou que ultrapassam seus limites.

As cautelares, na opinião de Pontes de Miranda, são veiculadas em procedimentos acessórios de segurança, não havendo, propriamente, provisoriade na decisão que neles se profere; há, segundo ele, mandamentalidade, com conteúdo de segurança. Há direito material à segurança, exercido pela cautelar. A pretensão à tutela jurídica por meio de medida cautelar tem por finalidade prevenir, acautelar, assegurar. Só se assegura; não se executa. Haveria, em suas palavras, “segurança para execução”, diferentemente da tutela satisfativa antecipada, em que haveria “execução para segurança”.

Há casos, para Pontes de Miranda, em que a cautelar insere-se na classe das ações constitutivas, embora a maioria revista o timbre da mandamentalidade.

Apoiando-se na opinião de Pontes de Miranda, Ovídio A. Baptista da Silva<sup>14</sup> afirma que não se deve confundir a tutela cautelar com a tutela antecipada: aquela apenas *assegura* a possibilidade de fruição eventual e futura do direito acautelado, enquanto esta última possibilita a *imediata realização* do direito. A cautelar não é satisfativa.

Segundo Ovídio, a cautelar não é novidade, nem uma descoberta do século XX. Tal função jurisdicional sempre existiu, com acentuada importância, aliás, no Direito Romano: as *stipulationes praetoriae* do Direito Romano, particularmente a *cautio damni infecti* e os *interditos*, que desempenhavam verdadeira função cautelar, não eram tidos pelos romanos como verdadeiramente jurisdicionais.

O que caracteriza a tutela cautelar, para Ovídio, é a circunstância de ser ela uma forma especial de proteção jurisdicional de *simples segurança*, equivalente a uma forma

<sup>14</sup> *Do processo cautelar*. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999; *Curso de processo civil*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 1998.



de tutela preventiva, que não seja satisfativa. A teoria da tutela cautelar está relacionada ao estudo do “processo de conhecimento”. A construção da figura do “processo de conhecimento” fez excluir de seu âmbito o “processo cautelar”, em virtude do pressuposto teórico que assimila e confunde “conhecimento” com *ordinariedade procedural*. A cautelar, que era tida como um procedimento especial, passou a ser considerada um processo autônomo, pois não se compatibilizava com a ideia de *ordinariedade procedural*.

De acordo com Ovídio Baptista da Silva, é a tutela sumária que tem por finalidade combater, de maneira *temporária*, o *perigo de infrutuosidade* da tutela jurisdicional, pressupondo a *urgência* ou o *perigo de dano*. Não é correto, para ele, atribuir à cautelar a característica da *provisoriedade*. A cautelar não é *provisória*, mas *temporária*. Proferida a sentença na cautelar, há pronunciamento final, definitivo, e não provisório. A sentença cautelar não é suscetível de ser modificada ou revogada a qualquer tempo. Daí ser temporária, e não provisória. Cumprida sua função, seus efeitos tendem a se extinguir com a obtenção, ou não, da tutela satisfativa definitiva. A sentença cautelar não é provisória, pois não precisará ser confirmada posteriormente. Poderá, simplesmente, perder sua eficácia, que é temporária, durando enquanto persistir a situação de perigo. Por sua vez, a tutela antecipada visa a evitar o *perigo de tardança* do provimento jurisdicional, resolvendo a situação litigiosa havida entre as partes de maneira *provisória*. A tutela antecipada precisará ser, num momento posterior, confirmada ou não. Por isso é *provisória*.

Para Ovídio, é preciso migrar da *estrutura à função*, deixando de considerar a *provisoriedade* para focar na *satisfação ou asseguração* de um direito. A tutela cautelar seria, então, destinada a resguardar o direito a outra tutela do direito ou a outra situação jurídica, não tendo por finalidade o resguardo do processo. Na cautelar, haveria “segurança-para-execução”. A tutela satisfativa, por seu turno, teria a finalidade de realizar, desde logo, um direito, sem qualquer ligação com outro direito. Haveria, aqui, “execução-para-segurança”.

Ainda para Ovídio Baptista da Silva, a cautelar contém uma lide própria, diversa da lide principal. A cautelar veicula um direito substancial, que é o direito material à segurança. A cautelar serve para tutelar esse direito à segurança, tendo finalidade diversa da



que se almeja com os processos de conhecimento e de execução. Há, enfim, um direito substancial de cautela. Consequentemente, a cautelar tem mérito próprio, distinto do da demanda principal.

Embora entenda haver um direito substancial de cautela, Ovídio nega a produção de coisa julgada material no processo cautelar. Na tutela satisfativa, a incerteza peculiar ao momento jurisdicional do direito cessa com o estabelecimento da coisa julgada, o que não ocorre na proteção de mera segurança. No processo cautelar, não há composição definitiva do litígio; o que há é uma forma de proteção jurisdicional a um direito apenas suposto, sem que a sentença o *declare* existente. Não havendo tal declaração, que é, para ele, eficácia da coisa julgada, não existe, consequentemente, a imutabilidade e indiscutibilidade da sentença, ou seja, não há, na cautelar, coisa julgada material. Ovídio defende a existência de um direito substancial à cautelar, mas, contraditoriamente, nega a existência de coisa julgada quanto à declaração desse direito<sup>15</sup>.

## 2.4. Classificações feitas pela doutrina brasileira

Já se viu que, pela legislação brasileira, as cautelares podem ser classificadas em nominadas e inominadas, podendo, ainda, ser classificadas em antecedentes e incidentais. Há doutrinadores que propõem outras classificações.

Galen Lacerda, além dessas distinções, propõe outras duas classificações para as cautelares. Realmente, para ele, as cautelares podem ser classificadas segundo a posição processual e o caráter da medida. Nesse sentido, as cautelares podem ser *antecedentes* (que têm caráter preventivo) ou *incidentes* (que podem ser preventivos ou repressivos)<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Sobre o assunto, conferir, MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, n. 13.5, p. 329-333; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, jan. 2011, v. 191, p. 357-376.

<sup>16</sup> Ob. cit., p. 10.



Também podem as cautelares, segundo Galeno Lacerda, ser classificadas segundo a finalidade. A finalidade do processo cautelar, conforme ele defende, consiste em obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento ou de execução. Nessa perspectiva, podem surgir três necessidades: a de garantir-se a *prova*, a de assegurar-se a execução quanto aos *bens* e a de outorgar-se desde logo a *antecipação provisória e necessária*. Assim, haveria *segurança quanto à prova* (cognição), de que seriam exemplos as cautelares de produção antecipada de prova, de exibição, justificação, entre outras. Por sua vez, haveria *segurança quanto aos bens* (execução), sendo exemplos as cautelares de arresto, sequestro, caução, além das inominadas. E, finalmente, haveria *segurança mediante antecipação provisória da prestação jurisdicional*, identificando-se aí os exemplos de alimentos, guarda de filhos, outras medidas de direito de família e grande parte de cautelares inominadas<sup>17</sup>.

Ainda segundo Galeno Lacerda, as cautelares podem também ser classificadas segundo a natureza da tutela, podendo ser *jurisdicionais* ou *administrativas*. As primeiras seriam aquelas em que há efetivamente uma *ação*, uma *lide* e uma *sentença*, havendo uma disputa, com atingimento à esfera jurídica ou patrimonial de uma das partes, a exemplo do que ocorre com o arresto, sequestro, caução, busca e apreensão, alimentos, atentado e, em regra, com as cautelares inominadas. Já as administrativas caracterizam-se por não haver disputa, litígio ou lide. Há pedido e sua homologação, não havendo qualquer reflexo patrimonial ou pessoal em qualquer das partes. É o que caracteriza a produção antecipada de provas, as notificações e interpelações, a homologação do penhor legal, entre outras<sup>18</sup>.

José Roberto dos Santos Bedaque oferece uma outra classificação. Para ele, o traço característico das tutelas de urgência residiria no *periculum in mora*. Na sua opinião, a sumariedade da cognição está presente nas tutelas cautelares e, igualmente, nas não cautelares. Propõe uma divisão da “tutela sumária”, que é aquela proferida em cognição limitada no plano vertical, dividindo-a em cautelar e não cautelar: as cautelares são as que

---

<sup>17</sup> Ob. cit., p. 9.

<sup>18</sup> Ob. cit., p. 11-18.



produzem provimentos puramente conservativos, a exemplo do arresto e do sequestro. As demais, que não seriam cautelares, são tutelas sumárias e provisórias, de conteúdo antecipatório. Todas elas seriam tutelas de urgência<sup>19</sup>.

As tutelas sumárias, cautelar e não cautelar, apresentam, para Bedaque, estrutura e objetivos idênticos. Ainda quando assumem caráter simplesmente conservativo, ostentam características sumárias, instrumentais e provisórias.

Há, ainda, uma classificação que deve ser mencionada. É a que apresentou Luiz Fux<sup>20</sup>. Segundo ele, as tutelas sumárias de direitos devem ser divididas em duas espécies fundamentais: as tutelas *de segurança* e as *de evidência*. As primeiras dependem da *urgência*, tendo por finalidade evitar perigo de dano. Para sua concessão, seria necessária a presença dos requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, encontrando fundamento no artigo 798 do CPC atual, que consagraria, na sua opinião, não apenas os provimentos conservativos, mas também os satisfatórios, desde que assim o exija o direito material.

Por sua vez, a tutela *de evidência* estaria relacionada às pretensões em que o direito da parte revele-se evidente, a exemplo do que ocorre no mandado de segurança, que exige a presença de um direito líquido e certo. Em tais hipóteses, não é suficiente a demonstração do *fumus boni juris* para a obtenção do provimento jurisdicional, sendo necessária a probabilidade de certeza do direito alegado, além do próprio caráter de urgência da situação. Para Fux, a previsão contida no inciso I do artigo 273 do atual CPC enquadra-se na modalidade da tutela *de evidência*, pois há exigência, no referido dispositivo, da “prova inequívoca da verossimilhança das alegações”.

A distinção, como se percebe, está na profundidade da cognição exercida pelo juízo. Embora em ambos os tipos de tutela a cognição seja sumária, há maior profundidade na cognição da tutela de evidência, sendo menos profunda a da tutela da segurança.

<sup>19</sup> *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 102-288.

<sup>20</sup> *Tutela de segurança e tutela da evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996.



## 2.5. A distinção entre cautelar e tutela antecipada

A doutrina brasileira distingue, em geral, a cautelar da tutela antecipada por considerar que aquela se identifica pela *referibilidade* que se faz ao resultado final da demanda principal, servindo-lhe de garantia, e não de instrumento de satisfação imediata do direito. A cautelar, que se *refere* sempre a um processo principal, serviria de meio destinado a garantir efetividade ou utilidade ao provimento final de tal processo principal<sup>21</sup>.

Assim, se ambas as partes estão disputando, judicialmente, um bem específico que se apresenta com risco de deterioração ou extravio, a providência para que tal bem seja apreendido e mantido sob a custódia de um depositário judicial caracteriza-se por ser uma *medida cautelar*, eis que se *refere* à utilidade final do provimento de mérito: quem lograr êxito poderá dispor do bem, evitando-se a situação identificada pelo jargão popular de que se poderia “ganhar, mas não levar”.

Diferente é, para a doutrina brasileira, a situação de, num provimento liminar, obter-se a *satisfação imediata* da pretensão, com a entrega do bem a quem se apresenta, aparentemente, como titular do direito. Então, naquele mesmo exemplo de haver uma disputa judicial por um bem, a medida liminar que defere a uma das partes a entrega imediata do bem, que poderá utilizá-lo enquanto perdurar a demanda, contém satisfação imediata. A medida, nesse caso, será antecipatória, caracterizando-se como tutela antecipada.

A providência adotada, a depender da existência de *referibilidade* ao pedido final ou da *satisfatibilidade* da providência, ostentará a feição de medida cautelar ou de tutela antecipada. É vedada a cautelar que tenha cariz satisfativo, destinando-se à simples conservação.

<sup>21</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1996, n. 3.3, p. 45-46; *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 51-55.



Ainda segundo a doutrina brasileira, essas diferenças entre a cautelar e a tutela antecipada teriam esmaecido a partir da “unificação” das tutelas de urgência operada no sistema brasileiro, a partir da inserção do § 7º ao artigo 273 do CPC atual.

Enquanto a cautelar serve para combater o *perigo de infrutuosidade*, a tutela antecipada compõe o *perigo de tardança* do provimento jurisdicional. Ambas teriam, enfim, a finalidade de eliminar riscos de danos.

Afora a *urgência*, a tutela antecipada pode ser concedida em face da *evidência* do direito postulado em juízo. Nesse caso, não importa o *perigo*, não havendo exame de qualquer *urgência*. Leva-se em conta a consistência das alegações das partes, aplicando-se o inciso II do artigo 273 do CPC brasileiro. A tutela antecipada é, em tal hipótese, concedida em razão do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu. Na linguagem da legislação francesa, a defesa, nesses casos, não é séria, devendo-se prestigiar a posição do autor que aparenta ter razão.

Há, na doutrina brasileira, quem entenda que a hipótese do inciso II do artigo 273 do CPC representa uma *sanção*, tendo por finalidade *punir* o comportamento do litigante de má fé que abusou do direito de defesa ou apresentou uma manifestação protelatória. A tutela antecipada seria, nesse caso, *sancionatória*. Por outro lado, há os que repelem essa natureza sancionatória, afirmando que se trata, na verdade, de *tutela antecipada fundada na maior probabilidade* de veracidade da posição jurídica assumida pelo autor. Bastaria, então, que a tese do autor fosse mais provável do que a do réu para que se concedesse a tutela antecipada. É a *evidência* do direito do autor que permite o deferimento da medida, e não a seu comportamento irregular ou de má fé. Sua finalidade seria promover a *igualdade substancial* entre as partes, distribuindo a carga do tempo no processo, a depender da maior ou menor probabilidade de ser fundada ou não a postulação do autor. Não haveria natureza sancionatória. Já há a sanção por ato atentatório à dignidade da jurisdição e a responsabilidade por dano processual, previstas, respectivamente, nos artigos 14, parágrafo único, e 16, ambos do CPC atual.



Também há quem enxergue no § 6º do artigo 273 do atual CPC brasileiro mais uma hipótese de tutela antecipada de evidência. Tem, entretanto, prevalecido a orientação segundo a qual aquela é uma hipótese de julgamento antecipado parcial do mérito, pois o juiz decide com fundamento num juízo de certeza, mediante cognição exauriente. Não seria, então, uma tutela antecipada, nem uma decisão provisória. Seria, em verdade, uma decisão definitiva, proferida em cognição exauriente, que já estaria a resolver parte do mérito, estando apta, portanto, a produzir coisa julgada material.

A distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, feita pela maioria da doutrina brasileira, considera que aquela é meramente *conservativa*, sendo esta *satisfativa*. Essa seria a única distinção, sendo certo, para essa parte da doutrina brasileira, que se trata de medidas tomadas mediante cognição sumária, havendo uma *fungibilidade* entre elas, em virtude do que dispõe o § 7º do artigo 273 do atual CPC.

## 2.6. A doutrina brasileira mais recente

A produção literário-jurídica brasileira sobre a tutela jurisdicional de urgência é intensa, desportando uma nova geração autores que apresenta opiniões diferentes daquelas tradicionais.

A propósito, vem avolumando-se o entendimento segundo o qual a cautelar e a tutela antecipada não podem ser equiparadas, nem tampouco distinguíveis pela estrutura de seus provimentos. Não é possível tratá-las no mesmo plano. Isso porque, enquanto a cautelar consiste numa tutela jurisdicional, a antecipação de tutela constitui uma técnica de julgamento. São, portanto, conceitos distintos, não sendo, aliás, adequado tratar de fungibilidade entre elas. A técnica da tutela antecipada é, na verdade, apenas um *meio* para que se realize a tutela



satisfativa ou a tutela cautelar<sup>22</sup>. A tutela antecipada pode ser satisfativa ou cautelar. O artigo 804 do atual CPC é um exemplo de tutela antecipada cautelar, enquanto o artigo 273 do mesmo CPC contempla, via de regra, hipóteses de tutela antecipada satisfativa.

Por isso, não seria adequado afirmar que o § 7º do artigo 273 do atual CPC teria consagrado uma fungibilidade entre a cautelar e a tutela antecipada. O que tal dispositivo estaria a autorizar é uma cumulação de pedido satisfativo com pedido cautelar, afastando-se a aplicação da regra contida no artigo 292 do mesmo CPC que proíbe a cumulação de pedidos submetidos procedimentos diferentes<sup>23</sup>. O § 7º do artigo 273 do CPC estaria, então, a permitir que o juiz possa conceder a providência cautelar, desde que presentes seus requisitos, ainda que o autor tenha-a chamado de tutela antecipada.

O atual Código de Processo Civil, em sua estrutura originária, concebeu um processo de conhecimento em que não se permitia a concessão de provimentos de urgência, de tutelas antecipadas ou de liminares. Tais provimentos haveriam de ser concedidos no âmbito do processo cautelar ou em procedimentos especiais. A *especialidade* de alguns procedimentos residia, na verdade, na possibilidade da concessão de liminar ou tutela antecipada. Por isso que não era possível cumular, no mesmo processo submetido ao rito comum, um pedido satisfativo e um cautelar. Havia o dogma da ordinarização do procedimento e o da *nulla executio sine titulo*, a impedir a concessão de provimentos provisórios ou de urgência no âmbito do procedimento comum. Com a generalização da tutela antecipada, a partir da sua inserção no artigo 273 do CPC atual, esses dogmas foram superados, caracterizando o chamado processo *sincrético*, vindo o § 7º daquele dispositivo a consagrar, efetivamente, a possibilidade da cumulação de tais pedidos no mesmo processo.

Tanto a tutela satisfativa como a cautelar podem ser conferidas de forma *antecipada*: a tutela antecipada, como técnica que é, refere-se ao *momento* em que se concede a prestação jurisdicional e à *cognição* exercida, que é sumária. Por meio da tutela antecipada,

<sup>22</sup> MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, jul. 2011, v. 197, p. 27-65; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, v. 2, p. 461-478.

<sup>23</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 478-483.



pode-se, desde já, conceder um provimento conservativo (tutela antecipada cautelar) ou um provimento satisfativo (tutela antecipada satisfativa). Esta última pode fundar-se na *urgência* ou na *evidência*.

Na verdade, a tutela antecipada, que distribui de forma isonômica o ônus do tempo no processo, decorre tanto da alegação de *urgência* como da *evidência* do direito posto em juízo. A urgência que reclama a concessão da tutela antecipada pode concernir a um perigo de dano ou a um perigo de ilícito.

Não é só para evitar ou reprimir um dano. A tutela antecipada também pode servir para inibir, vedar, proibir a prática de um ilícito. A tutela jurisdicional que tem essa finalidade é a tutela inibitória. E, pela técnica da antecipação, a tutela inibitória pode ser igualmente antecipada. É o que se chama de *antecipação da tutela inibitória*, cuja concessão depende apenas da demonstração de um ilícito a ser perpetrado pelo réu ou que já tenha se consumado, não sendo necessária a demonstração, nem a comprovação, de dano, culpa ou dolo; basta que se demonstre a ameaça da prática de um ato ilícito. A importância da tutela inibitória é indiscutível, em virtude da necessidade de se conferir tutela preventiva às situações jurídicas de conteúdo não patrimonial. Não se avalia, nem se investiga, para obtenção da tutela inibitória, a existência de dano provável ou de dano já consumado. Não é necessária a presença do dano, nem da culpa ou do dolo. Para a obtenção da tutela inibitória antecipada, basta a demonstração de um ilícito ou da probabilidade de sua ocorrência.

A tutela antecipada visa a realizar um direito diante do *perigo de tardança* da tutela jurisdicional final. O *perigo de dano* ou o *perigo de ilícito* pode ser prevenido ou reprimido mediante tutela antecipada.

Também vem prevalecendo, na doutrina brasileira mais recente, o entendimento segundo o qual a sentença proferida na cautelar produz coisa julgada material<sup>24</sup>. A tutela antecipada, que é uma *técnica de julgamento*, que pode ter tanto conteúdo cautelar

<sup>24</sup> MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Ob. cit., n. 13.5, p. 329-333; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista. cit., p. 357-376; DIDIER JR., Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 463-465.



como satisfatório, não produz coisa julgada, justamente por ser veiculada numa decisão essencialmente provisória.

Entre os escritos produzidos pelos doutrinadores mais jovens, merece destaque, nesse tema, o livro de Eduardo José da Fonseca Costa, intitulado *O direito vivo das liminares*, que foi publicado, em 2011, pela Editora Saraiva. Em tal trabalho, que consiste na versão comercial de sua dissertação de mestrado, Eduardo Costa parte de uma visão pragmática para demonstrar que, em matéria processual civil, há um divórcio entre a prática do foro e a doutrina dos manuais, decorrente da inadequação da teoria dominante. Para a teoria dominante, os requisitos para concessão de medidas liminares seriam cumulativos, de forma que somente poderia ser deferida a medida, se presentes ambos os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Ausente qualquer um deles, haveria de ser negada a medida. Na prática, não é isso que ocorre, tal como bem demonstrado por Eduardo Costa. Não são raros os casos em que se concedem liminares sem que haja um *periculum in mora*, pois é quase certa a existência da pretensão de direito material, havendo, por outro lado, casos em que a medida é concedida sem que haja um *fumus boni juris*, por ser exagerado o *perigo da demora*.

Haveria, então, para Eduardo Costa oito tipos de situações em que a liminar pode ser concedida: (a) *tutela de evidência extremada pura* (há quase certeza do direito afirmado pelo autor, mas o *periculum in mora* inexiste ou é desprezível); (b) *tutela de urgência extremada pura* (existe a presença de um *periculum in mora* extremado, sem que a relevância do argumento seja levada em conta); (c) *tutela de evidência extremada e urgência não extremada* (a justificativa para a concessão da *tutela de evidência extremada pura* é reforçada pela presença não exagerada de um *periculum in mora*); (d) *tutela de urgência extremada e evidência não extremada* (a justificativa para a concessão da *tutela de urgência extremada pura* é reforçada pela presença não exagerada do *fumus boni juris*); (e) *tutela de evidência e urgência extremadas* (o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* mostram-se igualmente elevados); (f) *tutela de evidência e de urgência não extremadas* (*fumus boni juris* e *periculum in mora* apresentam-se em níveis igualmente intermediários); (g) *tutela de evidência pura de extremidade legalmente presumida* (a lei presume a certeza do direito afirmado, sendo



dispensada a demonstração de *periculum in mora*, tal como ocorre com a liminar em ação possessória de força nova – CPC, art. 928); (h) *tutela de urgência pura de extremidade legalmente presumida* (a lei presume o *periculum in mora* exagerado e dispensa a demonstração do *fumus boni juris*, tal como ocorre na hipótese de imissão provisória da posse em ação de desapropriação – Decreto nº 3.365/1941, art. 15).

Com isso, fica claro que as medidas de urgência ou de evidência são essencialmente atípicas, sendo concedidas em razão das peculiaridades do caso. Seus requisitos são termos vagos ou indeterminados, constituindo verdadeiros *tipos*, por conterem estrutura flexível, gradual e aberta à realidade. Para a concessão das liminares, os precedentes dos tribunais são muito importantes.

O Judiciário brasileiro tem convivido com um número bastante elevado de processos judiciais. Esse congestionamento tem, em grande medida, sido causado pelo fenômeno da litigiosidade em massa, contida em inúmeras demandas repetitivas. A doutrina brasileira passou a preocupar-se com esse assunto das chamadas causas repetitivas.

Para Ruy Zoch Rodrigues, a tutela antecipada, nesses casos de ações repetitivas, teria fundamento no disposto no § 6º do artigo 273 do CPC, devendo-se interpretar o termo *incontroverso*, não somente no sentido tradicional de *não discutido* ou *não contestado*, mas também no sentido de *indiscutível*, *indubitável*, que não seja *seriamente contestável*<sup>25</sup>. Em casos assim, a tutela antecipada somente não será concedida, se a situação do autor ou do interessado não se ajustar à *ratio decidendi* do precedente firmado pelo tribunal superior. Quer isso dizer que somente não será concedida a tutela antecipada, se houver algum *distinguishing*, *overruling* ou *overriding*. Aliás, em casos assim, a defesa do réu deve restringir-se a demonstrar que há uma situação diferente que impõe o afastamento do precedente, ou que há fatores que não justificam mais a interpretação conferida pelo tribunal superior. Noutros termos, o réu, em casos como esse, deve demonstrar a existência de um fato relevante juridicamente que afaste o precedente ou imponha sua desconsideração ou revogação, a fim de que seja realizado um *distinguishing*, *overruling* ou *overriding*. Não havendo tal demonstração, deve já ser julgado

<sup>25</sup> *Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*. São Paulo: RT, 2010, p. 196-200.



procedente o pedido, ou, se houver algum incidente ou outro pedido a ser apreciado, já deve ser concedida tutela antecipada, com base no artigo 273, II, do CPC, por ser a defesa abusiva ou protelatória.

Em casos repetitivos, pode o juiz, enfim, já conceder a tutela antecipada *inaudita altera parte*, para fazer aplicar o precedente do tribunal superior, com base no § 6º do artigo 273 do CPC. Se, entretanto, já tiver havido contestação e esta não for séria, não demonstrando a razão pela qual não se aplica o precedente na espécie, cumpre, então, já julgar procedente o pedido do autor. Na hipótese de não ser possível já julgar procedente o pedido, por haver algum incidente pendente ou por haver outro pedido a ser examinado com mais demora, impõe-se conceder a tutela antecipada com base no inciso II do artigo 273 do CPC, pois a defesa será, nesse caso, abusiva. Realmente, se a defesa insiste numa tese que já foi rechaçada pelo tribunal superior, não demonstrando qualquer novidade, peculiaridade ou elemento distintivo, estará apenas a retardar o resultado, sendo, em verdade, protelatória. Daí se justificar a concessão da tutela antecipada prevista no inciso II do artigo 273 do CPC.

É bem de ver que os precedentes dos tribunais são, de fato, importantes para tratar do tema relativo à tutela antecipada de urgência ou de evidência.

## **2.7. A opinião doutrinária sobre as regras que vedam a concessão de provimento de urgência contra entidades integrantes da Administração Pública**

Já se viu, no item 1.3 *supra*, haver, no ordenamento brasileiro, regras que vedam a concessão de provimento de urgência contra o Poder Público. Parte significativa da doutrina brasileira entende que tais restrições são inconstitucionais, por atentarem contra a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009, n. 17, p. 45; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança* (em coautoria com Luiz Manoel Gomes Junior, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Rogerio Favreto e Sidney Palharini Júnior). São Paulo: RT, 2009, p. 90-91; FERRARESI, Eurico. *Do Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 51; MACHADO,



Por sua vez, há quem defenda não haver constitucionalidade, porquanto o dispositivo não estaria, rigorosamente, a vedar ou restringir a concessão da liminar: os casos ali previstos estariam, em verdade, a retratar hipóteses em que não se fariam presentes os requisitos para a concessão da liminar, ou porque esta seria irreversível, ou porque ausente o *periculum in mora*<sup>27</sup>. Segundo Francisco Cavalcanti,

“Inconstitucional seria a criação de limitações, restringindo o princípio da plenitude da tutela jurisdicional. Tal ocorreria, caso a restrição na concessão de liminares atingisse, inclusive, aquelas representadas por medidas conservativas e asseguratórias, ensejando o perecimento de direito.

(...)

Essa lei não impediu a concessão de medidas acautelatórias no sentido de obstar, *exempli gratia*, a alienação forçada de bem apreendido ou a sua conservação na área de importação. Por outro lado, a restrição legal não implica proibição de liberação dos bens importados, em hipóteses nas quais a lide versa apenas sobre o valor de tributos e outras exações incidentes sobre a operação. Nessas hipóteses, a concessão de liminar é possível, desde que condicionada à contracautele, representada pelo depósito, em dinheiro, da quantia objeto de discussão, ou, excepcionalmente, mediante caução idônea, para resguardar a Fazenda Pública, na hipótese de não acolhimento da pretensão. Essa linha corresponde a um ponto de equilíbrio entre o interesse privado e o interesse da Administração Pública.”<sup>28</sup>

---

Hugo de Brito. *Mandado de Segurança em Matéria Tributária*. 8<sup>a</sup> ed. São Paulo: Dialética, 2009, n. 8.3, p. 142; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. Napoleão Nunes Maia Filho; Caio Cesar Vieira Rocha; Tiago Asfor Rocha Lima (orgs.). São Paulo: RT, 2010, p. 139; ROQUE, Andre Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. *Mandado de segurança: comentários à Lei 12.016/09*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 69-71 e p. 75-76; MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 623-626.

<sup>27</sup> DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de Segurança (o Tradicional, o Novo e o Polêmico na Lei 12.016/09)*. São Paulo: Dialética, 2009, n. 10.9, p. 302-308.

<sup>28</sup> *O Novo Regime Jurídico do Mandado de Segurança*. São Paulo: MP, 2009, n. 5.31, p. 114-115.



Em seguida, prossegue para afirmar que:

“Trata-se de restrições que não violam o princípio da plenitude da tutela jurisdicional, porque visam, os procedimentos referidos, acréscimos, *plus*, a serem agregados à remuneração de servidores. Não há nelas, *periculum in mora*, considerando que o servidor não tem prejuízo, no tocante à remuneração então percebida, e, por outro lado, considerando a condição de solvente da Fazenda Pública, que faz desaparecer o risco de inexequibilidade do julgado favorável. Não se pode também esquecer, que, face à natureza alimentar dos pagamentos de remuneração, a restituição na hipótese de improcedência não ocorreria ou, se tal ocorresse, seria de modo parcelado, observados os limites legais (cf. a Lei n. 8.112/90).”<sup>29</sup>

De acordo com essa corrente doutrinária, o legislador, em exame prévio, já descartou a possibilidade de concessão de liminar para situações em que não se revela presente o risco de dano de grave lesão ou de difícil reparação. Se o servidor público, por exemplo, pretende obter vantagem que agregue valores a seus vencimentos, não há, evidentemente, qualquer *periculum in mora*. Os demais casos não são igualmente admitidos, ou porque ausente a situação de perigo, ou porque a medida se revela irreversível. Caso, por exemplo, o servidor público tenha suprimida uma vantagem de sua remuneração, aí caberá a medida de urgência, pois não se trata de *concessão*, mas de *restauração* ou *recomposição* de vantagem, havendo risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

A vedação para concessão de liminar destinada à liberação de bens e mercadorias justifica-se, em princípio, pelo risco de irreversibilidade da medida, pois o desembaraço antecipado das mercadorias pode impedir eventual cominação do perdimento<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Ob. cit., n. 5.32, p. 115-116.

<sup>30</sup> Acórdão unânime da 2<sup>a</sup> Turma do STJ, REsp 1.184.720/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 5/8/2010, DJe de 1º/9/2010.



Se, em princípio, houver aparente conduta criminosa ou risco para população, para o meio ambiente, para a saúde, enfim, para o interesse público, sendo possivelmente irreversível o provimento, há de prevalecer a vedação legal. Diversamente, se não houver nada disso, se, na realidade, a apreensão da mercadoria consistir num meio coercitivo indireto de cobrança de tributo, deve, então, ser possível a concessão da medida liminar. É que, devido um tributo, cabe ao ente fazendário constituir o crédito mediante lançamento tributário e promover a cobrança judicial, servindo-se da execução fiscal, não lhe sendo legítimo impor medidas restritivas ao contribuinte como forma indireta de cobrança, nem apreender bens ou mercadorias. A jurisprudência está pejada de decisões que repelem a adoção de meios coercitivos indiretos de cobrança, bastando lembrar o teor dos enunciados 70<sup>31</sup>, 323<sup>32</sup> e 547<sup>33</sup>, todos da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Se, concreta e excepcionalmente, estiver demonstrado pela parte autora o grave risco de dano, deverá, afastando-se a vedação legal, ser concedida a medida, em prol da efetividade e da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Não demonstrada a situação de excepcionalidade, impõe-se rejeitar o pedido de concessão de provimento de urgência, mercê das prescrições legais que impedem seu deferimento.

Para Hélio do Valle Pereira, o legislador estaria, na verdade, incentivando o juiz “a ter redobrados escrúpulos na concessão de medidas de urgência”<sup>34</sup>, eliminando abusos e exageros na concessão de liminares contra o Poder Público. Tais restrições legais, segundo ele, “não vingarão, entretanto, se no caso concreto, de forma fundamentada, aparecerem como impedientes à proteção jurisdicional do direito”<sup>35</sup>.

Numa análise empírico-jurisprudencial – e, portanto, menos *estático-legalista* e mais *dinâmico-pragmática* – Eduardo José da Fonseca Costa entende que as mencionadas

<sup>31</sup> “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”.

<sup>32</sup> “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”.

<sup>33</sup> “Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.”

<sup>34</sup> *O novo mandado de segurança: comentários à Lei nº 12.016, de 7/8/2009*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 96.

<sup>35</sup> Idem, p. 97.



disposições legais não estão a impedir a concessão de liminares contra o Poder Público. Cuidam, apenas, de *enrijecer* os pressupostos para o deferimento de providências de urgência contra a Fazenda Pública, exigindo um *periculum in mora* extremado (com notório objetivo de evitar, em assuntos mais sensíveis, a vulgarização de liminares). Em outras palavras, as liminares, na opinião de Eduardo José da Fonseca Costa, podem, em tais casos, ser concedidas, desde que se configure, na espécie, uma hipótese excepcional de extremo perigo. Do contrário, não deve ser concedida a medida<sup>36</sup>.

Seja como for, o certo é que tais restrições reclamam exegese restritiva, somente sendo vedada a concessão de liminar nos casos expressamente indicados no dispositivo legal.

### **3. As regras previstas no projeto do novo CPC brasileiro**

O projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, em tramitação no Congresso Nacional, “unificou” o regime da tutela antecipada com o da cautelar, partindo do pressuposto que se trata de institutos que se colocam no mesmo plano.

O projeto teve início no Senado Federal, vindo a ser aprovado e seguindo para a Câmara dos Deputados.

Na Câmara dos Deputados, houve modificações relevantes, que partem da premissa de que não se deve confundir cautelar com tutela antecipada, pois aquela é uma *tutela*, enquanto esta é uma *técnica de julgamento*. A tutela antecipada pode dizer respeito a uma tutela cautelar ou a uma tutela satisfativa, podendo, respectivamente, conservar ou satisfazer. Ademais, a tutela antecipada satisfativa pode ser de urgência ou de evidência.

---

<sup>36</sup> As leis “impeditivas” de liminar realmente *impedem?* *O novo mandado de segurança: estudos sobre a Lei nº 12.016/2009*. Eduardo Arruda Alvim; Glauco Gumerato Ramos; Gustavo de Medeiros Melo; José Henrique Mouta Araújo (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 159-168.



Em seu relatório, o Deputado Sérgio Barradas Carneiro, relator-geral do projeto na Câmara dos Deputados, assim esclarece as mudanças levadas a efeito:

“O projeto do Senado propõe a unificação do regime de concessão de tutela provisória no processo civil brasileiro. Trouxe alguns avanços, que merecem ser mantidos, mas carrega algumas imprecisões e omissões, que precisavam ser corrigidas.

A começar pelo aspecto terminológico.

O que o Título IX do Livro I do projeto do CPC prevê é a técnica da antecipação da tutela – designação conhecida e consagrada em nosso ordenamento.

O Título está dividido em dois capítulos, sendo que o primeiro está subdividido em três seções distintas.

Mantêm-se as linhas mestras do tema, já bem delineadas no Projeto, propondo-se apenas nova sistematização da matéria.

O primeiro capítulo trata das disposições gerais referentes à antecipação da tutela. Todo o capítulo cuida da concessão de tutela fundada em cognição sumária.

Rigorosamente, tutela antecipada satisfativa ou cautelar. O termo tutela antecipada já está incorporado à tradição jurídica brasileira e não pode ser simplesmente ignorado pelo novo CPC – que não o abandona, mas deixa de mencioná-lo. Daí a mudança terminológica proposta.

A primeira seção traz o regramento comum a todas as espécies de antecipação da tutela prevê: i) a finalidade da técnica antecipatória (satisfazer ou acautelar antes da concessão a tutela jurisdicional final); ii) a interinalidade da tutela antecipada, como regra; iii) a provisoriadade do provimento antecipado; iv) as técnicas processuais que podem ser empregadas para efetivação a tutela antecipada; v) a necessidade de fundamentação da decisão



que concede ou nega a tutela antecipada e vi) a competência para apreciação do pedido.

O regime jurídico comum da tutela antecipada, seja ela cautelar ou satisfativa, é um dos pontos altos do Projeto, pois evita discussões doutrinárias desnecessárias, inclusive quanto à fungibilidade entre as tutelas satisfativa e cautelar concedidas provisoriamente. Ficam mantidas as regras propostas, que ficam mais bem organizadas.

A segunda seção disciplina apenas as hipóteses de técnica antecipatória fundadas na urgência.

A uma, arrolam-se as duas finalidades básicas da técnica antecipatória fundada na urgência: satisfazer ou acautelar. A duas, esclarece-se que é possível, excepcionalmente, prestação de tutela cautelar de ofício. A três, prevê-se a responsabilidade por dano processual em face da fruição de provimento antecipado. A quatro, prevê-se a possibilidade de emenda à petição inicial em todos os casos em que a urgência determinar a busca por tutela jurisdicional satisfativa antecipada de forma absolutamente premente, não permitindo exposição mais elaborada da visão fático-jurídico do demandante na petição inicial.

Note-se que a emenda da petição inicial constitui expediente técnica que evita a duplicação desnecessária da tutela satisfativa de urgência – antecipada e final – com ganho para economia processual.

A rigor, tutela jurisdicional antecedente – de caráter preparatório – só pode ser a de natureza cautelar. O pedido autônomo de tutela antecipada satisfativa não deve ser chamado de antecedente, pois tem a mesma natureza do pedido de tutela final. Essa a razão da distinção entre os regramentos.



A terceira seção prevê as hipóteses de técnica antecipatória fundadas na evidência do direito posto em juízo. A ampliação dos casos de tutela antecipada da evidência é um grande passo que o Projeto deu.

Agora, traz-se uma nova hipótese de tutela antecipada da evidência, que é a antecipação com reserva de cognição de exceção substancial.

No entanto, a tutela de parcela incontroversa da demanda, originariamente prevista como tutela da evidência, é tutela definitiva, como o próprio texto do Projeto afirma – com o que deve ser deslocada para a parte relacionada ao julgamento antecipado parcial do mérito.

A doutrina brasileira avançou, como nenhuma outra no mundo, no estudo da tutela fundada em cognição sumária. A organização dos dispositivos que constam do projeto e o aperfeiçoamento de alguns deles torna-se essencial para evitar discussões futuras e adequar a legislação brasileira ao estágio atual da ciência processual.

É possível dizer que talvez seja esta uma das principais contribuições técnicas que esta Câmara dos Deputados deu ao projeto.

O regramento ora proposto encontra-se na vanguarda mundial sobre o tema, consolidando tudo o que já se pacificou em derredor do assunto no Brasil e no mundo.

Dá-se, ainda, o destaque à designação ‘tutela cautelar’, consagrada em nossa tradição jurídica, que fora menosprezada no texto do Senado. Neste ponto, cabe referir ao acolhimento da emenda n. 784/2011, de autoria do deputado Miro Teixeira, que corretamente defende a manutenção deste instituto em nosso ordenamento.

Importantíssimas, também, as emendas parlamentares dos deputados Jerônimo Goergen e Francisco Praciano, integralmente acolhidas (emendas n. 593, 594, 847, 848, 849, 850 e 852/2011)."



De acordo com o projeto do novo CPC brasileiro, a tutela antecipada pode ser *satisfativa* ou *cautelar*, podendo ser antecedente ou incidental e ter por fundamento a urgência ou a evidência.

No projeto do novo CPC brasileiro, generalizou-se a *atipicidade* da tutela antecipada, seja a conservativa, seja a satisfativa. Presentes os requisitos genéricos para sua concessão, o juiz poderá determinar arresto, sequestro, busca e apreensão ou qualquer outra medida conservativa. Também poderá, presentes os requisitos genéricos, conceder a tutela antecipada satisfativa. Não haverá mais requisitos casuísticos, e exigentes, devendo a medida ser concedida a partir do preenchimento dos requisitos genéricos. Apenas *in concreto*, a depender das peculiaridades do caso, é que poderá ser concedida a medida conservativa ou satisfativa.

Com efeito, a tutela antecipada de urgência será concedida, conforme redação contida no texto de dispositivo específico, quando houver probabilidade do direito e perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional.

Já a tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, quando ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, ou quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha outra prova capaz de gerar dúvida razoável (seria aqui uma espécie de prova documental pré-constituída), ou, ainda, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (prestigia-se aqui a importância e a força dos precedentes judiciais), ou, finalmente, quando “se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”. Nestas duas últimas hipóteses, a tutela antecipada pode ser concedida liminarmente, ou seja, *inaudita altera parte*.



O juiz poderá, em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, conceder, incidentalmente, a tutela antecipada cautelar de ofício. Não é possível a concessão de ofício de tutela antecipada satisfativa, mas somente da cautelar ou conservativa. Nesse ponto, não há novidade, pois o Código de Processo Civil de 1973 assim também o prevê em seu artigo 797.

Como já acentuado, a tutela antecipada poderá ser antecedente ou incidental. A incidental é aquela concedida no curso do procedimento judicial. No projeto do novo CPC, não haverá mais ação cautelar autônoma. Consequentemente, não haverá mais a possibilidade de um processo cautelar anterior ao processo principal. Em seu lugar, é possível haver uma tutela antecipada antecedente, seja satisfativa, seja conservativa ou cautelar.

Nesse caso, ou seja, sendo a tutela antecipada antecedente, tudo há de ser feito da mesma forma que ocorre atualmente com a ação cautelar antecedente. A diferença é que, em vez de se instaurar um outro processo, dito principal, a petição inicial haverá de ser aditada no prazo de trinta dias, a contar da efetivação da medida. Tudo se assemelha ao atual regime das cautelares antecedentes. A diferença é que não haverá mais autonomia da cautelar. A cautelar deixará de ser um processo autônomo para confinar-se no mesmo processo em que se pretende obter a tutela jurisdicional satisfativa.

Realmente, nos termos do que consta do projeto do novo CPC, a petição inicial da ação que visa à prestação da tutela cautelar em caráter antecedente indicará o pedido, seu fundamento e a exposição sumária do direito que se pretende assegurar, além do perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional. O réu será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de trinta dias, sem que seja necessário instaurar uma nova relação processual ou formar novos autos; o pedido principal será apresentado nos mesmos autos, não dependendo do aditamento de novas custas processuais. A causa de pedir poderá ser aditada no momento da formulação do pedido principal. Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de



conciliação, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu, justamente porque não há a formação de nova relação processual.

O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.

Para além disso tudo, há, no tocante à tutela antecipada, duas disposições no projeto do novo CPC que estão relacionadas entre si e que merecem registro.

Nos casos em que a urgência é 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 do pedido, do direito que se busca realizar e do perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional. Concedida a tutela antecipada, o autor deverá, nos próprios autos e sem a incidência de novas custas, aditar a petição inicial, com a complementação da sua argumentação, juntada de novos documentos e confirmação do pedido de tutela final, em quinze dias, ou em outro prazo maior que o juízo fixar. Imediatamente, o réu será citado, mas o prazo de resposta somente começará a correr após a intimação do mencionado aditamento.

Não realizado o aludido aditamento, o processo será extinto sem resolução do mérito. Se o juiz entender que não há elementos para a concessão da tutela antecipada, determinará a emenda da petição inicial em até cinco dias, sob pena de ser indeferida, com extinção do processo sem resolução do mérito.

Se a tutela antecipada satisfativa for concedida nesses termos, tornar-se-á estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso, caso em que o processo será extinto. Insere-se, assim, no sistema brasileiro a chamada *estabilização da tutela antecipada*, que consiste numa “monitorização” do procedimento: obtida a providência perseguida e não havendo recurso, tudo está resolvido e satisfeito, extinguindo-se o processo.

Extinto o processo, qualquer das partes poderá, no prazo de dois anos, exercer o direito de desfazer a tutela antecipada satisfativa estabilizada, mediante demanda que permita sua revisão, reforma ou invalidação, a ser ajuizada perante o mesmo juízo que



concedera a tutela satisfativa, que ficará prevento. Para instruir a petição inicial dessa nova demanda, qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida.

Aí está, pois, a disciplina da tutela jurisdicional de urgência no Brasil, no seu aspecto histórico, legislativo e doutrinário.