

INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO – IDP  
THAÍS CAVALCANTE SANTOS

**DA TUTETA CAUTELAR À TUTELA ANTECIPADA:** Características dos institutos e  
o tema no novo código de Processo Civil.

Brasília, 2016

THAÍS CAVALCANTE SANTOS

**DA TUTELA CAUTELAR À TUTELA ANTECIPADA: Características dos institutos e o tema no novo código de Processo Civil.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Instituto de Direito Público - IDP, como requisito parcial para a obtenção de especialização em Processo Civil.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_/\_\_/\_\_, com menção \_\_\_\_ (\_\_\_\_\_).

Banca Examinadora:

---

Presidente: Prof.

---

Integrante: Prof.

---

Integrante: Prof.

## RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade analisar as principais características das tutelas cautelares e antecipadas, com enfoque no que se refere às divergências doutrinárias que norteiam o tema. Analisar-se-á também a maneira como as tutelas antecipadas, a partir de distorções no uso das tutelas cautelares, surgiram em nosso ordenamento, do ponto de vista legislativo e doutrinário. Nesse diapasão, será de suma importância a análise das chamadas “cautelares satisfativas”, que demonstram a confusão existente entre tais institutos, observando-se qual a influência desse fenômeno no cotidiano prático forense. Por fim, haverá análise de como o tema foi tratado no Novo Código de Processo Civil, de acordo com a Lei 13.105 de março de 2015, buscando-se, aí, as mudanças ocorridas.

**Palavras-chaves:** Tutelas cautelares. Tutelas antecipadas. Novo Código de Processo Civil.

**Thaís Cavalcante Santos**

**DA TUTETA CAUTELAR À TUTELA ANTECIPADA: Características dos institutos e o tema no novo código de Processo Civil.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília/DF  
2016

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 TUTELA CAUTELAR	
2.1 Conceito Geral de Tutela Cautelar	09
2.2 Peculiaridades da Tutela Cautelar	09
2.2.1 Instrumentalidade	09
2.2.2 Autonomia Procedimental	10
2.2.3 Provisoriedade	12
2.2.4 <i>Periculum in mora</i>	13
2.2.5 <i>fumus boni iuris</i>	13
2.3 Poder geral de Cautela	14
3 TUTELA ANTECIPADA	
3.1 Conceito de Tutela Antecipada - Natureza Jurídica	16
3.2 Pressupostos Sempre Concorrentes	18
3.2.1 Prova inequívoca e verossimilhança da alegação	18
3.3 PRESSUPOSTOS ALTERNATIVOS	19
3.3.1 Casos de antecipação de tutela	19
3.3.2 <i>Periculum in mora</i>	20
3.3.3 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu	20
3.4.1 Necessidade de Requerimento da Parte	21
3.5 O Sentido da Expressão "o juiz poderá (...)" – Art. 273 do CPC	22
3.6 O Momento, a Oportunidade e Extensão da Medida	22
3.7 Reversibilidade e Provisoriedade	24
3.8 Exaurimento do Processo e Motivação	25
3.9 Execução	25
4 AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	
4.1 Considerações Iniciais	27
4.2 Análise da Tutela Provisória no Novo CPC	27
4.3 A Tutela Antecipada Antecedente	30

4.4 A Tutela Cautelar Antecedente	31
4.5 A Tutela de Urgência Incidental	32
4.6 A Tutela de Evidência	33
4.7 A Estabilização da Decisão de Cognição Sumária - Ausência de Coisa Julgada	33
4.8 A Ausência de Coisa Julgada na Estabilização	35
4.9 O Prazo Prescricional e Coisa Julgada na Estabilização	36
5. Conclusão	37
6. Bibliografia	38

## 1 INTRODUÇÃO

As tutelas de urgência, compreendidas pela tutela antecipada ou tutela cautelar, são instrumentos processuais que, por sua natureza, se destacam dos inúmeros outros existentes em todo o processo civil, pois não ferem os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, mas são capazes de produzir à parte demandante a efetividade e/ou proteção do direito material requerido.

As tutelas satisfativas trazem à parte requerente a satisfação do direito em sede precedente a uma hipotética sentença de procedência. De outro vértice as tutelas cautelares protegem os direitos do requerente para que a “ação principal” não perca seu objeto, ou seja, o direito material lá pleiteado.

No entanto, questiona-se a confusão que se criou diante das ditas medidas cautelares satisfativas, se seriam elas ações ordinárias com pedido de tutela antecipada ou simplesmente ações cautelares autônomas satisfativas. Cria-se tal confusão porque a doutrina tradicional entende que é impróprio o uso da expressão de “cautelares satisfativas” (MEDINA e GAJARDONI, 2010, p. 58), no entanto, a jurisprudência e a prática forense usam a referida expressão frequentemente.

Além disso, ao conferirem as medidas “cautelares satisfativas”, os magistrados pouco se manifestam em debates acadêmicos sobre o tema, ora porque atuam por meio do poder geral de cautela do juiz ou porque entendem que a urgência do caso não merece qualquer tipo de debate extravagante, o que poderia prejudicar o direito material pleiteado pela parte em razão da urgência do pedido.

Muitas vezes é difícil conceituar uma medida de urgência como algo que demanda uma tutela satisfativa ou cautelar. Por essa razão, o presente trabalho pretende analisar como a dificuldade influencia na prática jurídica cotidiana.

Questiona-se sobre o fato de uma discussão doutrinário-acadêmica poder influenciar a decisão de um magistrado ou o proceder de um advogado, ante o reconhecimento, por nosso Código de Processo Civil, da fungibilidade entre as tutelas de urgência.

Analisa-se, conforme a doutrina, a imprecisão técnica da expressão “cautelares satisfativas” e, portanto, as consequências de tal equívoco, com o intuito

de compreender as diferenças e semelhanças (se existem e, se sim, como se manifestam) entre os distintos institutos.

Por fim, será abordado como o tema foi recepcionado pelo novo Código de Processo Civil, buscando-se descobrir qual a solução processual trazida pela Lei n. 13.105/2015.

## **2 TUTELA CAUTELAR**

### **2.1 Conceito Geral de Tutela Cautelar**

A tutela cautelar tem como finalidade dar efetividade a jurisdição e ao processo, pois possui caráter eminentemente publicístico, visando garantir o bom funcionamento do judiciário, onde o interesse que prevalece não é do indivíduo, mas sim da justiça como um todo (MARINONI e ARENHART, 2014).

Muito mais do que defender os direitos subjetivos, os procedimentos cautelares visam garantir a eficácia e a seriedade da função jurisdicional, evitando dessa forma que o devedor se aproveite da demora dos processos para colocar a salvo os seus bens e ao final não honrar com sua dívida, o que pode ser evitado por meio da tutela cautelar (CALAMANDREI, 2000).

Neste mesmo sentido, conceitua o nobre doutrinador Theodoro Júnior (2014, pg. 531):

"Consiste, pois, a ação cautelar no direito de provocar o interessado, o órgão judicial a tomar providências que conservem e assegurem os elementos do processo (pessoas, provas e bens), eliminando a ameaça de perigo ou prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer: a ação cautelar consiste no direito de "assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil".

Após esse breve conceito sobre a tutelar cautelar, é importante o estudo sobre suas características, bem como as divergências doutrinárias a respeito do tema.

### **2.2 Peculiaridades da Tutela Cautelar**

#### **2.2.1 Instrumentalidade**

De acordo com a doutrina clássica, o caráter instrumental da tutela cautelar advém do fato dela proteger tanto a jurisdição, bem como proteger o processo principal (MIELKE, 2009).

Assim sendo, não se pode compreender o processo cautelar se não estiver conectado a outro processo, pois as medidas preventivas não são *satisfativas*, mas sim *conservativas* de situações indispensáveis para que o processo principal tenha o resultado favorável, ou seja, atende provisoriamente e emergencial, uma segurança diante de uma situação relevante para uma posterior atuação jurisdicional determinante (THEODORO JUNIOR, 2014).

No entanto, há entendimento diferente do acima exposto, pois Ovídio A. Baptista da Silva (2000) discorre que a tutela cautelar protege o direito da parte e não o processo principal.

Neste diapasão, a tutela cautelar serve para resguardar uma situação *cautelanda*, que é o direito da parte, e não o processo principal. Diante disso, é possível a desvinculação do processo cautelar de um processo principal, pois ela protege o direito da parte, e ainda que haja a extinção do processo principal, a medida cautelar permaneceria (MIELKE, 2009).

No entanto, esse entendimento confronta com o Código de Processo Civil de 1973, onde consta em seu artigo 808, inciso III, que cessa a eficácia da medida cautelar se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito.

### **2.2.2 Autonomia Procedimental**

Como já mencionado no tópico anterior, o nosso ordenamento jurídico prevê a instrumentalidade do processo cautelar, pelo qual se estipula que ele sempre estará ligado a um processo principal.

O artigo 796 do atual CPC traz que “o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste sempre será dependente”. Trazendo dessa maneira a Autonomia técnica apenas do processo cautelar encontrada na diversidade de sua colocação diante das outras atividades jurisdicionais (THEODORO JUNIOR, 2014).

Fica mais aclarada a autonomia procedimental quando o resultado de um processo não influencia sobre o resultado do outro. Nesse mesmo sentido é o que está disposto no artigo 810 do CPC de 1973, onde dispõe que “o indeferimento da

medida cautelar não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta” (THEODORO JUNIOR, 2014).

O egrégio Tribunal Superior de Justiça já se manifestou sobre o tema e sua relevância para o direito da parte, afim de que não veja seu direito perecer, senão vejamos:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. ANO-BASE DE 1990. DEFINIÇÃO DO FATOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA. BTNF. IRVF. LEI N.º 8.200/91. AÇÃO CAUTELAR. TUTELA SATISFATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1. É de sabença que o processo cautelar tem natureza instrumental e, como escopo essencial, evitar a inutilidade dos processos de conhecimento e de execução.

(RECURSO ESPECIAL Nº 801.032 - RJ (2005/0198800-7, Relator Ministro Luiz Fux, data de julgamento: 18.04.2006).

No entanto, sobre esse tema o doutrinador Ovídio A. Baptista da Silva (2000) também tem uma opinião diversa dos doutrinadores clássicos, bem como da jurisprudência dominante, ele entende que a autonomia cautelar vai além da autonomia puramente procedimental. Leia-se como trouxe em sua obra:

“Nosso Código de Processo civil não reconhece, como acabamos de ver, uma autêntica autonomia à ação cautelar, a ponto de poder ela prescindir de um processo satisfativo, dito *principal*, de modo que a tutela obtida através de demanda cautelar pudesse bastar-se a si mesma e não carecesse a tutela outorgada no juízo cautelar de ser confirmada pela sentença do processo principal. Todavia, queira ou não queira o legislador, esta autonomia existe em inúmeros casos, sem que nossa lei ou a própria doutrina sejam capazes de contrariar a realidade e a própria natureza das coisas.” (2000, p. 123)

A autonomia defendida por Ovídio A. BATISTA DA SILVA (2000) se refere à idéia de que, nas ações cautelares, a prova produzida não necessariamente será utilizada no processo principal, pois pode ser dispensada ou até mesmo nem ser aceita. O que se visa proteger é o *direito* de se produzir e utilizar uma prova, e não um processo principal em que tal prova seria ocasionalmente aproveitada.

### 2.2.3 Provisoriedade

No que se refere ao caráter provisório das medidas cautelares e antecipatórias, ou seja, satisfativas, não há entendimento pacificado entre os doutrinadores.

Theodoro Júnior (2014) discorre que toda medida cautelar tem como característica a provisoriedade, considerando que a situação acautelada não tem caráter definitivo, destinando-se a perdurar por um tempo restrito, ou seja, a medida cautelar tem duração *temporal limitada*.

A finalidade da tutela cautelar, considerando o seu caráter instrumental findaria quando houver pronunciamento de mérito no processo principal, assim sendo, é provisório até que haja sentença terminativa no processo principal (BEDAQUE, 2003).

No entanto, nem toda medida provisória é medida cautelar, pois há casos de medida provisória não cautelar, são as liminares como os interditos possessórios e os mandados de segurança, admitidos em certos procedimentos especiais de mérito (THEODORO JUNIOR, 2014).

Essas liminares, diferentemente da providência especificamente cautelar, já se exibem como entrega temporária e antecipada do pedido, e, ainda que precariamente, já constituem “decisão satisfativa de direito” (CALAMANDREI, 2000).

Diante de tal posicionamento, a doutrina majoritária reconhece a existência das “*cautelares satisfativas*”, o que será abordado oportunamente no presente estudo. Assim, há procedimentos antecipatórios no âmbito do procedimento cautelar, pois, partindo da premissa de caráter provisório, verifica-se a idéia de substituição e, por conseguinte, antecipação (MIELKE, 2009).

Ovídio A. Batista da Silva (2000), se manifesta de forma divergente, afirmando que a tutela cautelar é inerente a *temporiedade* e não a provisoriedade. As medidas cautelares seriam temporárias porque existem enquanto perdurar a situação que deve ser protegida, ou seja, a medida cautelar não deve ser extinta com a sentença final, mas sim até que o direito se concretize materialmente, pois é nesse contexto que a cautelar mais se mostra indispensável.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2014) se manifestam no mesmo sentido de que a tutela cautelar só seria provisória quando ocorresse transitio

em julgado de sentença improcedente. Quando ocorre a procedência da ação, a medida cautelar estaria pendente de execução, devendo ela perdurar até a efetiva “utilização dos meios executivos”.

Há casos excepcionais de improcedência, antes de transitada em julgado, que admitem a permanência de eficácia da tutela cautelar, pois não haveria divergência entre a declaração de inexistência do direito e a necessidade da conservação da cautelar, pois a situação não eliminaria o perigo do dano, o que poderia ser demonstrado a qualquer tempo (MARINONI, ARENHART, 2014).

O artigo 807 do Código de Processo Civil de 1973 traz que: “as medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”. Diante disso, percebe-se que nosso ordenamento jurídico traz a idéia de *instrumentalidade e provisoriedade* das tutelas cautelares.

#### **2.2.4 *Periculum in mora***

O *periculum in mora* é o fundamento basilar das medidas cautelares e sua razão principal de existência em nosso ordenamento jurídico. Compreende-se como *periculum in mora* o perigo de dano imediato, irreparável ou de difícil reparação, que poderia ocorrer devido ao atraso, lentidão ou decurso normal dos prazos em um procedimento ordinário (MIELKE, 2009), o que levaria a injustiça ao requerente.

Em verdade, é o temor de que “algo de mau” aconteça, ou tenha possibilidade de acontecer que explica a necessidade de provimento da medida cautelar, e não a simples demora. O perigo justifica a urgência, ou seja, o receio de dano iminente e irreparável (MIRANDA, 1998).

#### **2.2.5 *fumus boni iuris***

Outro elemento basilar que compõe as medidas cautelares é o *fumus boni iuris* ou “fumaça do bom direito”, elemento que pode ser entendido como a simples probabilidade de que o direito exista, exigindo que o julgador dê provimento a medida cautelar fundado em cognição sumária e superficial (DA SILVA, 2000).

### 2.3 Poder geral de Cautela

O poder geral de cautela está tipificado no artigo 798 do Código de processo Civil, é o fundamento para o surgimento das ações cautelares inominadas. Muito embora não estejam previstas pela lei, as cautelares inominadas (atípicas) podem ser requeridas ao magistrado, uma vez que qualquer situação de risco possa ser protegida pelo judiciário. Ressalte-se que as cautelares inominadas conferidas pelo poder geral de cautela não possuem diferenças quanto às cautelares típicas (BEDAQUE, 2003).

DA FONSECA GAJARDONI acerca do tema, *in verbis*:

“Trata-se de *poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional*, com lastro constitucional, decorrente de garantia de acesso à Justiça, que põe a salvo qualquer situação, mesmo não prevista em lei, que demande tutela jurisdicional.” (2010, p. 86).

O poder geral de cautela dispõe ao magistrado o poder de conceder, *ex officio*, medidas cautelares no decorrer do processo de conhecimento ou da execução quando verificar a necessidade, caracterizando, dessa forma, o poder discricionário do juiz (MIELKE, 2009).

É cediço, em regra, que o juiz não tem a iniciativa da tutela cautelar, como, também acontece com a tutela de mérito, pois ambas só devem ser prestadas quando solicitadas pela parte, de acordo com os artigos 2º e 801 do Código de Processo Civil. No entanto, quando requerida a prestação de tutela preventiva, no domínio da tutela cautelar e, principalmente, no que se refere ao poder geral de cautela, compete ao juiz a função de adaptar a medida aos limites e finalidades da competência de prevenção (THEODORO JÚNIOR, 2014).

Ressalta-se que a discricionariedade dá ao juiz a possibilidade de atuação dentro dos alcances legais, sendo que a medida não deve ultrapassar os limites que definem seu caráter provisório (LOPES DA COSTA).

Assim sendo, o poder discricionário do juiz atua segundo THEODORO JÚNIOR (2014) da seguinte forma: (a) no que tange à análise da verossimilhança das circunstâncias ensejadoras do interesse a ser resguardado; (b) no que se refere ao juízo de possibilidade ou probabilidade de que constate o fato lesivo e a

possibilidade de fornecer a supressão do risco; e também; e (c) concernente à escolha e deliberação da providência que, de acordo com as circunstâncias, se configura no juízo discricionário do juízo, mais adequada para manter o estado de fato e de direito envolvido na demanda.

Diante do estudo da tutela cautelar, resta imperioso o estudo da tutela antecipada, a fim de se verificar as distinções e semelhanças entre os institutos, já que possuem características próprias.

### 3 TUTELA ANTECIPADA

#### 3.1 Conceito de Tutela Antecipada - Natureza Jurídica

O instituto da tutela antecipada foi recepcionado pela Lei 8.952/1994, com o novo texto do artigo 273, tendo por finalidade implementar resultados práticos à sentença de provimento, desde que existentes os requisitos necessários.

Sendo assim, tem como finalidade satisfazer o próprio direito material, antes da decisão terminativa do processo de conhecimento, fundamentada pelo princípio da necessidade, pois sem ela a demora pela sentença de mérito ocasionaria comprometimento a efetividade da prestação jurisdicional (Tutela Antecipada e Tutela Cautelar. Artigo. Denise Wilhelm Gonçalves. Advogada e professora da URCAMP/RS. Disponível em [http:// www.consulexnet.com.br](http://www.consulexnet.com.br)).

O artigo 273 discorre:

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

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou  
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Por oportuno, cite-se breve definição de Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio CRUZ ARENHART (2008, p. 86):

“Na tutela antecipatória, um perigo, derivado da demora do procedimento, faz ver a necessidade de antecipar, total ou parcialmente, a tutela do direito, que, no caso de sentença de procedência, seria devida ao final do procedimento.”

A antecipação de tutela é diferente da medida cautelar, uma vez que as cautelares resguardam a eficiência da sentença a ser proferida em outro processo principal; as antecipações concretizam, embora temporariamente, o anseio material perquirido no processo principal (BEDAQUE, 2003).

Há divergência doutrinária quanto a natureza jurídica da antecipação de tutela, pois autores como José Roberto dos Santos BEDAQUE e Piero CALAMANDREI entendem que o instituto tem natureza cautelar, muito embora conceda a parte a satisfação do direito material (BEDAQUE, 2003; CALAMANDREI 2000).

Segundo BEDAQUE “nada mais é do que medida de urgência construída segundo a *técnica cautelar*, destinada a conferir eficácia ao provimento final” (2003, p. 293).

As características conservativas ou antecipatórias de cada uma das medidas não podem ser reconhecidas como critérios mais importantes para a concepção de maneiras autônomas de tutela, pois há várias outras características comuns entre elas, como a instrumentalidade, a provisoriedade e o papel de se assegurar o resultado final do processo (BEDAQUE, 2003).

Ao classificar os procedimentos cautelares, CALAMANDREI incluiu os que *antecipavam os procedimentos decisórios*, onde teria uma decisão anterior e temporária do mérito, até que ela não fosse contrária a decisão obtida por meio do processo ordinário (2000).

No entanto, corrente contrária entende que a tutela antecipatória não pode ser compreendida como tutela cautelar, pois se trata de espécie de tutela de urgência, uma vez que nem mesmo as características como a instrumentalidade ou a provisoriedade lhes seriam semelhantes.

A tutela antecipada não é ferramenta de outra tutela, ou faz menção a outra tutela, uma vez que o seu caráter satisfativo dá ao requerente àquilo que é pretendido na propositura da ação, não havendo a necessidade de outro tipo de processo, o que ocorre na tutela cautelar, que tem por finalidade dar efetividade a

uma tutela jurisdicional do direito, que em regra, está estabelecido em outro processo (MARINONI E ARENHART, 2008).

## **3.2 Pressupostos Sempre Concorrentes**

### **3.2.1 Prova inequívoca e verossimilhança da alegação**

O artigo 273, caput, do Código de Processo Civil, traz dois requisitos universais, a “Prova inequívoca” e a “Verossimilhança da alegação”.

Por ser medida satisfativa adotada antes de completar a fase exauriente da ação, a lei impõe condições de ordem probatória. Exige mais do que a pura aparência de direito (*fumus boni iuris*) exigida para o deferimento das medidas cautelares, para a antecipação de tutela é necessário que esteja sempre com base em “prova inequívoca” (THEODORO JÚNIOR, 2014).

A antecipação não pode ser fundamentada à base de simples alegações ou suspeitas. Deve ser abalizada em prova preexistente, que, contudo, necessariamente não precisa ser documental. Todavia, tem que ser clara e evidente, capaz de dar ao julgador grau de convencimento razoável (BEDAQUE, 2003)

Em outras palavras, é inequívoca, a prova capaz de permitir, no momento processual, uma decisão de mérito favorável ao autor que perquiriu a tutela antecipada, caso a ação pudesse ser julgada desde logo. Poderia se falar, então, que seria melhor decidir desde logo a demanda, mas, no entanto, não é bem assim.

O julgamento definitivo só pode ocorrer depois de exaurida todas as fases do processo, pois inicialmente, ainda que haja provas para deferimento da antecipação da tutela, o réu pode trazer aos autos contraprova capaz de alterar o resultado, podendo o julgador alterar a decisão e ser contrária ao autor (MEDINA e GAJARDONI, 2010).

Destarte, resta claro que a lei não exige uma prova de verdade absoluta, que de fato será sempre relativa, ainda que tenha sido finalizada a fase de instrução, mas exige uma prova robusta, capaz, ainda que em fase sumária, assegurar ao julgador o juízo de probabilidade do juízo de verdade (ZAVASCKI, 1997).

No que concerne a “verossimilhança da alegação”, trata-se do juízo de convencimento a ser feito em todo o quadro fático trazido pelo requerente da tutela

antecipatória, não somente quanto a existência de seu direito subjetivo material, porém também e, sobretudo, no atinente ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como atos de procrastinação e abuso das ações de defesa praticados pelo requerido (THEODORO JUNIOR, 2014).

A verossimilhança vincula relação com a razoabilidade do direito perquirido, com o *fumus boni iuris*. Todavia, na tutela antecipatória, justamente porque é antecipado os efeitos da decisão de mérito, é exigido além da fumaça, sendo necessário a verossimilhança, a aparência do direito (NUNES, 1999).

Insta salientar que, muito embora parecidos, a *prova inequívoca* e a *verossimilhança da alegação* não são sinônimos do *fumus boni iuris*, requisito indispensável para as tutelas cautelares. Isso porque, como já exposto, os efeitos da tutela antecipatória não protegem apenas o processo, porem contenta o direito material demandado, tornando necessário mais rigor para o deferimento dela, no sentido de tais pressupostos serem um grau superior de probabilidade de existência do direito (BEDAQUE, 2003).

### **3.3 PRESSUPOSTOS ALTERNATIVOS**

#### **3.3.1 Casos de antecipação de tutela**

Ante a natureza constitucional do princípio da segurança jurídica compreendido na garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. IV, da Constituição Federal de 1988), a tutela antecipatória somente será admitida quando tiver em risco de frustrar-se a garantia maior da efetividade jurisdicional (THEODORO JUNIOR, 2014).

O legislador trouxe apontamentos de duas possibilidades excepcionais em que não se poderia exigir da parte que espere o exaurimento do processo comum ordinário, sendo eles: (a) quando estiver configurado “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”; ou (b) quando estiver demonstrado o “abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu” (art. 273, inc. I e II).

As duas possibilidades têm formas distintas e não são cumulativas, ou seja, qualquer uma delas é suficiente para fundamentar a tutela antecipatória, dentro da metódica do artigo 273 do CPC (THEODORO JUNIOR, 2014).

### **3.3.2 Periculum in mora**

Além dos pressupostos sempre necessários, o art. 273 do CPC condiciona o provimento da tutela antecipatória a dois outros requisitos, a serem notados de maneira alternativa. O primeiro deles é “o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (inciso I).

Conforme contido no inciso I do supramencionado dispositivo, imperioso que se verifique o *periculum in mora*, requisito que também é exigido habitualmente para o deferimento das tutelas cautelares e por esse motivo alguns doutrinadores entendem que se trata de modalidade antecipatória de natureza “mista” (MEDINA E GAJARDONI, 2010).

Esse é o entendimento José Roberto dos Santos BEDAQUE, vejamos:

“A situação do inciso I apresenta, portanto, natureza cautelar, pois a antecipação destina-se a assegurar o resultado prático do processo. Há perfeita identificação funcional desta solução urgente com as cautelares, pois para sua concessão é imprescindível o *periculum in mora*.” (2003, p. 324).

No entanto, é contrário ao entendimento de A. Batista da Silva, pois afirma que muito embora haja semelhança, a referência do “fundado receio de dano irreparável” do inciso I não é suficiente para se concluir que as antecipações de tutela se trata de cautelares. Discorre, ainda, q o legislador seria mais coerente se utilizasse a expressão “*periculum in mora*”, mais apropriada à idéia de antecipação e de acordo com a história ligada as execuções provisórias (SILVA, 2003).

### **3.3.3 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu**

No caso do inciso II não tem relevância a presença do *periculum in mora*, pois não há situação de ameaça que possa afetar a força do provimento, mas sim o comportamento impróprio e protelatório do réu (MEDINA e GAJARDONI, 2010).

BEDAQUE argumenta que essa situação é bem semelhante com a litigância de má-fé, regulada pelos artigos 16 a 18 do CPC, e que o abuso de direito de defesa pode gerar não só a antecipação dos efeitos da tutela, como também o julgamento antecipado da lide (2003).

A conduta protelatória ou abusiva do direito de defesa por parte do réu convalida a conclusão de que ele realmente não dispõe de nenhuma contestação séria a contrapor o direito do demandante (SILVA, 2003).

### **3.4 Legitimação**

No que concerne a legitimação, o artigo 273 do CPC põe a disposição do demandante a antecipação de tutela, pois é este que requer a medida concreta e definitiva, pela sentença, contra o demandado. É o autor quem estabelece o pedido que comporá o objeto da causa, e não o réu. Em algumas situações o réu formula contra-ataque e apresenta pedido de providência de mérito contra o autor. Todavia, quando isso ocorre, ele deixa de ser apenas réu e assume caráter cumulativo de autor dentro da mesma relação processual (THEODORO JÚNIOR, 2014).

#### **3.4.1 Necessidade de Requerimento da Parte**

O juiz não pode conceder de ofício a tutela antecipada (RODRIGUES, 2000), a qual, como já mencionado, tem por finalidade evitar, na prática, que o processo perca a eficácia.

Na antecipação de efeitos satisfativos, cuida-se, inicialmente de proteção efetiva a um direito subjetivo, na medida que, se a evidência é clara, mais gravosa passa a ser a demora do exercício do direito do que a mínima possibilidade da sua existência. Assim, a antecipação não tem eficácia do processo em si, mas o próprio direito a se proteger, não podendo o juiz aplicar a fungibilidade em seu deferimento à antecipação.

A tutela antecipatória só pode ser deferida a requerimento, ficando o juiz adstrito ao pedido da parte, que pode ser deferido total ou parcial dentro dos limites da pretensão (SANTOS,).

Na metódica do Direito processual do Trabalho, Francisco Antonio de Oliveira entende ser cabível a concessão da tutela antecipada de ofício pelo julgador, pois em sua concepção entende que o legislador ao idealizar as mudanças do Código de Processo Civil não pensou em termos trabalhistas.

Almejar que um "peão de obra" faça o pedido de antecipação de tutela ao juiz é delirar da realidade. Do juiz não se espera e nem é aceitável tanta simploriedade, pois no direito trabalhista não se discute o simples patrimônio, mas por muitas vezes a sobrevivência familiar (DIAS, 1999).

### **3.5 O Sentido da Expressão "o juiz poderá (...)" – Art. 273 do CPC**

Se verificado a presença dos requisitos da tutela antecipatória, passa a ser direito subjetivo da parte demandante a concessão dela, e não mera discricionariedade do julgador ao contrário do que pode ser interpretado pela literalidade do art. 273 do CPC.

Não é mera faculdade ou simples poder discricionário do juiz, mas sim de um direito subjetivo processual quando presentes os requisitos traçados pela lei, tendo a parte o direito de requerer da Justiça a tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou (THEODORO JR, 1997) pelo pacto social.

Assim, verificado a presença dos pressupostos contidos no art. 273 do código de processo civil, passa a ser obrigação do juiz deferir o pedido, bem como, em caso adverso, necessariamente será obrigado à indeferir a medida requerida (ZAVASCKI, 1997).

### **3.6 O Momento, a Oportunidade e Extensão da Medida**

Não existe um momento único e certo imposto com força preclusiva pela legislação. A medida liminar poderá ser requerida na própria petição inicial, não sendo necessário a formulação do pedido em petição apartada para autuação como se fosse um pedido de medida cautelar. Cuida-se de um simples incidente processual de cognição, podendo o juiz conceder na decisão de deferimento da

petição inicial. A prévia citação ou audiência da parte adversa está sujeita a urgência da medida verificada pelo juiz diante do caso concreto (THEODORO JR, 1997).

Mesmo depois da sentença e na pendência de recurso, é cabível a postulação da tutela antecipada, sendo que a medida será endereçada ao Tribunal, cabendo ao relator o deferimento desde que verificado os pressupostos (SILVA, 2001).

Igualmente será, se o juiz de primeiro grau negar o pedido de tutela antecipada, podendo a parte interpor o agravo de instrumento, onde, de plano, poderá obter a liminar junto ao relator, quando demonstrado a urgência da medida, bem como a presença de todos os pressupostos legais (THEODORO JR, 1997).

Para definir o momento da antecipação de tutela o juiz também deve observar o princípio da menor restrição possível, ou seja, não pode ser antecipado mais que o imprescindível. O perigo de dano pode ser após ou anterior ao ajuizamento da demanda, o que será concedida liminarmente a antecipação de tutela. No entanto, se o perigo não tem previsibilidade de ocorrer antes da citação ou da audiência, a tutela antecipada não será legítima antes da realização desses atos. No que concerne a antecipação punitiva, será permitida nos casos em que fatos impossibilitem o curso do processo (ZAVASCKI, 1997).

Para a fixação dos limites da tutela antecipada o juiz sempre estará vinculado ao princípio da necessidade, o que afastará apenas a garantia do normal contraditório prévio - princípio da segurança jurídica -, no alcance dos limites necessários à efetividade da tutela jurisdicional. Assim, apenas será deferida quando restar comprovado o perigo de inutilidade da prestação jurisdicional e será possível a inversão da seqüência natural dos atos processuais (THEODORO JR, 1997)

### **3.7 Reversibilidade e Provisoriedade**

A reversibilidade trata da possibilidade de voltar para *status quo ante*, não sendo suficiente que o dano causado pela irreversibilidade possa ser reparado por indenização pecuniária (RODRIGUES, 2000).

Para assegurar o contraditório, ainda que posterior, é que a legislação não permite que o juiz conceda a antecipação de tutela quando houver o risco de irreversibilidade do deferimento antecipado (THEODORO JR, 1997).

No entanto, em casos extremos a regra da irreversibilidade pode não ser observada (THEODORO JR, 1997). Pode acontecer que o estado perigoso imponha ao juiz uma opção entre possibilidades capazes, onde qualquer decisão tomada pode gerar riscos de irreversibilidade, seja ela derivada do estado de perigo contra o qual se pretende a tutela, ou seja, por uma irreversibilidade provocada pela concessão da medida, ou seja, o risco da irreversibilidade pode ocorrer tanto pelo indeferimento da medida quanto da não concessão dela (RODRIGUES, 2000).

A antecipação da tutela é deferida com base num juízo provisório, decorrente de fatos unilateralmente narrados. No entanto, em razão do contraditório e das provas apresentadas pela parte contrária, o juiz pode mudar seu convencimento e decida de maneira desfavorável aos interesses daquele que foi favorecido com a tutela antecipatória. Diante disso há a necessidade que seja possível a reversibilidade (RODRIGUES, 2000).

Além da Reversibilidade da medida, para garantir o direito ao contraditório, o §4º do art. 273 enfatiza a completa provisoriedade da tutela antecipada discorrendo que "a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada", como, aliás, ocorre com as cautelares (THEODORO JR, 1997).

O §4º do art. 273 excede no que tange à precariedade do provimento antecipado, discorrendo que a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada "a qualquer tempo", tendo como exigência que a decisão seja fundamentada. Seria mais plausível que o legislador tivesse colocado como fator condicionante a ocorrência de modificações nas circunstâncias para haver a possibilidade de modificação ou revogação (SILVA, 2001).

Dessarte, como a medida só é concedida por requerimento da parte, uma vez que não pode ser de ofício, a modificação ou revogação requerem a mesma providência, por não se tratar de cautela de interesse imediato da realização prática do processo (SILVA, 2001).

### **3.8 Exaurimento do Processo e Motivação**

A tutela antecipada em hipótese alguma poderá assumir o efeito exauriente. Mesmo que seja provida liminarmente, o processo obrigatoriamente terá seu prosseguimento até o julgamento final de mérito (THEODORO JR, 1997).

A medida antecipatória não põe termo ao processo, que prossegue até o julgamento final, logo porque é o trânsito em julgado que lhe concede a eficácia definitiva (THEODORO JR, 1997).

Se concedida parcialmente e/ou se a apelação for acolhida apenas no efeito devolutivo, a sentença permanece sobre a tutela. Se no duplo efeito, o julgador poderá modificá-la, exceto se houver decidido na própria sentença (RODRIGUES, 2000).

Toda decisão, inclusive a de antecipação, deve ser motivada e fundamentada, porém, sendo ela interlocutória, poderá ser sucinta, sem deixar de arrazoar com precisão os fundamentos e a conclusão determinante (SANTOS).

### **3.9 Execução**

A antecipação da tutela é situação excepcional que só deve ser deferida em situações de real necessidade, sendo indispensável o preenchimento dos requisitos exigidos pela lei, pois tal deferimento importa em afastamento, ainda que temporário, do princípio da segurança jurídica em favor da efetividade jurídica (SANTOS).

Em defesa a eventuais interesses do demandado, cujo ainda não teve oportunidade de se defender adequadamente, a lei exige a observância no caso de deferimento e execução do provimento antecipado as precauções e princípios da execução provisória segundo o que disciplina o § 3º do art. 273 c/c incs. II e III do art. 588.

A medida não pode abranger os atos que tratem de alienação do domínio, nem autorizar, sem caução idônea, o levantamento do depósito em pecúnia, como também com o advento de sentença que modifique ou anule o provimento cautelar, este perderá sua efetividade, devendo as coisas serem restituídas ao estado anterior (THEODORO JR, 1997).

A tutela antecipada admite execução, que em si, não é provisória, porém sofre algumas limitações próprias da provisoriedade, uma vez que também está

sujeita a ser prejudicada por sentença definitiva, limitações acima expostas (SANTOS).

Contudo, a execução provisória, que está sujeita a revogação ou modificação a qualquer tempo, sempre ocorrerá por conta e risco do exeqüente, que ficará responsável pelos prejuízos causados ao requerido por efetivação da medida, caso esta perca seu efeito (DIAS).

Assim, após a definição dos institutos, passamos, então, para as mudanças trazidas no Novo CPC.

## **4 AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

### **4.1 Considerações Iniciais**

Após análise das características das tutelas de urgência, faz-se necessário abordar as mudanças trazidas pelo Novo CPC acerca do tema.

O Novo CPC foi aprovado pela Lei 13.105, publicada no DOU de 17 de março de 2015, tendo o prazo de um ano para entrar em vigor, período da *Vacatio Legis*, revogando o CPC de 1973, instituído pela Lei 5.869/73, de acordo com previsão trazida no artigo 1046.

No Livro V da parte Geral do Novo CPC, a tutela provisória passou a ser gênero donde são espécies a tutela de urgência e a tutela de evidência. No Título I, o qual contém os artigos 294 a 299, são abordadas as disposições gerais da tutela provisória, no Título II (que possui os artigos 300 a 310) a tutela de urgência e no Título III (art. 311) a tutela de evidência. (CPC, 2015).

Inicialmente, verifica-se que o Novo CPC optou por utilizar a terminologia clássica e distinguir a tutela provisória que é estabelecida por meio de cognição sumária, da definitiva, fundada em cognição exauriente, razão pela qual a tutela provisória (de urgência ou da evidência), quando conferida, mantém seu efeito na pendência do processo, no entanto poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo (art. 296). (ALVIM, 2015).

Cabe dizer que a competência para o seu conhecimento será do juízo da causa ou, quando requerida em caráter antecedente, do juízo competente para o pedido principal (art. 299), podendo o magistrado determinar as medidas que considerar adequadas para a sua efetivação (art. 297).

### **4.2 Análise da Tutela Provisória no Novo CPC**

No novo CPC, muitas mudanças podem ser vistas no Livro V, da Parte Geral, denominado de “tutela provisória”, já que extinguiu o processo cautelar autônomo como existe atualmente em nosso CPC/73, que traz três modalidades de processos (conforme art. 270 do CPC): o de conhecimento, o de execução e o cautelar.

Na Parte Especial do novo CPC, existe apenas o processo de conhecimento, pois como aponta MENCHINI (n. 1/2006, p. 900), não se visa acabar com o processo declarativo de cognição plena, mas sim de criar paralelamente àquele um procedimento mais célere, assistindo aos cidadãos que necessitam da tutela jurisdicional imediata.

Formou-se um modelo de procedimento sincrético, no qual duas ou mais atividades procedimentais podem conviver mesma estrutura procedimental, quebrando a tradição do direito brasileiro, de que o processo cautelar é autônomo.

Não existe processo efetivo sem que seja possível o manejo judicial de medidas de urgência a fim de evitar que tempo leve a perda de um direito, ainda mais quando estão presentes fatores de perigo de perda de tal direito material, durante todo o curso de um processo. Em qualquer processo, existe a necessidade e imprescindibilidade, em qualquer fase, de medidas que possam salvaguardar o direito material.

Como já dito, no novo CPC o procedimento que é objetivo desse estudo se encontra na Parte Geral (Livro V), e por tal motivo também se aplica à Parte Especial e seus procedimentos, devendo haver uma primeira subdivisão elementar: tutela da urgência e tutela da evidência, conforme o caput do art. 294, regulada no art. 311, dispositivos em comunicação com o conteúdo normativo previsto no art. 273, II.

A tutela de urgência vem no novo CPC regulada nos artigos 300 a 310 e comporta as modalidades cautelar e antecipada (ou satisfativa), como se observa no art. 294, parágrafo único, possuindo certa dificuldade de distinção em razão de que o seu provimento provisório produz efeitos análogos

No novo CPC se reitera a possibilidade de antecipação de tutela prevista no art. 273, II, CPC/73 (abuso direito de defesa ou manifesto propósito protelatório), e se acrescenta, no art. 311, novas hipóteses, quais sejam: (a) alegações de fato que puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; (b) pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, (visando a entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa); e (c) petição inicial instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

A antecipação de tutela da parte do pedido que for incontroversa hoje prevista no art. 273, § 6º, CPC/73, é retirada da hipótese de tutela de evidência e agora passa a fazer parte de um novo instituto: o julgamento antecipado parcial de mérito (art. 356 do novo CPC).

No novo CPC é possível que a medida antecipada possa ser requerida em caráter antecedente ou incidental (art. 294, par. único). Na modalidade antecedente existem procedimentos próprios e autônomos, tutelados nos artigos 303 e 304 se for antecipada ou nos artigos 305 a 310 se for cautelar.

Já quando o processo de conhecimento ou de execução estiver em curso, o interessado pode recorrer, incidentalmente, por meio de simples petição, a tutela de urgência, seja qual for a modalidade, como previsto no novo CPC nos artigos 303 a 304, para tutela de urgência antecipada, importando mencionar que os artigos 305 a 310 somente servem a disciplina da tutela cautelar.

Assim, o autor, ao invés de optar pelo procedimento preparatório, já pode apresentar uma ação principal com pleito de tutela cautelar ou tutela antecipada de forma incidente, tudo isso na própria petição inicial.

Ainda é possível cumular a cautelar com o pedido principal, conforme o art. 308, §2º, do novo CPC, sendo imposto ao autor o dever de indicar, expressamente, que está usando o procedimento antecedente antecipatório, agora conforme o art. 303, § 5º. As medidas de urgência (cautelar e antecipatória) possuem distinções procedimentais para medida cautelar (artigos 305/310) e para medida antecipatória (artigos 303/304).

A tutela de urgência no novo CPC possui regras que podem ser aplicadas a qualquer de suas modalidades, como, por exemplo, o fato da tutela provisória poder ser modificada ou revogada a qualquer tempo (art. 296).

Podemos elencar outras regras comuns como o dever do juiz de determinar todas as medidas necessárias para efetivação de uma medida de urgência deferida (art. 297, caput) e em qualquer decisão, a despeito de deferir, negar, modificar ou revogar a tutela de urgência, deve motivar o convencimento de modo claro e preciso (art. 298).

Cumprido esclarecer que a tutela pode ser deferida sem a oitiva da parte contrária ou mediante uma audiência de justificação prévia, prevista no art. 300, §2º (novo CPC). O juiz pode, para tanto, exigir uma garantia, em forma de caução, para

deferimento da medida de urgência a fim de garantir ressarcimento da parte contrária no caso de ser revogada a medida, conforme o novo art.300, §1º.

É possível recorrer de tais medidas através de agravo de instrumento, tal como pode se fazer hoje, só que agora com fulcro no art. 1015, I, do novo CPC.

Em nosso atual CPC, a aparência do bom direito (art. 798) para a medida cautelar e verossimilhança (art. 273, CPC/73) para a antecipatória eram requisitos semelhantes com títulos diferentes, que agora constituem o mesmo requisito no âmbito da nova tutela de urgência, como se verifica do art. 300 do novo CPC, que traz a expressão “probabilidade de existência do direito material alegado”.

Atrelada a tal regra, o novo CPC, em seu art. 300, §3º, traz que somente será deferida tutela satisfativa caso seja possível reverter seus efeitos, o que é praticamente óbvio já que se trata de uma medida de caráter provisório.

No entanto tal regra nem sempre pode ser cumprida a risca, algo inerente a aplicação do direito que a doutrina e a jurisprudência já aceitavam no atual CPC. É que existem hipóteses em que a irreversibilidade é recíproca e o julgador se vê em situação complicada, tendo que buscar outros critérios interpretativos, como o princípio da proporcionalidade e do devido processo legal (previsto agora nos artigos 8º e 489, §2º, CPC-2015).

### **4.3 A Tutela Antecipada Antecedente**

A Tutela Antecipada Antecedente traz uma nova forma processual em substituição a cautelar preparatória do atual CPC, com natureza satisfativa antecedente a propositura da ação, sendo possível fazer tal pedido com o único fim de antecipar a tutela desta natureza, estando presentes os seus requisitos e tendo sido expressa na petição inicial esta vontade processual, conforme o artigo 303, § 5º do novo CPC.

Nesta modalidade, a petição inicial se limita ao requerimento da tutela antecipada, devendo, além de trazer os fatos e fundamentos jurídicos, indicar o pedido de tutela final e o valor da causa, o qual será o valor do pedido final, a fim de estabilizar os efeitos da antecipação da tutela, o que será abordado mais adiante.

Se concedida a tutela, o seu requerente terá, em regra, o prazo de 15 (quinze) dias, para emendar sua inicial com o seu pedido final, sob pena de ver seu processo extinto sem julgamento do mérito conforme o art. 303, § 1º e 2º do novo CPC.

No novo código, antes de iniciar o processo, o requerido deverá ser citado e intimado a comparecer em uma audiência de conciliação (artigo 334 novo CPC), donde ocorrerá o termo inicial de seu prazo de defesa (artigo 335 novo CPC).

Importa mencionar que, a fim de evitar um procedimento processual completamente infrutífero, o novo CPC possibilita que as partes manifestem o desinteresse pela audiência de conciliação. Tal vontade deve ser expressa pelo requerente na exordial e pelo requerido através de petição simples apresentada 10 (dez) dias antes da data estipulada para a audiência que se busca evitar (art. 334, § 5º, novo CPC).

Caso a tutela seja concedida, o requerido deve impugnar a decisão através de agravo de instrumento, por tratar-se de decisão interlocutória (art. 1.015 novo CPC), e caso não o faça no prazo ocorrerá à estabilidade da medida, conforme o novo artigo 304, sem, contudo fazer coisa julgada material, persistindo seus efeitos até que seja revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida numa ação autônoma.

Tal ação autônoma pode ser proposta por quaisquer das partes perante o mesmo juízo (art. 304, § 2º, novo CPC), observando-se o prazo de 02 (dois) anos contados da ciência da decisão que extinguiu aquele processo cautelar.

Noutra toada, do ponto de vista do requerente, caso não seja concedida a tutela requerida, terá este o prazo de 05 (cinco) dias para emendar a petição inicial, a fim de expor seus motivos e direitos e evitar a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 303, § 6º, novo CPC).

#### **4.4 A Tutela Cautelar Antecedente**

No novo código é possível se obter a tutela cautelar de forma atípica, já que são cabíveis outras medidas idôneas para assegurar o direito do requerente, desde que preencha os requisitos comuns a todas as tutelas cautelares, que são a probabilidade do direito e o perigo na demora.

A forma procedimental é praticamente a mesma vista na propositura da ação com tutela antecipada antecedente, devendo se demonstrar os requisitos para que seja concedida a tutela assecuratória, com a necessária indicação da tutela final.

Aqui, no entanto, uma vez deferida a tutela, será oportunizado o prazo de 30 (trinta) dias para que o requerente faça o pedido principal naqueles mesmos autos, independente da necessidade de recolher novas custas processuais, conforme o novo art. 308.

Dai o requerido será citado para no prazo de 05 (cinco) dias apresentar a sua contestação frente aos pedidos da exordial, sob pena de presunção de que aceitou os fatos e suas conseqüências jurídicas (conforme novos artigos 306 e 307).

Assim como no procedimento objeto do tópico anterior, as partes serão intimadas a comparecer à audiência de conciliação mediação (art. 308, § 3º, novo CPC) e se esta restar infrutífera será concedido prazo de 15 (quinze) dias para que o requerido apresente sua contestação (segundo o novo art. 308, § 4º), prosseguindo a ação pelo rito comum.

A tutela cautelar que for concedida será estável, no entanto existem hipóteses nas quais seus efeitos virão a termo conforme disciplinará o artigo 309, se o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal (inciso I), se a medida não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias (inciso II) ou se o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito (inciso III).

Com isso, a principal inovação trazida pelo novo CPC nos processos cautelares a unificação das ações cautelares, sumindo a figura de ação cautelar propriamente dita para surgir um procedimento na própria ação principal, muito mais célere e simples.

#### **4.5 A Tutela de Urgência Incidental**

A tutela de urgência também pode ser requerida quando já estiver em curso um processo, se dando então de forma incidental, a fim de assegurar o resultado útil do mesmo.

Para tanto, deverá ser requerida através de petição nos próprios autos, demonstrando os já conhecidos requisitos do *fumus boni iuris* e *opericulum in mora*, mantidos e estabelecidos agora no artigo 300 do novo CPC.

#### **4.6 A Tutela de Evidência**

A tutela de evidência é tratada no novo CPC no artigo 311, sendo necessário para a sua concessão a evidência do direito, através de um juízo de cognição sumária que deve ser independente do *periculum in mora* e do risco ao resultado útil do processo.

Tal medida pode ser concedida quando (a) existe abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, (b) for comprovada por prova documental fundamentada em precedentes ou sumula vinculante, (c) houver pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito e (d) se inicial tiver sido instruída com documental incontestável.

Aqui, para a tutela ser deferida, o principal embasamento será o da incontestabilidade do direito do requerente. O juiz concederá a medida provisória em razão da incontroversa do direito discutido, apenas reduzindo os efeitos que o tempo do trâmite normal do processo poderia trazer. Como corrobora MARINONI, a *“tutela pode ser antecipada porque a defesa articulada pelo réu é inconsistente ou provavelmente o será”* (2015, p. 322).

A tutela de evidência equivale à tutela antecipada do atual CPC, na qual o juiz conceda parte do pedido antes da prolação da sentença, porém inova ao permitir que tal antecipação tenha caráter definitivo, fazendo coisa julgada material. Inconformado com a medida, o requerido pode impugná-la através de agravo de instrumento (conforme novo art. 356, § 5º).

#### **4.7 A Estabilização da Decisão de Cognição Sumária - Ausência de Coisa Julgada**

O novo CPC representou uma evolução na tutela sumária, por admitir a tutela de cognição sumária pudesse fluir procedimentalmente dissociada da tutela de

cognição exauriente, possibilitando o que se intitulou de estabilização da tutela de urgência, o que, contudo não significa que ocorre coisa julgada.

Mesmo depois de extinto o processo antecedente e não se consumando um processo principal, a tutela de urgência antecipatória passou a admitir a permanência de seus efeitos a parti da decisão judicial que a concedeu. O art. 304 do novo CPC trás que “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”.

Ou seja, a decisão, deferida sob a forma de tutela antecipada em procedimento antecedente (art. 303, novo CPC), se não impugnada com o recuso próprio, no caso agravo de instrumento (art. 1015, I, novo CPC), será, em princípio, estabilizada, resolvendo a crise de direito material por si só, seguindo-se a extinção do processo (art. 304, §1º, novo CPC).

A estabilização dos efeitos da medida decorre, segundo a letra fria da Lei, somente da falta de apresentação do recurso específico para o caso (artigos 303/304 do novo CPC), qual seja: o agravo de instrumento (art. 1015, I, do novo CPC).

Porém, outras medidas como o pedido de suspensão de liminar (Lei 8.437/92 e Lei 9.494/97) e a reclamação são, atualmente, medidas processuais válidas a fim de cessar os efeitos da medida deferida e inibir sua estabilização. Qualquer meio de impugnação da decisão judicial sobre uma tutela de urgência devera produzir efeito semelhante ao do agravo de instrumento.

Contudo, muitos autores tem se manifestado no sentido de aceitar somente o recurso específico, pela vantagem de que a estabilização traz segurança jurídica. O fato é que a decisão antecipatória estabilizada conserva sua eficácia enquanto não for desconstituída em uma ação de cognição plena por ventura ajuizada pela parte interessada, conforme dispõe o art. 304, §§2º e 3º, do novo CPC.

Uma eventual ação será sempre instruída dos autos do procedimento antecedente, conforme prevê o novo art. 304. No mesmo dispositivo, temos que qualquer das partes pode requerer o desarquivamento dos autos da medida antecipada com o fim de instruir a petição inicial do processo principal.

O que ainda se verificará na prática forense e se caso a tutela de urgência num procedimento preparatório seja concedida e o requerido não impugnar tal decisão mediante recurso de agravo de instrumento (art. 1015, I, novo CPC), o juiz

extinguira o processo ou aceitara a perspectiva mais genérica da impugnação atualmente vigente.

Certamente que, se não houver impugnação ou recurso, a medida liminar antecipatória da tutela vai continuar produzindo seus efeitos concretos mesmo se não for apresentado um pedido principal (art. 304, §§1º e 3º, novo CPC).

A eficácia da decisão permanece mesmo após a extinção do processo devido a sua estabilização, já que a idéia do instituto é de que tal decisão provisória continue produzindo efeitos mesmo após a extinção do procedimento preparatório e mesmo que não se proponha uma ação principal (art. 304, §3º, novo CPC).

#### **4.8 A Ausência de Coisa Julgada na Estabilização**

A decisão antecipatória mesmo depois de estabilizada e com a consequente extinção do procedimento preparatório e manutenção de seus efeitos não opera a coisa julgada. Apesar de ser executiva e eficaz, a decisão deste aspecto não possui os efeitos de coisa julgada material que a tornaria imutável e indiscutível em qualquer juízo.

É isso o que dispõe de forma taxativa o art. 304, § 6º, do novo CPC, como segue:

“A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.”

É extremamente razoável e lógico um pronunciamento baseado em cognição sumária possua a mesma força jurídica de um pronunciamento baseado em cognição exauriente.

As partes podem sempre optar por um processo de conhecimento clássico, notadamente mais longo, o qual poderá atingir a coisa julgada material, e em razão desta possibilidade de continuidade ou de apresentação do processo de mérito, resta afastada qualquer consideração sobre a sua inconstitucionalidade, por suposta violação a garantia de ampla defesa ou do acesso à jurisdição.

Estabilizada a decisão antecipatória de cognição sumária no procedimento antecedente e extinto este procedimento, a decisão antecipatória

produzirá todos os seus efeitos em relação ao direito material (art. 304, §3º, novo CPC), sem, no entanto, produzir o efeito de coisa julgada (art. 304, §6º, novo CPC). Existe a possibilidade de alteração ou revogação desta decisão numa ação de cognição exauriente (art. 304, §§2º e 4º, novo CPC).

#### **4.9 O Prazo Prescricional e Coisa Julgada na Estabilização**

Proferida a decisão antecipatória e extinto o procedimento antecedente surge um novo marco inicial da prescrição, de 02 (dois anos), conforme o art. 304, §5º, do novo CPC, de forma que se não for ajuizada a ação principal em dois anos restará definitiva a decisão sumária estabilizada, mesmo sem formar a coisa julgada.

Percebe-se que uma decisão antecipatória, já prescrita (alguns doutrinadores dizem se tratar de decadência), não estará acampada pela coisa julgada. Pode haver então, uma discussão em juízo sobre o mesmo direito material sem que seja preliminarmente rejeitada (art. 485, V, CPC-2015), podendo, no mérito, ocorrer a tal rejeição com base na prescrição ou decadência (art. 487, II, CPC-2015).

É bom lembrar que se a decisão liminar for atacada com agravo de instrumento, que é o recurso específico para o caso, o procedimento preparatório seguirá nos moldes do procedimento de tutela de cognição plena e exauriente, numa espécie de mutação.

## 5. Conclusão

O Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105/2015, inovou em vários aspectos, sendo marcantes as inovações relativas às tutelas provisórias, suscitando inúmeras dúvidas e sendo marco inicial de novas doutrinas e jurisprudências.

Como toda mudança gera temor no ser humano, não foi diferente no meio jurídico, sendo certo que poderão gerar certa insegurança aos operadores e estudiosos do direito, mas é preciso entender que o legislador buscou harmonizar o procedimento civil.

Também houve a preocupação com a autocomposição das partes na lide, trazendo mais dinâmica para as partes e juízes, que poderão de certa forma, personalizar seu processo de comum acordo, tudo com as devidas observâncias aos direitos fundamentais.

Os novos procedimentos das tutelas provisórias objetivam a celeridade do processo e representam economia de custas processuais, além de diminuem a sobrecarga processual do judiciário, compelindo o uso indevido de ações cautelares, inovações que trazem maior segurança jurídica às partes e mais justiça efetiva para a sociedade.

## 6. Bibliografia

ANDRADE, Érico. **A “contratualização” do processo no novo código de processo civil**. In: FREIRE, Alexandre et al (org.). *Novas tendências de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 4. (no prelo)

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMBI, E. **Coisa julgada e cognição *secundum eventum probationis***. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 109, p. 71-96, jan./mar. 2003.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2, 4ª ed. Salvador: Editora Juspodium, 2009.

FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. *Coletânea Novo CPC: Doutrina Selecionada*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 5 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MARINONI, Luiz Gullherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil**, in <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39> (consulta em 23.04.2015).

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 10 ed., São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

PALARO, Taína de Souza. **Tutelas provisórias no novo CPC**. in <http://www.lfmaia.com.br/pt/artigo.php> (consulta em 23.12.2015).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 44 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico, **A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto do Código de Processo Civil**. Revista de Processo, São Paulo, RT, ano 37, n. 206, p. 13-59, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O processo civil brasileiro: no limiar do novo século**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu**. Revista de Processo. vol. 157. p. 129-146. São Paulo: Ed. RT, mar. 2008.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil. Processo Cautelar e Procedimentos Especiais**. 11 ed., São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.