

Processo Civil I
Unidade 2 – Tutelas de urgência: classificação, características, requisitos, iniciativa, forma e conteúdo

LEGISLAÇÃO: ARTIGOS 300 a 302, NCPC DOCTRINA: HUMBERTO THEODORO JÚNIOR
--

1. Tutelas de urgência - classificação, características, requisitos, iniciativa, forma e conteúdo:

- Classificação das tutelas provisórias cautelares (o CPC não classifica as diversas formas de tutelas cautelares. Apesar disso, conforme a doutrina, é possível adotar algumas classificações doutrinárias. Humberto Theodoro Júnior menciona uma classificação em três espécies de providências cautelares, quanto à finalidade e ao objeto, quais sejam: a) medidas para assegurar bens – que compreendem as que visam a garantir uma futura execução forçada e as que apenas procuram manter um estado de coisa; b) medidas para assegurar pessoas – que se destinam à guarda provisória de pessoas e a satisfazer suas necessidades urgentes; c) medidas para assegurar provas, que compreendem a antecipação da coleta de elementos de convicção de prova a serem utilizadas em futura fase de instrução do processo principal. Para o CPC de 73 a classificação era muito importante, já que havia diferentes procedimentos. Assim, a doutrina classificava as cautelares em nominadas, previstas para situações específicas, e as inominadas, derivadas do poder geral de cautela. O CPC, por sua vez, admite qualquer uma das classificações usuais. Apesar de exemplificar algumas cautelares no artigo 301, CPC – arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem – o Código expressamente estabelece que o juiz pode usar o poder geral de cautela, determinando as medidas que considerar necessárias para a efetivação da tutela provisória. Mas as medidas típicas, antes previstas, agora não são mais contempladas com procedimento diferenciado. A visão legal passa a ser única, sem a preocupação de fazer diferença entre medidas típicas e atípicas. Outra classificação leva em consideração o momento em que as tutelas de urgência são deferidas – artigo 294, parágrafo único, CPC: a) tutelas de caráter antecedente, que são aquelas que precedem o pedido principal – artigos 303 e 305, CPC e b) tutelas incidentes, que surgem no curso do processo, podendo ser requeridas por simples petição nos autos, a qualquer tempo – artigos 294 e 295, CPC);

- Requisitos da tutela provisória de urgência (as tutelas cautelares e satisfativas se fundam nos requisitos comuns do *fumus boni iuris*, entendido como a probabilidade do direito substancial invocado e do *periculum in mora*, que é um dano potencial, um risco que corre o processo de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, não havendo mais requisitos particulares para uma ou outra tutela provisória. Mas continua importante a distinção entre tutela cautelar, conservativa, e tutela antecipatória, satisfativa. Isso porque a medida cautelar, por restringir direito, sem compor o litígio, não pode se estabilizar, fora ou independentemente da prestação jurisdicional definitiva; apenas a medida de antecipação de tutela

“Deus nos colocou no mundo para os outros” (São João Bosco)

Professora Luiza Helena L. A. de Sá Sodero Toledo

pode, eventualmente, estabilizar-se, pois nela se obtém uma sumária composição da lide, com a qual os litigantes podem se satisfazer. Assim, são basicamente dois os requisitos para o alcance de uma providência de urgência de natureza cautelar ou satisfativa: a) um dano potencial, ou *periculum in mora*, que significa o risco de o processo não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, o que precisa ser apurado de modo objetivo; b) a probabilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, quer dizer, o *fumus boni iuris*.

- O *fumus boni iuris* (a tutela de urgência não requer a demonstração cabal da existência do direito material em risco, até porque normalmente esse é litigioso e só será comprovado no final do processo; para fazer jus à cautelar, o direito em risco precisa se revelar como o interesse que justifica o direito de ação ou o direito ao processo de mérito. Assim, o juízo necessário não é o de certeza, mas o de verossimilhança, que é efetuado à luz dos elementos produzidos pelas partes, de maneira sumária e provisória. Desse modo, não é possível tutelar qualquer interesse, mas apenas aqueles que, pela aparência, mostram-se plausíveis de tutela no processo. Em suma, é o direito de ação, como direito a um processo eficaz, que se defende através da tutela cautelar. A falta do chamado *fumus boni iuris* somente se cogita quando, pela aparência da pretensão substancial ou pela inexistência total de elementos probatórios para sustentá-la, percebe-se a fatal carência de ação ou a inevitável rejeição do pedido, pelo mérito);

- O *periculum in mora* (para obter a tutela de urgência a parte terá que demonstrar fundado temor de que, enquanto espera pela tutela definitiva, falem as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela, o que pode acontecer quando houver risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração ou qualquer mutação de pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo. Então, é preciso demonstrar o “perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional” - artigo 300, CPC);

- Reversibilidade (significa dizer que a lei quer que o direito ao devido processo legal seja preservado, mesmo diante da excepcional medida antecipatória. Adianta-se a medida de urgência, mas se preserva o direito do réu à reversão do provimento caso, ao final, seja ele e não o autor o vitorioso no julgamento final da lide – artigo 300, § 3º, CPC. Ainda, é importante que a reversibilidade seja aferida dentro dos limites do próprio processo em que a antecipação ocorre, não bastando a vaga possibilidade de a parte prejudicada ser indenizada futuramente por aquele a quem a medida antecipatória beneficiou. O *periculum in mora* deve ser evitado para o autor, mas não à custa de ser transportado para o réu: a tutela provisória não se presta a deslocar ou transferir risco de uma parte para outra);

- Perigo de dano reverso (trata-se de outro fenômeno, também no campo do *periculum in mora*, que a ordem jurídica também não aceita: perigo de dano inverso ou reverso, evento parecido com a irreversibilidade, mas que com ela não se confunde. Esse evento ocorre quando o deferimento da medida de urgência, ao afastar o perigo de dano irreparável enfrentado pelo requerente, acaba impondo ao requerido que suporte risco igual ou maior, conseqüente imediato da própria providência emergencial decretada. A tutela de urgência tem a função de eliminar, para o autor e para o réu, o perigo de dano em função da demora do processo; se

“Deus nos colocou no mundo para os outros” (São João Bosco)

Professora Luiza Helena L. A. de Sá Sodero Toledo

tal perigo é afastado para o autor, mas persiste para o réu, o *periculum in mora* não foi eliminado do processo, mas apenas se alterou o sujeito processual a ele submetido. Isso se relaciona com os deveres processuais do juiz – artigos 139, I, 144 e 145, CPC. Desse modo, a inexistência de *periculum* reverso se apresenta como pressuposto ou requisito da concessão de liminares ou medidas de urgência em geral, inclusive segundo jurisprudência do STJ);

- Fungibilidade das tutelas de urgência (a fungibilidade das tutelas de urgência, conservativas e satisfativas, prevista no CPC de 73, foi mantida no CPC, artigo 305. É evidente que não se pode negar a diferença existente entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa, como já se viu. Mas, é certo também dizer, que ambas integram um só gênero, o das tutelas de urgência. Inclusive, o NCPC unificou os requisitos de todas essas medidas, pelo que sua distinção se torna cada vez menos importante, embora exista pequena diferença procedimental. Então, a utilização de uma ao invés da outra é, na verdade, mero equívoco formal, que pode e deve ser corrigido pelo juiz);

- Necessidade de fundamentação adequada (como não se trata de mero poder discricionário do juiz, a lei exige que a decisão acerca da tutela provisória seja sempre fundamentada – artigo 298, CPC. Isso decorre do fato de a medida provisória ser deferida a partir de uma instrução sumária, havendo inversão da ordem natural e lógica entre os atos de debate, acerto e decisão. Trata-se mesmo de imposição constitucional – artigo 93, IX, CF);

- Medida liminar *inaudita altera parte* (é a possibilidade de o juiz conceder a medida de segurança previamente, quer dizer, antes da citação do promovido – artigo 300, § 2º, CPC. Isso porque muitas vezes a audiência da parte contrária pode levar à frustração da finalidade da tutela preventiva, já que enseja ao litigante de má-fé a aceleração da realização do ato temido. Lembre-se de que a concessão da liminar, porém, não depende apenas de estar o requerente na iminência de suportar ato do requerido que possa provocar a consumação do dano temido; o perigo também pode derivar de fato natural. Em suma: o que justifica a liminar é a possibilidade de o dano se consumir antes da citação, qualquer que seja o motivo. Vale ressaltar que essas medidas excepcionais podem ser autorizadas tanto de forma incidente como antecedente e não dispensam a demonstração sumária dos pressupostos para a tutela preventiva);

- Comprovação dos requisitos da medida liminar (para o deferimento da liminar, conservativa ou satisfativa, a cognição sumária dos seus pressupostos pode ser feita à luz dos elementos da própria petição inicial; se forem insuficientes, a partir de dados apurados em justificação prévia, unilateral, produzida pelo requerente e sem a ciência da parte contrária – artigo 300, § 2º, CPC. A justificação prévia, lembre-se, integra a própria medida cautelar proposta. Ressalte-se que essa faculdade do magistrado somente pode ser exercitada quando for inegável a urgência da medida e as circunstâncias de fato evidenciarem que a citação do réu pode tornar ineficaz a providência preventiva. A decisão, mesmo que breve, deve ser fundamentada. A medida *inaudita altera parte*, ainda, não faz com que o procedimento deixe de ser contencioso, não afetando, assim, o direito de defesa do requerido. Depois de realizada a providência de urgência o promovido será

“Deus nos colocou no mundo para os outros” (São João Bosco)

Professora Luiza Helena L. A. de Sá Sodero Toledo

citado e terá oportunidade de defesa, através de contestação ou agravo de instrumento, competindo ao juiz da causa, por fim, decidir a pretensão de urgência, segundo a prova nos autos. A medida liminar será, então, mantida ou cassada, conforme o que restar apurado em instrução. Essa tutela provisória não é objeto da discricionariedade do juiz, pelo que se trata de questão incidente, a desafiar agravo);

- Distinção entre liminar e medida de urgência (liminar e medida de urgência não se confundem. Liminar é um adjetivo que atribui a algum substantivo a qualidade de inicial, preambular. Na linguagem jurídica qualifica qualquer medida judicial tomada antes do debate em contraditório do tema que constitui o objeto do processo. Nessa categoria, portanto, entram os diversos provimentos, inclusive os de saneamento do processo, como os tendentes a suprir defeitos da petição inicial ou a lhe propiciar emendas, antes da contestação do réu. Assim, mesmo o indeferimento da petição inicial, quando totalmente inviável o ajuizamento da demanda, pode ser entendido como medida de caráter unilateral e liminar. Vê-se, portanto, que o conteúdo do ato decisório não influencia a identificação da liminar como categoria profissional; essa identificação se liga apenas ao momento em que o provimento é decretado pelo juiz. A manifestação do magistrado pode ser cognitiva, executória, cautelar ou mesmo administrativa. Que fique claro, ainda, que liminar não é sinônimo de providência cautelar, mas é qualquer medida deliberada logo no início da relação processual e tanto pode ter cunho cautelar como satisfativo. Medida cautelar – conservativa – e medida antecipatória – satisfativa – são espécies do mesmo gênero – a tutela de urgência – já que têm em comum a força de quebrar a sequência normal do procedimento ordinário, dando ensejo de modo sumário a provimentos que, em regra, só seriam cabíveis após o accertamento definitivo do direito da parte. A tutela de evidência, que não tem como base o *periculum in mora*, também admite liminar, diante da prova convincente das situações particulares em que a lei prevê essa modalidade de tutela sumária, observado o mesmo procedimento previsto para as liminares das tutelas de urgência – artigos 294 e 311, parágrafo único, CPC);

- Contracautela (o juiz que defere a tutela de urgência tem o poder de impor ao requerente a prestação de uma caução, que pode ser real ou fidejussória, e tem o propósito de ressarcir qualquer prejuízo que a providência sumária possa acarretar ao requerido, eventualmente, já que ele nem teve ainda o direito de se defender – artigo 300, § 1º, CPC. Essa contracautela é imposta de ofício pelo magistrado, mas nada impede que seja requerida pelo promovido. Vale ressaltar, ainda, que a contracautela não é uma imposição permanente da lei ao juiz, mas uma faculdade a ele oferecida, cujo exercício depende da verificação, no caso concreto, da existência de risco bilateral para os litigantes. É um grande remédio nas mãos do juiz que, em caso de dúvida ou insuficiência de provas liminares, ao invés de indeferir a medida de urgência, impõe ao requerente a prestação da competente caução. Evidente que a prestação da caução não dispensa o requerente do ônus de provar os fatos constitutivos dos requisitos legais da tutela emergencial, na fase instrutória do processo, caso seu pedido seja contestado. Ainda, se o requerente não tiver condições patrimoniais para oferecer a caução, o

“Deus nos colocou no mundo para os outros” (São João Bosco)

Professora Luiza Helena L. A. de Sá Sodero Toledo

juiz poderá dispensá-la, já que a hipossuficiência econômica não pode ser óbice ao direito de acesso à tutela de urgência, na concepção de um processo justo);

- Oportunidade da tutela de urgência (não há um momento adequado rígido para sua fixação, podendo ser postulada na inicial, cabendo ao juiz apreciá-la antes ou depois da citação do réu, liminarmente ou após justificação prévia – artigo 294, parágrafo único, CPC. Também é possível que a urgência seja contemporânea à propositura da ação e que o autor não tenha condição para elaboração da petição inicial completa ou lhe falte interesse imediato numa composição exauriente do litígio, caso em que o CPC permite o tratamento do artigo 303. Igualmente a medida cautelar (conservativa) permite deferimento em procedimento antecedente – artigo 305, CPC. Se a necessidade da tutela de urgência surgir durante a tramitação da ação, o autor deverá provocar a medida incidentalmente, oportunidade em que não será necessário o pagamento de novas custas processuais – artigo 295, CPC. Em suma, há três oportunidades para o pleito da tutela de urgência: a) durante a dedução da pretensão principal – tutela antecedente; b) na petição inicial da ação principal – tutela cumulativa e c) no curso do processo principal – tutela incidental);

- Iniciativa da tutela de urgência e da evidência (em princípio devem se submeter à demanda do interessado – artigo 2º, CPC. Assim, em regra, a tutela de urgência, cautelar ou antecipatória, deverá ser requerida pela parte, mesmo porque a respectiva execução corre por sua conta e risco, configurando hipótese de responsabilidade civil processual objetiva – artigo 302, CPC. De outro lado, e sem que exista regra expressa para isso no NCPC, quando houver situação de vulnerabilidade da parte e risco sério e evidente de comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional, torna-se cabível a iniciativa do juiz para determinar medidas urgentes indispensáveis à realização da justa composição do litígio);

- Medidas cautelares nominadas e medidas cautelares uninominadas (o CPC de 73 previa a existência de medidas típicas e atípicas. No caso das medidas atípicas, conferia ao juiz um poder geral de cautela, poder esse que o CPC de 15 manteve e que agora é pertinente não apenas às medidas cautelares, mas a todos os provimentos provisórios – artigo 297, CPC. Algumas medidas tipificadas na codificação anterior também apareceram no CPC – arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de protesto contra alienação de bens -, embora não haja um procedimento especial e diferenciado para cada uma delas – artigo 301, CPC. Mas a função cautelar não fica restrita a essas providências nominadas pelo NCPC, havendo medidas que são criadas e deferidas pelo próprio magistrado diante de situações de perigo não previstas ou não reguladas de modo expresso pela lei. Trata-se do poder geral de cautela. Porém, entre as medidas nominadas e as que decorrem do poder geral de cautela não existem diferenças de natureza ou de substância. O rol atual de medidas nominadas é mais exemplificativo, não restando tais medidas atreladas a futuras execuções por quantia certa ou de entrega de coisa);

- Poder discricionário na tutela de urgência genérica (não se confunda o poder discricionário do magistrado com arbitrariedade: tal poder foi criado pelo NCPC,

“Deus nos colocou no mundo para os outros” (São João Bosco)

Professora Luiza Helena L. A. de Sá Sodero Toledo

mas recebeu destinação e condicionamento que o limitam estritamente dentro da função tutelar de urgência e de seus pressupostos tradicionais - artigos 297 e 301, CPC);

- Forma e conteúdo das tutelas de urgência (as medidas de urgência, nominadas ou não, sempre se apresentarão como uma ordem, um comando ou uma injunção imposta pelo órgão judicial a uma das partes em conflito. Tais ordens podem ser de caráter positivo – ordens de fazer – ou de caráter negativo – ordens de não fazer e terão como destinatário a pessoa que com sua ação ou omissão ameaçam restringir ou suprimir o interesse substancial do promovente, interesse esse que, teoricamente, está protegido pelo direito. A ordem de não fazer é sempre destinada ao adversário do promovente da medida de urgência; já a ordem positiva tanto pode se dirigir a um como a outro dos interessados, já que muitas vezes o ato a praticar é de interesse do próprio requerente – artigo 301, CPC);

- A discricionariedade do poder geral de prevenção e a escolha da medida (as ordens dadas no exercício do poder geral de prevenção podem assumir o conteúdo mais variado possível, de acordo com as situações de fato e de direito sobre as quais deverão incidir. Uma vez requeridas por uma das partes deverão ser valoradas pelo juiz no que respeita não só a sua necessidade, como também a sua adequação ou capacidade para eliminar o perigo evidenciado. Conclui-se, assim, que o juiz não está adstrito a deferir ou indeferir o pedido da parte, mas poderá adequar a tutela de urgência às características do caso, deferindo providências não exatamente iguais àquelas requeridas, mas que sirvam para resguardar os interesses em risco – artigo 297, CPC);

- Aplicação prática de medidas inominadas (já que o poder geral de prevenção é muito amplo, a possibilidade de seu desdobramento em figuras práticas é praticamente ilimitada. Vejam-se alguns exemplos: proibição de fabricar determinado produto, enquanto pendente o juízo de tutela ao direito de invenção; proibição de usar nome ou marca comercial que se confunda com outros; suspensão de atos de disposição do interditando, durante o processo de interdição, dentre outros inúmeros casos);

- Limites do poder geral de cautela (embora o poder cautelar genérico seja amplo e não restrito a casos predeterminados, nem por isso é ilimitado e arbitrário. Sua primeira limitação está localizada no requisito da necessidade, já que somente a medida realmente necessária, dentro dos objetivos próprios da tutela de urgência, é que deverá ser deferida. No que tange ao alcance da tutela da urgência, é imperioso reconhecer que deve haver proporção entre a providência atípica e a prestação que se espera obter no julgamento definitivo de mérito. Lembre-se, por fim, que a medida atípica cabe mesmo para sustar a executoriedade da sentença transitada em julgado – artigo 969, CPC).