



Karine Silva Pereira

**SUPRESSÃO DO PROCESSO CAUTELAR NO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

BACHARELADO EM DIREITO

UNIVERSIDADE METROPOLITANA DE SANTOS

2015



SUPRESSÃO DO PROCESSO CAUTELAR NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Metropolitana de Santos, como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor RAFAEL QUARESMA VIVA.

SANTOS

2015



Banca Examinadora



Agradeço à UNIMES, ao corpo docente e discente, especialmente ao Professor Rafael Quaresma Viva, pela atenção dispensada à elaboração desta obra.



RESUMO

A presente obra tem por objetivo traçar um paralelo entre o atual e o novo Código de Processo Civil, no tocante à supressão do processo cautelar, apresentando as principais divergências doutrinárias, a interpretação sob a luz da nossa Carta Magna, bem como os aspectos positivos e negativos da nova legislação. Em linhas gerais, o novo Código de Processo Civil visa tornar o provimento jurisdicional mais célere, em consonância com o princípio constitucional da economia processual, permitindo que o juiz aprecie, num mesmo processo, a tutela provisória e o direito material sobre o qual se consubstancia a lide. Ao passo que, sob a égide da legislação atual, de 1973, é mister que seja inaugurado um processo cautelar complexo apenas para pugnar ou não pela concessão da respectiva medida cautelar, sendo imperativo que, posteriormente, haja a interposição da ação judicial cabível. Destarte, observar-se-á ao longo desta obra todo o processamento da tutela provisória, gênero que comporta as espécies tutela de urgência e tutela da evidência, sendo que a tutela da urgência se subdivide ainda em tutela antecipada e tutela cautelar. Com base nos dados acima, denota-se significativa diferença entre as legislações comparadas, razão pela qual os operadores do direito precisam estar preparados.

Palavras chave: Carta Magna. Tutela Provisória. Processamento.



ABSTRACT

The goal of this project is to make a comparison between current and the new Code of Civil Process, concerning to suppression of injunction process, showing the main doctrinaire discrepancies, the proper reading of Federal Constitution, also the positive and negative points upon the new law. In general, the new Code of Civil Process aims to provide a faster judicial action, according to the constitutional principle of judicial economy, on the way to allow the judge appreciation, in the same process, regarding injunction and proper rights that entails the deal. In the other hand, under the current law, from 1973, is required to start a complex process only to strive or not for the injunction related, once is needed after that, to start the proper lawsuit to plead the rights persecuted by plaintiff. Thus, this project presents the injunction processing in the new law. Based on above, is denoted substantial difference between the laws compared, reason why the legal professionals need to be prepared.

Keywords: Federal Constitution. Injunction. Processing.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. CARACTERÍSTICAS DA TUTELA PROVISÓRIA.....	13
1.1 URGÊNCIA OU EVIDÊNCIA	13
1.2 ANTECEDENTE OU INCIDENTAL.....	14
1.3 REQUERIMENTO DA PARTE.....	16
1.4 RECURSO CABÍVEL.....	17
1.5 FUNGIBILIDADE	18
1.6 PAGAMENTO DE CUSTAS	19
1.7 PROVISORIEDADE.....	19
1.8 IDENTIDADE PARCIAL OU TOTAL	20
1.9 REFERIBILIDADE DA TUTELA CAUTELAR À TUTELA SATISFATIVA	21
1.10 REVOGAÇÃO, MODIFICAÇÃO E NOVO PEDIDO.....	21
1.11 SUSPENSÃO.....	22
1.12 TÉCNICA EXECUTIVA: DA RIGIDEZ À MALEABILIDADE	22
1.13 TÉCNICA EXECUTIVA PARA EFETIVAÇÃO DA TUTELA.....	23
1.14 FUNDAMENTAÇÃO	24
1.15 COMPETÊNCIA.....	25
2. TUTELA DE URGÊNCIA	28
2.1 ATIPICIDADE	28
2.2 PROBABILIDADE DO DIREITO.....	29
2.3 PERIGO NA DEMORA	30
2.4 CAUÇÃO.....	31
2.5 MOMENTO.....	31
2.6 IRREVERSIBILIDADE	32

2.7 TUTELA CAUTELAR.....	33
2.8 RESPONSABILIDADE PELO DANO ORIUNDO DA TUTELA DE URGÊNCIA	34
2.9 LIQUIDAÇÃO.....	35
2.10 PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE	36
2.10.1 Autonomização da Antecipação de Tutela.....	36
2.10.2 Urgência Contemporânea.....	37
2.10.3 Tutela Satisfativa de Urgência.....	37
2.10.4 Procedimento.....	38
2.10.5 Estabilização da Antecipação de Tutela.....	40
2.10.6 Ônus de Recorrer	41
2.10.7 Ação Exauriente	42
2.10.8 Petição Inicial da Ação Antecedente	42
2.10.9 Eficácia da Decisão	43
2.10.10 Inconstitucionalidade da Previsão da Coisa Julgada	44
2.11 PROCEDIMENTO DA TUTELA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE	45
2.11.1 Tutela Cautelar Preparatória.....	45
2.11.2 Petição Inicial.....	45
2.11.3 Liminar Cautelar	46
2.11.4 Contestação.....	47
2.11.5 Revelia.....	48
2.11.6 Procedimento Comum	48
2.11.7 Referibilidade.....	49
2.11.8 Procedimento.....	50
2.11.9 Cessação de Eficácia	51
2.11.10 Renovação do Pedido.....	52
2.11.11 Ausência de Coisa Julgada sobre o Direito Acautelado.....	53
2.11.12 Prescrição ou Decadência.....	54
3. TUTELA DA EVIDÊNCIA	55
3.1 DEFESA INCONSISTENTE.....	57
3.2 PRECEDENTES.....	58
3.3 CONTRATO DE DEPÓSITO.....	58



3.4 PROVA CONTRÁRIA	59
3.5 MOMENTO.....	60
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS.....	65



INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil não prevê um processo cautelar, como estabelece o atual. Em sentido contrário, tanto o procedimento comum como os procedimentos especializados podem viabilizar a prestação de tutela satisfativa, bem como de tutela cautelar de forma antecedente ou incidental (artigo 294, parágrafo único, novo Código de Processo Civil¹).

O Estado realiza a jurisdição de duas formas distintas, quais sejam: pela “cognição”, que assegura a intenção da lei sobre a situação litigiosa, e pela “execução”, que visa tornar real esta mesma intenção. Cumpre mencionar ainda as decisões provisórias e definitivas, que podem ter lugar indistintamente em qualquer procedimento (THEODORO JÚNIOR, 2013).

Foram justamente tais decisões que ensejaram a introdução da técnica antecipatória “tutela provisória” e assim, afastando o processo cautelar como apoio dos processos de conhecimento e execução.

Quando da exposição dos motivos do Código de Processo Civil vigente, Alfredo Buzaid consagrou o processo cautelar como *tertium genus* da atividade jurisdicional, seguindo as ideias da doutrina italiana, principalmente dos mestres Francesco Carnelutti e Enrico Tullio Liebman (apud GOMES, 2014).

Ocorre que não havia consenso desta classificação entre os próprios italianos. Piero Calamandrei negou com perspicácia a concepção da atividade cautelar como terceiro gênero do processo, afirmando que equivaleria dizer que “os seres humanos se dividem em homens, mulheres e europeus” (apud GOMES, 2014).

Corroborando com o entendimento acima, não vejo o processo cautelar como terceiro gênero do processo, não obstante a razão apresentada, apenas acrescento que, devido a acessoriedade do processo cautelar (embora o mesmo seja autônomo), posto que este só subsistirá com a interposição da ação judicial cabível, me parece mais adequado considerá-lo sob o mesmo patamar hierárquico da ação judicial principal.

¹ “Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela



provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.”. No atual Código de Processo Civil, em seu artigo 798, se apresenta o dispositivo que confere ao magistrado o “poder geral de cautela”, que permite ao juiz determinar “as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação” (apud GOMES, 2014).

A interpretação desse dispositivo gerou ampla controvérsia na doutrina. Galeano Lacerda sustentou que “no exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar ‘as medidas provisórias que julgar adequadas’ para evitar dano à parte” poderia o juiz antecipar provisoriamente a própria prestação jurisdicional, objeto da ação de conhecimento (apud GOMES, 2014).

J. J. Calmon de Passos, por sua vez, se opôs à concessão de liminares satisfativas, exceto se inexistisse outra maneira de assegurar-se o resultado útil do processo (apud GOMES, 2014).

José Roberto dos Santos Bedaque ressalta que “a antecipação de efeitos da tutela final não se revela incompatível com a natureza cautelar da medida judicial” (apud GOMES, 2014).

De forma contrária, Humberto Theodoro Júnior aduz que “tecnicamente é possível distinguir-se, com certo rigor, o terreno da medida cautelar e o da medida que antecipa efeitos da sentença buscada pelo juízo demandante” (apud GOMES, 2014).

Com base nas correntes doutrinárias ora apresentadas, comungo do entendimento de Humberto Theodoro Júnior, de que há sim como efetuar-se distinção entre a medida cautelar e à medida que antecipa os efeitos da sentença, sendo uma, a meu ver, substancialmente diferente da outra, pelas razões que serão aduzidas.

Dependendo da complexidade do caso concreto, o lapso temporal entre a propositura da ação e o provimento jurisdicional pode demorar ou não, podendo acarretar prejuízo a uma das partes, tanto no tocante às coisas, quanto às pessoas e relações jurídicas envolvidas na lide. Por exemplo, não haveria utilidade, ao tempo da sentença, ordenar a entrega de coisa certa diante da inexistência da mesma, por deterioração. Ou fixar percepção de alimentos a quem, no curso do processo, veio a falecer justamente pela ausência dos próprios alimentos.

Neste diapasão, a fim de se apresentar como um meio pronto e eficaz de garantir a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas,



enquanto não se atinge o último estágio da prestação jurisdicional, surgiu o processo cautelar como uma nova face da jurisdição, visando outorgar situação provisória de segurança para os interesses dos litigantes.

Enquanto que, no tocante à tutela antecipada, a medida concedida pelo juiz, ainda que de forma provisória, representa aquilo que foi pedido pelo autor e que, em circunstâncias normais e em caráter definitivo, só será atingido com a sentença transitada em julgado, no processo cautelar são adotadas providências que objetivam afastar o perigo, denunciado pelo autor, que pode frustrar a utilidade da sentença.

Destarte, a medida cautelar trata-se de garantia, ao passo que a antecipação de tutela refere-se ao provimento do próprio pedido do autor, ainda que provisoriamente, seja por verossimilhança das alegações, ou por razões que o juiz determine medida de justiça.

A fim de exemplificar a tutela antecipada, podemos mencionar um caso em que um casal adquire um imóvel na planta e quando da entrega das chaves, é surpreendido pela construtora com a cobrança de valores, em tese, indevidos. O casal, inconformado com o fato de a construtora condicionar a entrega das chaves ao pagamento dos valores ora mencionados, ingressa com ação judicial, pleiteando liminarmente a entrega das chaves, para que os valores sejam discutidos no curso regular do processo. Veja que, no exemplo retro elencado, no bojo do próprio processo, foi solicitada a entrega das chaves liminarmente. É cediço que tal fato não constitui a garantia de algum bem ou pessoa para a satisfação de futura execução (como ocorre na medida cautelar), por exemplo, mas representa tão somente o provimento jurisdicional do que o autor pretendia obter, de fato, ao final da sentença, além dos demais pedidos postulados.

Percebe-se que tanto a tutela satisfativa quanto a tutela cautelar merecem especial atenção, pois ambas objetivam proteger situações jurídicas que, em razão do decurso do tempo, poderiam prejudicar o provimento jurisdicional no caso de advir decisão favorável ao autor, após o exaurimento do processo.

Finalmente, do processo cautelar à parte geral, o novo Código de Processo Civil visa tornar o provimento cautelar mais célere, pois como já visto neste tópico, o processo cautelar é autônomo tecnicamente, embora seja reconhecida sua acessoriedade, em razão de depender da existência ou probabilidade de um processo principal (artigo 796, atual Código de Processo Civil). Uma vez que não há



que se falar em processo cautelar no novo Código de Processo Civil, as medidas cautelares serão viabilizadas tanto nos procedimentos comuns, como nos procedimentos diferenciados, corroborando com o princípio constitucional da economia processual (artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal), como observar-se-á ao longo desta obra.

1. CARACTERÍSTICAS DA TUTELA PROVISÓRIA

Os próximos subitens demonstrarão as características da tutela provisória, quanto à sua classificação, bem como seu processamento.

1.1 URGÊNCIA OU EVIDÊNCIA

A lei apresenta como desiderato classificar a tutela provisória de três formas distintas, quais sejam: pela satisfatividade da decisão (cautelar ou antecedente); quanto ao momento da decisão (antecedente ou incidental); e quanto à natureza da decisão (urgência ou evidência). (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. O legislador agrupou, sob este título, tutelas provisórias tanto satisfativas como as tutelas cautelares, que podem ser prestadas mediante cognição sumária, que significa dizer, fundadas em juízo de probabilidade, nos termos do artigo 300, novo Código de Processo Civil (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Por meio da técnica antecipatória, em lugar do processo cautelar, pode-se obter uma decisão provisória que satisfaça, desde logo, o direito da parte consubstanciada na urgência ou evidência.

Já a tutela cautelar é sempre fundada na urgência, nos termos do artigo 301, do novo Código de Processo Civil (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

A hipótese abaixo, apresentada pelos autores Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, exemplificará claramente a fungibilidade entre a tutela cautelar e tutela da evidência:



Pense-se, por hipótese, numa cirurgia cardíaca para a implantação de stent, onde o plano de saúde nega a cobertura sob o argumento de que se trata de uma prótese, cuja implantação é excluída pelo contrato. Aqui o direito é evidente, já que a Súmula 93, do TJSP, reconhece que a negativa de tal cobertura é abusiva e, ao mesmo tempo, há urgência quanto a obtenção do provimento, já que não se pode deixar de reconhecer que a situação de saúde de quem se submete a esse tipo de intervenção inspira cuidados urgentes. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015, p. 623).

A fungibilidade em comento deriva justamente do fato de ambas, tutela da urgência e tutela da evidência, apresentarem o critério da urgência como justificativa à sua concessão, razão pela qual pode o juiz conceder uma, quando a parte pleiteia a outra, desde que preenchidos os requisitos específicos da tutela concedida, com fulcro no artigo 305, parágrafo único, novo Código de Processo

Civil.

Humberto Theodoro Júnior ensina que tais provimentos são extraordinários e objetivam combater o perigo de dano que possa decorrer do tempo necessário ao exaurimento completo do devido processo legal. (THEODORO JÚNIOR, 2015).

Nesta seara, podemos estabelecer preliminarmente que a tutela da urgência difere da tutela da evidência em virtude da primeira derivar de cognição sumária para o fim de conceder ou não um provimento satisfativo ou cautelar que pressupõe assegurar o direito material consubstanciado na lide, sendo que a última se apresenta de forma tão clara, com tamanha obviedade do direito postulado, tal

como os requisitos que ensejam a concessão do mandado de segurança², que não

há como ser concedida de forma cautelar, consistindo na antecipação do próprio efeito da sentença, apresentando assim, caráter satisfativo.

1.2 ANTECEDENTE OU INCIDENTAL

A tutela provisória pode ser prestada de forma antecedente ou incidental. Quando prestada na forma antecedente, será autônoma do ponto de vista processual. Se a tutela provisória for fundada na evidência, então, somente será prestada na forma incidental. Entretanto, tecnicamente, não há empecilho à prestação de forma autônoma da tutela provisória fundada na evidência (MARINONI,



ARENHART e MITIDIERO, 2015).

² Apenas com a diferença de que o mandado de segurança exige autoridade coatora.

A técnica antecipatória traz ao novo Código de Processo Civil, nos artigos 303 a 304, a tutela satisfativa, em substituição à chamada tutela antecipada no Código de Processo Civil anterior, bem como daquela idônea para a prestação de tutela cautelar, nos artigos 305 a 310. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

A tutela antecipada, então, substitui a ação cautelar antecedente, que guarda relação com as ações cautelares preparatórias, e possui o condão de conferir celeridade ao provimento jurisdicional cabível. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Nesse passo, cumpre mencionar que a tutela antecipada satisfativa, de certa forma, realiza o próprio provimento jurisdicional que se alcançaria com o exaurimento do processo, sendo que a tutela cautelar (não satisfativa) visa apenas, e tão somente, assegurar que, advindo decisão exauriente favorável ao autor, seja possível o provimento jurisdicional do direito principal. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Para aferição do momento da decisão, é mister tomar por parâmetro o momento da propositura da ação principal. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Assim, se a tutela antecipada for requerida antes da interposição do pedido principal, estamos falando de uma tutela provisória antecedente, de tal modo que, se a tutela antecipada for formulada concomitantemente ou após o pedido principal, trata-se de tutela antecipada incidental, sendo que nos termos do artigo

295, novo Código de Processo Civil, seu requerimento independe do pagamento de custas (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Desta feita, como não há que se falar em processo cautelar no novo Código de Processo Civil, o pagamento de custas, quando da tutela antecipada na forma antecedente, trata-se apenas de uma antecipação do pagamento das custas que é exigível para a interposição do processo judicial principal.

Este quesito, além de corroborar com princípio constitucional da economia processual, também se reveste de plena proporcionalidade.

Isto, pois, haja vista a tutela provisória, embora antecedente, ser incorporada ao próprio procedimento (comum ou especial) pertinente à lide, por se tratar do mesmo processo, não



seria adequado o recolhimento de novas custas, para a interposição do processo principal.

1.3 REQUERIMENTO DA PARTE

Em consonância com os artigos 2º e 141 do novo Código de Processo Civil, que tangem ao princípio da demanda, uma vez que tutela cautelar e tutela satisfativa tratam-se de tutelas de direito, é mister a existência de pedido pela parte interessada para o devido pleito. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

A tutela cautelar de ofício, no atual Código de Processo Civil, pressupunha a concessão, por parte do juiz, de providência que interesse ao processo, relacionada ao interesse público. Preceitua o artigo 797 do atual Código de Processo Civil, “só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Entretanto, o arresto, previsto no artigo 653 do atual Código de Processo Civil está no rol de casos autorizados por lei para se proceder com a tutela cautelar de ofício, sendo que o mesmo tutela cautelarmente o próprio direito de crédito que a parte entende ser titular, ao invés de tutelar o processo em si (interesse público). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Em razão do caráter cooperativo do novo Código de Processo Civil, o juiz pode então consultar a parte a respeito de seu interesse na obtenção de uma tutela sumária, uma vez que tenha percebido a possibilidade de tutelar a parte provisoriamente, nos termos do artigo 6º do Código de Processo Civil (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Contudo, não pode ser realizada pelo juiz a antecipação da tutela de ofício (tanto satisfativa, como cautelar), em virtude de seu regime de responsabilidade objetiva, correspondente à fruição (artigo 302, novo Código de Processo Civil), pois pode a parte não ter interesse em submeter-se (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

A respeito deste tema, Humberto Theodoro Júnior estabelece que o novo Código de Processo Civil não apresenta previsão legal que possibilite a decretação de ofício da tutela provisória, consoante alusão dos artigos 299, 303, 305 e 311, IV, do novo Código de Processo Civil. (THEODORO JÚNIOR, 2015).

Contudo, acrescenta que o novo Código de Processo Civil apresenta algumas medidas que autorizam sua concessão de ofício, sem necessitar de requerimento da parte, como por exemplo, a reserva de bens em poder do



inventariante para assegurar o adimplemento da dívida do falecido, desde que documentalmente comprovada e diante da não concordância dos herdeiros em solvê-la dentro do inventário, nos termos do artigo 643, parágrafo único, novo Código de Processo Civil. (THEODORO JÚNIOR, 2015).

Destarte, em convergência com o entendimento de Humberto Theodoro Júnior, concordo com a possibilidade de o juiz decretar a tutela provisória de ofício em determinados casos, desde que observados os limites da lei e os princípios norteadores do direito, a fim de que seja possível o provimento jurisdicional quando do exaurimento do processo.

1.4 RECURSO CABÍVEL

Nos termos do artigo 1.015, I, novo Código de Processo Civil, é cabível o recurso de agravo de instrumento contra decisão que concede, denega ou posterga indevidamente a apreciação do pedido de tutela provisória, exceto se concedida em sentença, pois nesta hipótese caberá recurso de apelação, conforme preceitua o artigo 1.013, § 5º, novo Código de Processo Civil (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Com fulcro no artigo 297 do novo Código de Processo Civil, no caso de decisão interlocutória, após a concessão de tutela provisória, consistente na técnica executiva que será adotada à efetivação da decisão provisória, tal decisão também é recorrível por meio do agravo de instrumento, por analogia ao 1.015, I, novo Código de Processo Civil. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, o encerramento do processo cautelar sempre se dá por meio de sentença, seja quando acolhe ou rejeita o pedido da medida preventiva, seja quando a extinção do processo se dá em razão de inoccorrência de condições da ação ou dos pressupostos processuais. (THEODORO JÚNIOR, 2013).

Disso decorre que, o recurso cabível será sempre o de apelação, conforme artigo 513, Código de Processo Civil de 1973.

Ainda analisando a legislação antiga, o agravo era cabível somente contra decisões interlocutórias, que o juiz profere no curso do feito, sem colocar fim



ao processo, com fulcro no artigo 522, Código de Processo Civil de 1973. (THEODORO JÚNIOR, 2013).

Ao comparar as legislações de 1973 e 2015, percebo que a alteração trazida pelo novo Código de Processo Civil, ao estabelecer que é cabível agravo de instrumento contra decisão que concede, denega ou posterga indevidamente a apreciação de tutela provisória (exceto quando for concedida em sentença) se demonstra adequada à tutela provisória, devido a mesma se inserir no bojo do procedimento comum ou especial, dada a sua acessoriedade.

1.5 FUNGIBILIDADE

Não obstante o novo Código de Processo Civil não ter abordado, de forma tão ampla, a regra da fungibilidade, como no atual Código de Processo Civil, por força do princípio constitucional da duração razoável do processo, bem como da promoção da economia processual (artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal), há fungibilidade entre as tutelas provisórias.

A fungibilidade de que trata este tópico se consubstancia no artigo 317 do novo Código de Processo Civil, que tange à necessidade de se privilegiar a prolação de decisões de mérito em detrimento de decisões puramente formais para a causa (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Humberto Theodoro Júnior explica que a melhor doutrina se firmou no sentido de flexibilização do procedimento cautelar ou antecipatório, com arrimo no argumento de que as questões meramente formais não poderiam preponderar sobre as garantias constitucionais, como por exemplo, a garantia de efetividade da tutela jurisdicional. (THEODORO JÚNIOR, 2015).

Nesta seara, o novo Código de Processo Civil incorporou adequadamente o sentido da urgência atinente à tutela provisória, ao aderir ao princípio da fungibilidade, inclusive, apresenta-se no tópico 1.1 desta obra um exemplo em que o juiz pode substituir a tutela da urgência pela tutela da evidência.



1.6 PAGAMENTO DE CUSTAS

A despeito do que estabelece o artigo 295 do novo Código de Processo Civil³, a utilização da técnica antecipatória para a prestação de tutela provisória ao direito sempre independerá do pagamento de despesas processuais, inclusive àquela de caráter antecedente (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

No que concerne à tutela provisória de caráter antecedente, o pagamento de custas serve apenas para custear o exaurimento da cognição subsequente⁴.

Desta feita, denota-se que se as despesas processuais visam custear o provimento jurisdicional final, devido ao processo ter sido iniciado para o pleito antecedente da tutela provisória, então ocorre apenas o adiantamento do pagamento de tais despesas, inexistindo a necessidade de novo recolhimento de custas quando da interposição do pedido principal.

1.7 PROVISORIEDADE

A fim de prestar um breve esclarecimento sobre o artigo 296 do novo Código de Processo Civil⁵, somente pode-se conceder provisoriamente o que também se pode definitivamente (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Significa dizer que, não se pode conferir provisoriamente uma tutela que não se enquadra no que se pretende como tutela final.

Ademais, se determinada tutela provisória é provida pelo juízo de primeiro grau por meio de decisão interlocutória, em regra, tal decisão será mantida até que sobrevenha sentença: “à cognição exauriente subjacente à sentença substitui-se à cognição sumária que suporta a decisão provisória” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

³ “Art. 295. A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.”

⁴ Com fulcro nos artigos 303, § 3º, e 308, *caput*, do novo Código de Processo Civil.

⁵ “Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.”



Conforme preceitua o artigo 296, caput, novo Código de Processo Civil, a tutela provisória pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, sendo que tal conduta deve ser entendida como um dever ao juiz quando não existirem mais os requisitos que o levaram a conceder a medida, ensejando, obrigatoriamente, sua cassação (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Portanto, entendo que a tutela provisória possui a tendência de se transformar em uma tutela definitiva, se após o exaurimento processual restar comprovada a sua procedência, o que evidencia sua provisoriedade.

Não obstante o exposto, a provisoriedade da tutela provisória reside também no fato de o juiz poder revogar ou modificar a qualquer tempo a decisão que pugnou por sua concessão, quando não estiverem mais presentes os requisitos que justificavam sua vigência.

1.8 IDENTIDADE PARCIAL OU TOTAL

A identidade total ou parcial de que trata este tópico refere-se à relação que se estabelece entre a tutela provisória e a tutela final. Trata-se de uma relação de natureza processual: provisório e definitivo que qualificam o ato processual (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Cumprido esclarecer que, não há relação de instrumentalidade processual entre a tutela provisória e tutela definitiva, posto que a primeira é exatamente a mesma, no todo ou em parte, que a última. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Com base no exposto, entendo que em razão do legislador ter agrupado num mesmo processo a apreciação do provimento provisório e definitivo, a natureza processual de ambos é a mesma, pois objetivam por fim a mesma coisa, de acordo com o direito principal postulado.



1.9 REFERIBILIDADE DA TUTELA CAUTELAR À TUTELA SATISFATIVA

A relação entre a tutela satisfativa e tutela cautelar possui natureza material: a tutela cautelar se destina a conservar a tutela do direito para sua eventual e futura satisfação (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Podemos concluir que a tutela cautelar guarda relação com a tutela satisfativa no sentido de propiciar sua conservação.

A tutela cautelar objetiva garantir a possibilidade de futuro provimento jurisdicional, após o exaurimento processual, enquanto a tutela satisfativa objetiva antecipar o próprio efeito que a decisão exauriente proporcionaria, por esta razão, entendo que a tutela cautelar propicia a conservação da tutela satisfativa.

Inclusive, no tópico 1.2 da presente obra, realiza-se um paralelo entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa.

Tratam-se de tutelas de direito, inexistindo entre ambas relação de instrumentalidade processual.

1.10 REVOGAÇÃO, MODIFICAÇÃO E NOVO PEDIDO

Desde que haja justificativa cabível, a tutela provisória pode ser revogada ou modificada (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

A fim de corroborar com a segurança jurídica, como direito fundamental do processo justo, as decisões provisória também estão revestidas de certa estabilidade. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Assim, o novo pedido de tutela provisória submeter-se-á à mesma regra de admissibilidade, sendo que, ante o indeferimento do primeiro pedido, somente se admitirá o segundo caso o mesmo não traga elementos já ventilados anteriormente. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Em consonância com o apresentado no tópico 1.7, entendo que a tutela provisória deve ser modificada ou revogada desde que não estejam mais presentes os requisitos que ensejaram sua



concessão.

A estabilidade a que se referem os autores guarda relação com a impossibilidade de o autor ingressar com um novo pedido de tutela provisória consubstanciado na mesma situação fática que ensejou a revogação ou modificação do pedido anterior, o que se apresenta, a meu ver, adequadamente.

1.11 SUSPENSÃO

Conforme aludido no artigo 296, parágrafo único, novo Código de Processo Civil, caso não haja decisão judicial em sentido contrário, a tutela provisória conservará sua eficácia durante a suspensão do processo (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Destarte, compreendo que a tutela provisória não será afetada pela suspensão do processo sobre o qual a mesma está inserida, uma vez que esta produz seus efeitos enquanto não sofrer modificação ou revogação.

1.12 TÉCNICA EXECUTIVA: DA RIGIDEZ À MALEABILIDADE

O Código de Processo Civil de 1973 apresenta um rígido sistema de correlação entre tipos de obrigação e tipos executivos. As reformas trazidas ao novo Código de Processo Civil introduziram um sistema parcialmente maleável, possibilitando a utilização das técnicas executivas atípicas para o cumprimento das situações substanciais, consistentes em um fazer, não fazer e no direito à coisa, com base no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Devemos excetuar a Fazenda Pública desse rol de maleabilidade à execução atípica para a tutela de direitos. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Ou seja, estamos diante de uma modificação relevante no direito brasileiro, que segue a tendência do direito comparado, para que se utilize de todos os meios processuais disponíveis para a tutela dos direitos, sendo esta uma



preocupação da doutrina, que preconiza a efetividade do processo. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

A nova legislação trouxe, em seu artigo 297⁶, diversas formas de forçar a efetivação da tutela provisória concedida, sendo que anteriormente, havia limitação às tradicionais espécies de multa pecuniária e de prisão em caso de alimentos. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Posteriormente, sobreveio nova redação dada ao artigo 461, § 5º, do Código de Processo Civil de 1973, pela lei nº. 10.444, de 07 de maio de 2002, admitindo-se as medidas inominadas em lugar da tipicidade dos meios executórios. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Depreende-se do exposto a intenção do legislador em abarcar de forma mais ampla todas as possibilidades disponíveis ao juiz à efetivação da tutela provisória, o que se apresenta como um avanço processual, o que se verá mais detalhadamente no próximo tópico.

1.13 TÉCNICA EXECUTIVA PARA EFETIVAÇÃO DA TUTELA

Deve-se atentar à idoneidade do meio escolhido para promoção do fim almejado, por intermédio da utilização de medidas “adequadas” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

A fim de convergir com o princípio constitucional da liberdade⁷, a extensão do cumprimento da decisão provisória perante o demandado deve limitar-se ao necessário, de modo que, havendo mais de uma técnica considerável idônea, deve-se optar por aquela que cause menor restrição possível. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Exceção deve ser feita caso seja possível, em juízo de proporcionalidade em sentido estrito, a adoção de técnica mais restritiva, ante as evidências do caso concreto. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

⁶ “Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.”.

⁷ Nos termos do artigo 5º e seguintes incisos da Constituição Federal.



Conforme disposto nos artigos 8º e 297 do novo Código de Processo Civil, o custo da técnica executiva deve ser proporcional, face à tutela do direito, sendo que o juiz dispõe das técnicas processuais destinadas ao cumprimento da sentença, para que possa realizar tal definição (artigo 297, parágrafo único, novo Código de Processo Civil). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Para tanto, é imprescindível a observações aos dois requisitos, a saber: a) se a técnica antecipatória em questão estiver baseada na urgência, visando à obtenção de uma tutela ressarcitória, a técnica expropriatória prevista para tanto se torna inadequada, ao passo que a urgência é incompatível com o rito expropriatório; e b) as normas processuais relacionadas ao cumprimento de sentença serão aplicáveis no que couber. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

O juiz deve limitar-se ao sistema jurídico e, caso não se trate de direito socialmente relevante, ao pedido formulado por quem pleiteou a medida, para efetivação da tutela provisória. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Ou seja, embora o novo Código de Processo Civil confira mais liberdade ao magistrado à efetivação da tutela, o mesmo deve observar os princípios constitucionais, bem como aqueles norteadores do direito, preconizando principalmente pela razoabilidade e proporcionalidade, a fim de que o demandado não sofra uma restrição que o leve, por exemplo, a mesma condição do autor, ensejando que este também recorra ao judiciário para reestabelecer sua situação jurídica.

1.14 FUNDAMENTAÇÃO

A decisão que concede, nega, modifica ou revoga a tutela provisória deve estar acompanhada da correspondente fundamentação⁸ (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

O juiz deve enfrentar os fundamentos arguidos pelas partes, para formar seu convencimento com clareza e precisão, pugnando pelo acolhimento ou não do

⁸ Com fulcro no artigo 298 do novo Código de Processo Civil, que aduz: “Art. 298. Na decisão que conceder,



negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

requerimento, em atendimento ao princípio constitucional do contraditório e ampla defesa⁹. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

O juiz deve atentar-se para não incorrer nos defeitos de fundamentação, elencados no artigo 489, § 1º do novo Código de Processo Civil. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Segundo entendimento de Humberto Theodoro Júnior, em razão de não tratar-se de uma discricionariedade conferida ao juiz, a lei exige fundamentação clara e precisa, devido a sumariedade da instrução que inverte a sequência lógica entre os atos de debate, acertamento e decisão. (THEODORO JÚNIOR, 2015).

Ademais, encontra-se aludido no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal o princípio da fundamentação das decisões, consistente na necessidade de os processos estarem firmados em bases legais e sociais.

A fundamentação permite compreender o raciocínio percorrido pelo magistrado para se chegar a determinada conclusão.

Neste sentido, conforme previsão de nossa própria Carta Magna, a fundamentação das decisões é essencial, principalmente devido a cognição sumária pertinente a tutela provisória, o que justifica com maior relevância a necessidade de uma fundamentação clara.

1.15 COMPETÊNCIA

Em regra, a tutela provisória será requerida, tanto na forma antecedente, como incidental, ao juiz competente para a concessão de tutela definitiva. Tal regra se aplica inclusive às hipóteses previstas no parágrafo único do artigo 299, do novo Código de Processo Civil¹⁰ (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Em sede de recurso, salvo nos casos em que houver disposição especial, a competência para provimento de tutela provisória é do tribunal

⁹ Artigos 93, IX, Constituição Federal, e 7º, 9º 10, 298 e 489, § 1º, IV, do novo Código de Processo Civil.



¹⁰ “Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal. Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.”.

competente para examinar o mérito do recurso (artigo 299, parágrafo único, do novo Código de Processo Civil). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Com base no exposto, o novo Código de Processo Civil confronta as Súmulas 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal¹¹, que já eram alvo de crítica por parte da doutrina. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Com isto, ainda que o recurso esteja pendente de juízo de admissibilidade pelo tribunal de origem, a competência para o provimento de tutela provisória no recurso extraordinário ou no recurso especial é, respectivamente, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Ademais, a outorga de efeito suspensivo para ambos (recurso extraordinário ou especial) permanece sendo hipótese de tutela provisória, uma vez que se objetiva suspender a eficácia da decisão do tribunal de origem como um dos possíveis efeitos do provimento do recurso. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Como exceção, insta salientar a hipótese em que há recurso repetitivo afetado no Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, neste caso, a tutela provisória deve ser requerida para o presidente do tribunal de origem (artigo 1.029, § 5º, III, do novo Código de Processo Civil). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

O artigo 299 do novo Código de Processo Civil, que trata da competência do juízo à apreciação do pedido de tutela provisória, veio resolver as lacunas que apresentava o dispositivo legal anterior, nos termos do artigo 800, do Código de Processo Civil de 1973, pois este último deixava margem para dúvida sobre quem seria competente para receber, processar e julgar medida cautelar incidental que tenha sido interposta após o juízo já ter proferido sentença sobre o processo cautelar, sendo que a redação anterior dizia “interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Contudo, pelo fato do recurso cabível à época ser o de apelação, cuja interposição e parte do seu processamento se realizava em primeiro grau, até a

¹¹ Súmula 634: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a



recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.” E Súmula 635: “Cabe ao presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário, ainda que pendente do seu juízo de admissibilidade.”.

subida dos autos, apesar de a competência para conhecer a medida ser do tribunal, a problemática reside no fato dos autos permanecerem em primeiro grau, situação esta que se resolvia com a interposição direta ao tribunal contendo cópia completa do processo que tramitava em primeiro grau. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Neste sentido, o novo Código de Processo Civil não deixa margem para dúvidas, pelas razões que serão aduzidas.

Nos termos da primeira parte do artigo 299, novo Código de Processo Civil, a tutela provisória incidental, interposta quando o processo principal já está tramitando, será pleiteada perante o juiz da causa que já está em andamento. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Conforme preceitua a segunda parte do artigo 299, novo Código de Processo Civil, no caso do processo principal ainda não ter sido instaurado, o juiz competente será aquele competente para conhecer do pedido principal. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Já no tocante às causas de competência originária e nos recursos, o pedido de tutela provisória deve ser postulado perante o órgão competente para conhecer o mérito da causa ou do recurso (consoante disposição do artigo 299, parágrafo único, novo Código de Processo Civil), e com isto, resolve-se o problema enfrentado anteriormente no que concerne à tramitação do feito em primeiro grau, bem como da interposição do pedido incidente em segundo grau, em razão da nova legislação estabelecer o recurso de agravo de instrumento para todos os casos que envolvam a tutela provisória. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Ou seja, em linhas gerais, deve-se ter em mente que o pedido de tutela provisória deve ser realizado perante o juízo que apreciará o pedido principal.

2. TUTELA DE URGÊNCIA

A tutela de urgência trata-se de gênero, que contempla as espécies: tutela antecipada (satisfativa) e a tutela cautelar (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Ademais, tanto a tutela antecipada quanto a tutela cautelar podem ser concedidas de forma antecedente ou incidental. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Nas palavras dos autores Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de



Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, *in verbis*:

A tutela provisória é urgente quando há perigo iminente de perda ou de lesão ao direito que a parte declara ter, o que implica na necessidade da obtenção de uma proteção jurisdicional rápida. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015, p. 631).

Com base no exposto, a tutela da urgência reside na inviabilidade de se aguardar o exaurimento processual à concessão da mesma, em razão de a demora poder acarretar a própria perda do objeto do pedido principal, conforme já exemplificado na introdução desta obra.

2.1 ATIPICIDADE

O pedido de tutela de urgência não se restringe apenas a determinadas situações substanciais, mas possui caráter mais abrangente, capaz que abarcar da forma mais completa possível tais situações carentes de proteção (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Desta forma, podemos estabelecer que a legislação não tipifica situações específicas que caracterizam a tutela da urgência, sendo que sua aplicação dependerá da análise da probabilidade do direito, bem como do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

2.2 PROBABILIDADE DO DIREITO

Com base no atual Código de Processo Civil, para o pleito do provimento jurisdicional da tutela provisória era imprescindível demonstração da existência de “prova inequívoca”, suficiente para formar o convencimento do juiz a respeito da “verossimilhança da alegação”, expressões que sempre suscitaram amplo debate doutrinário. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Em sentido contrário, o legislador optou por incluir no novo Código de Processo Civil o conceito de probabilidade lógica¹², possibilitando assim que o juiz conceda tutelas provisórias com base em cognição sumária, ou seja, ouvindo apenas uma das partes, ou baseado em demonstrativos probatórios incompletos (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Contudo, deve-se levar em consideração que, no tocante às espécies de tutela de urgência, a



probabilidade exigível à concessão de tutela antecipada é superior em relação à tutela cautelar. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Isto porque à tutela de urgência antecipada, o juiz deve realizar cognição sumária, que o leve ao convencimento de que tal tutela “deve ser” concedida, ao passo que à tutela de urgência cautelar, o conhecimento que o juiz tiver a respeito do tema deve levá-lo ao entendimento de que a mesma “pode ser” concedida. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

A proporcionalidade que se apresenta acima está revestida, a meu ver, de plena adequação.

Devido a tutela antecipada ter o condão de antecipar o resultado material, que se obteria quando do exaurimento do processo, em razão de sua própria natureza, é cediço que o juiz necessita de elementos mais substanciais para formar o seu convencimento, pugnando ou não pela concessão da mesma.

No que concerne à tutela cautelar, em virtude da mesma subsistir apenas para o fim de garantir o próprio provimento jurisdicional material, resta clarividente que o juiz necessita sim de dados que demonstrem sua necessidade, no

¹² Probabilidade lógica é aquela que nasce tanto da confrontação das alegações, como dos elementos disponíveis nos autos, para que o juiz se convença de que o direito é provável, para então conceder a tutela provisória.

entanto, justamente por não antecipar o resultado que se busca ao final do processo, tais dados ensejam uma cognição superficial.

2.3 PERIGO NA DEMORA

Para a caracterização da urgência, o legislador menciona no novo Código de Processo Civil “perigo de dano” (provavelmente referindo-se à tutela antecipada) e “risco ao resultado útil do processo” (provavelmente referindo-se à tutela cautelar), conforme aludido no artigo 300, do novo Código de Processo Civil¹³. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

¹² Probabilidade lógica é aquela que nasce tanto da confrontação das alegações, como dos elementos disponíveis nos autos, para que o juiz se convença de que o direito é provável, para então conceder a tutela provisória.



Com fulcro no entendimento dos autores acima, o legislador se expressou mal nas duas caracterizações, pois não só diante do dano é que o direito merece tutela.

A despeito disso, o próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 497, parágrafo único¹⁴ e estabelece sua preocupação somente contra o ilícito, razão pela qual, falar somente em perigo de dano diverge do conceito de urgência, que é mais amplo. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Destarte, poderia o legislador se valer do perigo na demora (*periculum in mora*), que caracterizaria melhor a urgência (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Cumprir mencionar ainda que o “perigo de dano” não se apresenta da mesma forma para a tutela antecipada e tutela cautelar, tal como ocorre quando da análise da probabilidade do direito.

Desta feita, a tutela antecipada exige a demonstração da perda ou lesão do próprio direito material que a demora à sua concessão poderia ocasionar, ao passo que a tutela cautelar enseja a demonstração do perigo à frustração do resultado útil do processo. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Prefiro considerar o “perigo de dano” de forma mais abrangente, corroborando com o entendimento apresentado de que o “perigo na demora” demonstra a urgência em questão de forma mais adequada.

¹³ “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. § 1º. Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. § 2º. A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia. § 3º. A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”

¹⁴ “Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único. Para a concessão de tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.”



2.4 CAUÇÃO

Em virtude da concessão de tutela fundada em cognição sumária implicar em assunção de riscos, o legislador possibilitou ao juiz a exigência de caução para a prestação de tutela provisória, que deve obedecer às particularidades do caso, consoante o artigo 300, §1º, novo Código de Processo Civil. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Desta feita, sendo o direito muito provável, o juiz não deve exigir caução, ao passo que à parte economicamente hipossuficiente, o juiz não pode exigir caução. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Neste quesito, entendo que a exigibilidade de caução apresenta-se de forma razoável e proporcional.

2.5 MOMENTO

Em suma, a tutela provisória é cabível em qualquer momento do procedimento, enquanto não houver decisão definitiva ao processo. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Nada obstante o exposto, a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente, ou seja, no início do processo e sem a citação da parte contrária, quando esta for capaz de frustrar a efetividade da tutela sumária, sendo que o momento do contraditório será apenas protelado. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Ou afastando-se a hipótese acima, o juiz pode concedê-la depois da oitiva do demandado em justificção prévia, na audiência de conciliação ou de mediação, depois de sua realização ou ainda depois da contestação. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

A tutela de urgência pode ser concedida em sentença e ainda nos recursos¹⁵. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Neste sentido, é cediço que enquanto o processo estiver em curso, é cabível a interposição da tutela de urgência.



2.6 IRREVERSIBILIDADE

A vedação em que consiste o artigo 300, § 3º do novo Código de Processo Civil revela-se como um contrassenso, no tocante à lógica do provável que preside a tutela provisória. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

A técnica antecipatória visa combater o perigo na demora que possa produzir um ato ilícito ou um fato danoso ao direito provável, que talvez seja irreparável. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Sob esta ótica, não há que se repelir a concessão desta tutela com fundamento de que a mesma poderia ensejar prejuízo irreversível ao réu, pois isto significaria dizer que o direito provável sempre deve ser sacrificado diante de prejuízo irreversível ao direito improvável. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Já Humberto Theodoro Júnior aduz que a reversibilidade deve restringir-se ao processo em que a antecipação ocorre, partindo do entendimento de que, se para o réu restaurar a situação em que se encontrava antes de sofrer o efeito da decisão (que pugnou pela tutela de urgência em favor autor), tiver que recorrer à problemática e complexa ação de indenização por perdas e danos, a hipótese será de descabimento da tutela de urgência. (THEODORO JÚNIOR, 2015).

Parece-me razoável o entendimento de Humberto Theodoro Júnior, pois embora o autor esteja diante de um perigo na demora que ameace seu direito, o fato do mesmo ter seu direito assegurado em detrimento do direito do réu, a ponto de sujeitá-lo a dano irreparável ou de difícil reparação, suscitará um retrocesso, do ponto de vista constitucional, em relação ao princípio da economia processual.

2.7 TUTELA CAUTELAR

Nos termos do artigo 301 do novo Código de Processo Civil¹⁶, toda e qualquer tutela idônea à conservação do direito pode ser requerida pela parte a título de tutela cautelar. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

¹⁵ “Artigos 932, II, 1.012, § 3º, 1.019, I, e 1.029, §5º, novo Código de Processo Civil.”



O legislador, quando mencionou a possibilidade da tutela cautelar efetivar-se mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens e ao registro de protesto contra alienação de bens, apenas exemplificou providências que podem ser observadas pelas partes. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

O direito brasileiro permite ainda a obtenção da tutela cautelar atipicamente, em consonância com o poder geral de cautela do juiz. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

As medidas retro elencadas não foram repetidas no novo Código de Processo Civil por se submeterem ao regime comum de qualquer medida cautelar: probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e perigo na demora (*periculum in mora*). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Podemos afirmar que tais medidas tiveram seus respectivos significados incorporados pelo novo Código de Processo Civil, assim como eram compreendidas através da legislação anterior.

2.8 RESPONSABILIDADE PELO DANO ORIUNDO DA TUTELA DE URGÊNCIA

Neste ponto, o novo Código de Processo Civil repete a disciplina do direito anterior, no que tange à responsabilidade objetiva. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Contudo, cumpre distinguir as hipóteses do artigo 302, do novo Código de Processo Civil¹⁷. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

As hipóteses dos incisos II e III do artigo 302 do novo Código de Processo Civil podem caracterizar responsabilidade civil objetiva. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Todavia, nas hipóteses dos incisos I e IV, a responsabilidade há de ser subjetiva, pelas razões que serão aduzidas. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Se a cognição sumária consistiu no provimento da tutela provisória, por ser esta necessária e devida ao caso concreto, o fato de considerá-la posteriormente indevida, atribuindo à parte responsabilidade objetiva pela sua fruição, significa ignorar a existência da decisão que anteriormente a concedeu (efeito *ex tunc*). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

¹⁶ “Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.”



Cabe esclarecer que o juiz pode considerar inexistente o direito reconhecido como provável anteriormente, entretanto, não pode apagar a existência do juízo sumário. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Seguindo esta linha, seria mais prudente atribuir responsabilidade civil após análise de prova de culpa ou dolo. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Há, sobretudo, responsabilidade objetiva diante da sentença de improcedência desde que a tutela provisória tenha sido obtida com violação à ordem jurídica, como através de prova falsa, por exemplo. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Em sentido contrário, ensina a respeito, Humberto Theodoro Júnior, *in verbis*:



Para a fixação da responsabilidade civil do promovente da medida cautelar, não importa saber se agiu ele com fraude, malícia, dolo ou culpa strictu sensu. A tutela cautelar, por sua excepcionalidade e pela sumariedade que é concedida, exige que seu exercício se dê, de regra, a risco e perigo do autor. Nem há de se falar em presunção de culpa para justificar esse dever de indenizar. O que se dá é, puramente, um caso de responsabilidade objetiva, à qual o elemento culpa é de todo estranho ou dispensável. (2008 apud OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015, p. 638).

Neste particular, concordo com o entendimento de Humberto Theodoro Júnior ao estabelecer que a responsabilidade civil, de que trata o artigo 302 do novo Código de Processo Civil, é objetiva, pois, se estamos tratando de uma tutela cautelar fundada na urgência, cuja cognição realizou-se sumariamente, e ainda, considerando-se sua acessoriedade em relação ao direito material, se o juiz formou seu convencimento de que o direito material não deve prosperar, é pertinente que o réu possa restabelecer sua situação jurídica afetada pela decisão que concedeu a tutela de urgência.

2.9 LIQUIDAÇÃO

No tocante à liquidação, aludida no parágrafo único do artigo 302 do novo Código de Processo Civil, se nos próprios autos em que a medida tiver sido concedida for possível, a indenização será liquidada nos mesmos autos. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Ante o valor apurado, à fase de liquidação segue-se a fase de cumprimento de sentença. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Através do exposto, compreendo que o autor se responsabilizará pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à outra parte caso incorra em algumas das hipóteses elencadas nos incisos do artigo 302.

¹⁷ “Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: I – a sentença lhe for desfavorável; II – obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; IV – o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.”.



E considerando-se a situação acima, surgindo o dever de indenização, a mesma será liquidada nos mesmos autos em que a própria tutela da urgência foi concedida, a depender da possibilidade.

2.10 PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

2.10.1 Autonomização da Antecipação de Tutela

Nos termos do artigo 303 do novo Código de Processo Civil¹⁸, desde que haja manifestação expressa do autor na petição inicial, fundada na urgência contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode restringir-se apenas ao requerimento da tutela antecipada, contendo a indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, valor da causa como um todo e do perigo na demora. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Nesta hipótese, caso a medida liminar seja concedida, proceder-se-á de acordo com o § 1º, com o aditamento da petição simplificada e seguirá o procedimento especial de jurisdição contenciosa, previsto nos artigos 303 e 304 do novo Código de Processo Civil. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

¹⁸ “Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. § 1º. Concedida a tutela antecipada a que se refere o *caput* deste artigo: I – o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar; II – o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do artigo 334; III – não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do artigo 335. § 2º. Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito. § 3º. O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais. § 4º. Na petição inicial a que se refere o *caput* deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final. § 5º. O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no *caput* deste artigo. § 6º. Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.”



Neste sentido, a autonomização de que trata este tópico se refere à possibilidade de a parte postular isoladamente, e de forma simplificada, a tutela de urgência.

2.10.2 Urgência Contemporânea

A qualificação de urgência, conforme preceitua o *caput* do artigo 303 do novo Código de Processo Civil, embora possa sugerir uma restrição ao uso da tutela antecipada em caráter antecedente, pelo contrário, demonstra o incentivo do legislador em estabilizar o processo, permitindo ao autor sumariá-lo formal e materialmente. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Em outras palavras, o caso concreto pode apresentar tamanha urgência que impossibilite a elaboração da petição inicial que siga a regra dos artigos 319 e 320 do novo Código de Processo Civil, referente ao procedimento comum, razão pela qual a nova legislação se demonstra maleável e adequada à situação empírica.

2.10.3 Tutela Satisfativa de Urgência

Cabe esclarecer que a tutela provisória satisfativa fundada na urgência pode ser autonomizada e estabilizada, ao passo que a tutela cautelar pode apenas ser autonomizada. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Já a tutela da evidência não pode ser autonomizada, nem estabilizada. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Concordo com o entendimento acima, pois, a tutela satisfativa guarda relação com a tutela definitiva e, uma vez que a tutela de urgência pode ser autonomizada, pelas razões já demonstradas no tópico 2.10.1, a mesma pode ser estabilizada, conforme alusão no artigo 304, novo Código de Processo Civil.

Já a tutela cautelar pode apenas ser autonomizada, não podendo ser estabilizada, por não guardar relação com a tutela definitiva, uma vez que visa



assegurar a possibilidade do provimento jurisdicional, após o exaurimento processual.

No tocante à tutela da evidência, a mesma não pode ser autonomizada, pois, deve seguir obrigatoriamente o procedimento comum, bem como não pode ser estabilizada, porque o condão da estabilização é justamente tornar a tutela antecipada estável, pugnando pela extinção sem resolução do mérito¹⁹, sendo que a tutela da evidência não segue o procedimento especial, não há que se falar em estabilização da mesma.

2.10.4 Procedimento

Quando da concessão da tutela antecipada na forma antecedente, incumbe ao autor o ônus de aditar a petição inicial com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em quinze dias ou em prazo diverso que o juiz fixar (artigo 303, § 1º, I, novo Código de Processo Civil). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Não haverá custas processuais e o aditamento se dará nos mesmos autos (artigo 303, § 3º, novo Código de Processo Civil). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Caso não seja realizado o aditamento, o processo será extinto sem resolução do mérito (artigo 303, § 2º, novo Código de Processo Civil). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Nos termos do artigo 334, do novo Código de Processo Civil, uma vez efetuado o aditamento, o réu será citado para a audiência de conciliação ou de mediação. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Se não houver autocomposição, o prazo para contestação começará a fluir, consoante o artigo 335, novo Código de Processo Civil. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Na hipótese de não ser concedida a tutela antecipada, será determinado pelo órgão jurisdicional o aditamento da petição inicial no prazo de cinco dias e, no caso de não cumprimento desta diligência, a petição inicial será indeferida e o

¹⁹ Conforme artigo 304, § 1º, c.c. 485, X, novo Código de Processo Civil.



processo extinto sem resolução do mérito (artigo 303, § 6º, novo Código de Processo Civil). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Apesar do que estabelece o legislador, referente ao artigo 321 do novo Código de Processo Civil, não há que se falar em emenda, trata-se de aditamento da petição inicial, para o desenvolvimento regular do processo. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Há entendimento em sentido contrário, de que as expressões emenda e aditamento foram empregadas de forma precisa. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Preceituam os autores Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, *in verbis*:

Portanto, quando o pedido de tutela antecipada é liminarmente acolhido, cabe ao autor apenas completar o conteúdo da petição simplificada para preencher os requisitos da petição inicial (§1º). Mas se o magistrado entender que não existem elementos de convicção suficientes para a concessão da medida, então o autor deverá emendar a inicial, corrigindo a estrutura da petição inicial e, conseqüentemente, seguindo o rito comum ao invés do rito diferenciado que permite a estabilização da tutela antecipada. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015, p. 643).

Prefiro considerar as palavras aditamento e emenda, tais como foram incorporadas ao texto legal, posto que a primeira trata-se do ato de acrescentar, de juntar elementos ao processo, ao passo que última enseja correção do que tenha sido feito incorretamente.



2.10.5 Estabilização da Antecipação de Tutela

Consoante o artigo 304, novo Código de Processo Civil²⁰, o que interessa à antecipação de tutela obtida de forma antecedente é a sua estabilização. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Com a concessão da antecipação de tutela, advém o aditamento da petição inicial pelo autor e não há manifestação do demandado no tocante ao exaurimento da cognição. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Os efeitos da antecipação de tutela são estabilizados indefinidamente no tempo, visando o emprego do contraditório eventual. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

A antecipação de tutela pode ser estabilizada desde que o autor declare expressamente sua opção pelo procedimento especial em sua petição simplificada (artigo 303, § 5º, novo Código de Processo Civil) e que o réu não interponha agravo de instrumento (artigo 304, *caput*, novo Código de Processo Civil). (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Estando presentes os requisitos acima, o juiz deverá extinguir o processo sem resolução de mérito (artigo 304, § 1º, c.c. 485, X, novo Código de Processo Civil) mediante sentença, nos termos do artigo 316, novo Código de Processo Civil. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Embora o juiz prolate sentença, tal decisão não permite apelação, em razão da opção do autor, bem como em razão da inércia do réu, que gerou a preclusão lógica à utilização deste recurso. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Considera-se o prazo decadencial de dois anos contados da ciência da decisão que extinguiu o processo para interposição de ação autônoma a fim de

²⁰ “Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto e respectivo recurso. § 1º. No caso previsto no *caput*, o processo será extinto. § 2º. Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, nos termos do *caput*. § 3º. A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito, proferida na ação de que trata o § 2º. § 4º. Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida. § 5º. O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º. § 6º. 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.”



promover a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada já estabilizada, com arrimo no artigo 304, §§ 2º ao 5º, novo Código de Processo Civil. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

A hipótese de estabilização da tutela antecedente trata-se de uma inovação do novo Código de Processo Civil benéfica, a meu ver, em razão de consistir na possibilidade das partes (autor e réu) não continuarem o processo, pois o mesmo, por vezes, acaba sendo um fardo quando as partes não têm mais o interesse processual.

2.10.6 Ônus de Recorrer

Para evitar a estabilização da antecipação de tutela, o réu pode lançar mão do agravo de instrumento (artigo 304, *caput*, novo Código de Processo Civil). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Uma vez não interposto o agravo, a decisão se estabiliza e o processo deve ser extinto com resolução de mérito. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Se o réu não interpõe agravo de instrumento, contudo, no mesmo prazo, oferece contestação, ou manifesta-se pugnando pela audiência de conciliação ou de mediação, tais condutas devem ser entendidas no sentido de, inclusive, evitar a estabilização dos efeitos da tutela, assim como o agravo de instrumento o serve. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Isto, pois, deve-se levar em consideração o princípio da economia processual, devido a não interposição do agravo de instrumento, bem como a vontade inequívoca do réu exaurir o debate com o prosseguimento do processo. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Corroborando com o tópico anterior, que consiste na declaração expressa do autor em realizar o procedimento especial, face à inércia do réu, neste particular, a própria inércia do réu é o que acarretará o início da contagem de dois anos à “formação da coisa julgada”, daí a razão de tratar-se de um ônus do réu a interposição do recurso cabível.



2.10.7 Ação Exauriente

Diante da ausência de manifestação por parte do réu para exaurimento da cognição, qualquer das partes poderá propor a ação competente, no prazo de dois anos (artigo 304, § 5º, novo Código de Processo Civil), para o aprofundamento do debate iniciado com a ação antecipada antecedente (artigo 304, § 2º, novo Código de Processo Civil). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Cumpra esclarecer que o processo oriundo da ação exauriente não acarreta, por si só, inversão do ônus da prova, de tal modo que compete ao autor da ação antecedente, que passa a ser réu na ação exauriente, a prova do fato constitutivo do direito. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Ao passo que, ao réu na ação antecedente, que figura como autor na ação exauriente, incumbe a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Embora o entendimento acima apresente a possibilidade de qualquer das partes propor a ação competente no referido prazo, acho prudente salientar que a ação exauriente subsistirá, principalmente, quando houver manifestação do réu em recurso, demonstrando seu interesse em debater o direito postulado pelo autor.

Meu entendimento reside no fato de o autor já ter, em tese, satisfeito o seu objetivo, por meio da concessão de tutela antecedente satisfativa a seu favor.

Nesta seara, pode até ser que o autor deseje o aprofundamento do debate, entretanto, me parece mais comum haver interesse do réu em inverter a situação que lhe fora desfavorável.

2.10.8 Petição Inicial da Ação Antecedente

A propositura da ação exauriente acarreta a necessidade de desarquivamento da petição inicial da ação antecedente, para a devida instrução. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Inobstante o artigo 304, § 4º, novo Código de Processo Civil apresente o desarquivamento da



petição inicial da ação antecedente como uma faculdade à parte, a mesma é fundamental, além da decisão anterior, para instrução do processo, de modo que seja possível delimitar o debate e a eficácia da decisão anterior. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Em se tratando de continuação, o juízo que conheceu da ação antecipada se torna prevento para conhecimento da ação final (artigo 304, § 4º, novo Código de Processo Civil). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

É facultado ao autor, à interposição da ação antecedente, valer-se da petição inicial que segue a regra geral do procedimento comum (artigos 319 e 320, novo Código de Processo Civil), ou da petição inicial simplificada (artigo 303, novo Código de Processo Civil), para posteriormente, adequá-la à regra geral. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Desta feita, é de suma importância que se evidencie a diferença entre a opção do autor pelo procedimento comum e o procedimento especial, posto que optando pelo último, restará clara a intenção em estabilizar a tutela antecedente satisfativa.

2.10.9 Eficácia da Decisão

O legislador estabelece expressamente, nos termos do artigo 304, § 6º, novo Código de Processo Civil, que a decisão que concede a tutela antecipada não fará coisa julgada, contudo, que será apenas estável, sendo que seus efeitos não poderão ser afastados de forma alguma se, decorridos dois anos, não for proposta a ação de exaurimento da cognição. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Desta feita, percebemos uma lacuna sobre como qualificar a força da estabilidade em tela, após dois anos, sem que tenha havido a ação exauriente.

Destarte, resta clarividente que, embora o legislador não tenha mencionado nestes termos, no caso de não haver a propositura da ação exauriente no prazo legal, a estabilidade torna-se imutável e indiscutível²¹.

²¹ “Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.”.



2.10.10 Inconstitucionalidade da Previsão da Coisa Julgada

Desde que observado o direito processual justo, conforme preceitua o artigo 5º, LIV, Constituição Federal²², é permitido ao legislador infraconstitucional criar alternativas ao procedimento comum. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Entretanto, o que gera dúvida é a legitimidade constitucional em se equiparar efeitos do procedimento comum, com efeitos do procedimento sumário. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

A eficácia da decisão vista no tópico anterior impede que se tenha como constitucional a formação da coisa julgada, caso tenha decorrido o prazo legal sem o exaurimento da cognição. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Passados dois anos da ação antecedente, continua sendo possível o exaurimento da cognição, considerando-se os prazos previstos ao direito material para a estabilização das situações jurídicas que gravitam sobre as partes. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Mormente, há entendimento em sentido contrário, que assevera o dever da parte de observar o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela estabilizada no prazo de dois anos. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

E sendo que a lei permite a interposição de ação autônoma para as condutas retro elencadas, se o objeto desta ação for exatamente este direito, o que se está a derrubar é o próprio mérito e não o exercício do direito de ação, razão pela qual se considera este prazo decadencial. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Desde que o réu seja devidamente cientificado de forma válida, não vejo afronta à Constituição Federal consistente no princípio constitucional do contraditório e ampla defesa, uma vez que para a obtenção de segurança jurídica, a lei necessita determinar prazos para a parte postular os pedidos, sejam decadenciais ou prescricionais e, sendo o réu cientificado, sua inércia acarreta aceitação da situação

fática sobre a qual teve limitado ou restringido seu patrimônio, por exemplo.

²² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”.



2.11 PROCEDIMENTO DA TUTELA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

2.11.1 Tutela Cautelar Preparatória

A tutela cautelar preparatória, sempre que necessária, poderá ser requerida de forma antecedente, ou seja, por meio de ação cautelar autônoma. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Ademais, admite-se qualquer espécie de providência cautelar diante do direito ameaçado de dano irreparável ou de difícil reparação. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Em razão de a tutela cautelar ser referível à tutela satisfativa, não há como se estabilizar seus efeitos, de tal modo que, uma vez que se alcança a tutela satisfativa, a tutela cautelar perde a razão de sua subsistência. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Corolário, a tutela cautelar preparatória deve objetivar a tutela satisfativa, sob pena de ineficácia da tutela cautelar, bem como de extinção do processo sem resolução do mérito (artigo 309, I, novo Código de Processo Civil). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Ou seja, a tutela cautelar visa assegurar a integridade de coisas ou pessoas para que seja possível futuro provimento jurisdicional, acerca de decisão favorável ao autor, após o esaurimento processual.

Isto porque o perigo de dano, que prefiro denominar “perigo na demora”, poderia acarretar, ao final do processo, a impossibilidade da satisfação da decisão judicial.

2.11.2 Petição Inicial

Constará da petição inicial a indicação à tutela cautelar, o seu fundamento, a exposição sumária do direito que objetiva assegurar, bem como o



dano irreparável ou de difícil reparação que a ação cautelar procura evitar. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

É permitido ao autor formular o pedido de tutela satisfativa que refere-se ao pedido de tutela cautelar (artigo 308, § 1º, novo Código de Processo Civil²³). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Caso o autor tenha postulado pedido de tutela satisfativa ao invés de tutela cautelar, com arrimo no princípio da fungibilidade, o mesmo será conhecido pelo juiz como tutela satisfativa e, seguindo os ditames do artigo 303 do novo Código de Processo Civil, indagará à parte se pretende a estabilização dos efeitos da tutela, se esta eventualmente for concedida (analogamente, artigo 303, § 5º, novo Código de Processo Civil). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Observar-se-á a indicação do artigo 305, novo Código de Processo Civil para a distribuição da petição inicial que, além de preencher os requisitos do artigo

319, novo Código de Processo Civil, deverá ainda, preencher os requisitos do próprio artigo 305, já demonstrados inicialmente neste tópico. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Desta forma, a petição inicial deve conter os elementos que levem o magistrado a formar o seu convencimento, sumariamente, pugnando ou não pela tutela cautelar.

2.11.3 Liminar Cautelar

A tutela cautelar pode ser requerida pelo autor liminarmente, com fulcro no artigo 300, § 2º, novo Código de Processo Civil, sendo, neste caso, uma antecipação de tutela cautelar. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

A mesma poderá ser concedida pelo juiz *inaudita altera parte*²⁴ ou após justificação prévia, sendo que da decisão correspondente, caberá agravo de instrumento, consoante artigo 1.015, I, novo Código de Processo Civil. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

²³ “Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o *caput* tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.”

²⁴ Que significa dizer: no início do processo e sem a citação da parte contrária.



Me parece adequado a legislação permitir a concessão de liminar cautelar no início do processo e sem a citação da parte contrária, pois, em certos casos, a ciência do réu frustraria o objetivo da própria medida cautelar, suscitando não mais uma situação de perigo a ser combatida, mas sim, um dano a ser composto.

2.11.4 Contestação

Conforme preceitua o artigo 306, do novo Código de Processo Civil²⁵, é conferido ao réu o prazo de cinco dias para oferecimento de contestação, devendo este manifestar-se sobre o direito à tutela cautelar. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Em outros termos, significa dizer que o réu terá de demonstrar se está presente a probabilidade do direito que se pretende proteger (*fumus boni iuris*), bem como se há o perigo de dano (*periculum in mora*). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Urge destacar que as provas requeridas na ação cautelar antecedente devem corresponder ao direito à tutela cautelar, a fim de que não haja confusão com as provas que se pretende produzir para a demonstração do direito à tutela satisfativa. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Cumpra esclarecer que, embora o legislador mencione o termo “contestar” e não o termo “resposta”, não houve impropriedade do legislador, pelo contrário, o mesmo quis estabelecer que não cabe reconvenção no caso de tutela cautelar antecedente, ainda que a tutela cautelar possa ser requerida também após o pedido principal. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

A impossibilidade acima se deve ao fato da tese que fundamenta o pedido de tutela cautelar não ser plausível para ambos, autor e réu, bem como pelo fato da reconvenção, neste particular, contrariar o princípio constitucional da celeridade processual. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

²⁵ “Art. 306. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar provas que pretende produzir.”.



Neste sentido, deve o réu demonstrar, em sede de contestação, por quais motivos deve a tese do autor ser afastada, a fim de que o juiz entenda que não há situação de perigo a ser assegurada.

2.11.5 Revelia

Se não houver contestação sobre o pedido do autor, os fatos alegados por este presumir-se-ão verdadeiros, competindo ao juiz à decisão no prazo de cinco dias, conforme artigo 307, novo Código de Processo Civil²⁶. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Entretanto, em se tratando de ação cautelar antecedente, é mister esclarecermos que a revelia, de que trata o artigo em comento, somente ensejará a presunção da probabilidade do direito postulado pelo autor nos limites da cognição cautelar. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Entendo pelo exposto acima que, a revelia que se opera sobre a tutela cautelar não ensejará a presunção de que o pedido do autor, em sede de pedido principal, também seja verdadeiro.

Neste caso, o pedido principal será normalmente postulado sob o procedimento comum, incumbindo ao autor realizar as provas que constituem seu direito.

2.11.6 Procedimento Comum

De acordo com o artigo 307, parágrafo único, novo Código de Processo Civil, havendo contestação no prazo legal, será observado o procedimento comum, para o prosseguimento regular do processo. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

²⁶ “Art. 307. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias. Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.”



Isto ocorre porque o réu, ao contestar, demonstra seu interesse no aprofundamento do debate sobre a tutela cautelar requerida pelo autor.

Ademais, importante destacar que, no tocante à tutela cautelar, não há procedimento especial, pois este objetiva a estabilização dos efeitos da tutela satisfativa e conforme já visto nesta obra, através do tópico 2.10.3, a tutela cautelar não está sujeita à estabilização.

2.11.7 Referibilidade

Em razão da referibilidade entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa, o legislador estabelece o prazo de trinta dias para a propositura da ação objetivando a tutela satisfativa (artigo 308, novo Código de Processo Civil²⁷).

Isto decorre do fato de que seria incompatível com a nossa Carta Magna possibilitar a permanência da concessão de tutela cautelar de forma indefinida no tempo, sem que o autor tivesse o ônus de apresentar o pedido correspondente a tutela satisfativa. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Assim como a legislação anterior, o novo Código de Processo Civil nada dispõe acerca do prazo de fluência para a propositura da ação, que almeja a tutela satisfativa, diante do indeferimento da tutela cautelar requerida liminarmente, não havendo nada a ser realizado neste caso. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

O mesmo vale para casos em que a tutela cautelar não é requerida liminarmente, pois nesta hipótese, o prazo será contado a partir da sentença que acolher o pedido de tutela conservativa, sendo que o prazo para a propositura da ação, visando à tutela satisfativa, será de trinta dias da efetivação da tutela cautelar.

(MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

²⁷ “Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido da tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais. § 1º. O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar. § 2º. A causa de pedir poderá ser aditada no momento da formulação do pedido principal. § 3º. Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art.

334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu. § 4º. Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.”.



Como já demonstrado, a tutela satisfativa vigente por tempo indefinido, inovação trazida pelo novo Código de Processo Civil, após vários estudos, possibilita a estabilização da tutela satisfativa pelo fato de a mesma se tratar do que o autor perseguiria por meio da ação exauriente e que, por vezes, o réu não interpõe recurso a fim de evitar mais custos, por compreender, tacitamente, que o direito do autor merece prosperar.

Em sentido contrário, não seria adequado admitir a permanência da tutela cautelar de forma indefinida no tempo, uma vez que, devido a sua própria natureza de referibilidade à tutela satisfativa, pois visa assegurar o provimento jurisdicional após o exaurimento processual, a mesma não representa o que o autor buscaria por meio da ação exauriente, mas apenas, e tão somente, elementos que levem o juiz à cognição sumária de que se deve assegurar a permanência de coisas ou pessoas para eventual decisão favorável ao autor ao final do processo.

2.11.8 Procedimento

O pedido de tutela satisfativa deve ser apresentado nos mesmos autos em que foi postulado o pedido da tutela cautelar, não havendo necessidade de adiantamento de novas custas processuais (artigo 308, novo Código de Processo Civil). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

O legislador estabelece ainda que a causa de pedir poderá ser aditada no momento da formulação do pedido principal (artigo 308, § 2º, novo Código de Processo Civil). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Entretanto, a despeito do legislador apresentar como uma possibilidade, na verdade, a parte possui o ônus de aditar a causa de pedir em razão das regras que autorizam a concessão de tutela cautelar, não autorizarem igualmente a concessão de tutela satisfativa. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Após a apresentação do pedido principal, haverá intimação das partes para audiência de conciliação ou mediação (artigo 334, novo Código de Processo Civil), por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).



Caso não haja autocomposição, o prazo para contestação passará a fluir (artigo 335, novo Código de Processo Civil). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Tal procedimento demonstra coesão com a referibilidade da tutela cautelar com a tutela satisfativa, ao considerar que ambas serão tratadas no bojo do mesmo processo, que se segue sob o rito comum.

2.11.9 Cessação de Eficácia

Em virtude da referibilidade entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa, se não há a propositura da ação principal (que objetiva a tutela satisfativa) no prazo legal, se o juiz julga improcedente o pedido principal, ou se o processo é extinto sem resolução de mérito, o efeito da tutela cautelar, obtida em caráter antecedente, é cessado (artigo 309, novo Código de Processo Civil²⁸). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Ademais, se a tutela cautelar não for efetivada no prazo de trinta dias, também ocorrerá à sua cessação (artigo 309, novo Código de Processo Civil). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

O entendimento acima me parece razoável, pois como já vimos, a tutela cautelar, diferentemente do que ocorre à tutela satisfativa, não pode permanecer vigente por tempo indeterminado, uma vez que não está sujeita à estabilização.

Tal como previsto na legislação anterior, pode haver situação excepcional onde, embora a sentença seja de improcedência, o dano pode ser tão grave e ocorrer logo após a sentença que, neste caso, é mais prudente o juiz manter a sua eficácia sob a possibilidade do Tribunal vir a reformar a decisão, pugnando pela procedência do pedido do autor. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

²⁸ “Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: I – o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal; II – não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias; III – o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito. Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.”.



Concordo com a exceção demonstrada acima, pois o novo Código de Processo Civil apresenta-se mais maleável, com certo rigor, em relação à legislação de 1973, pugnando pela proteção de situações em que, por vezes, a lei não apresenta uma solução tipificada.

Ademais, tal exceção vem corroborar com o poder geral de cautela do juiz, bem como com os direitos fundamentais à pessoa humana, consoante alusão na Constituição Federal.

Destarte, apesar de a cessação ser automática, por não haver referência legal em sentido contrário, a manutenção da eficácia da tutela cautelar dependerá de decisão do órgão jurisdicional devidamente fundamentada. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Como já vimos, a fundamentação das decisões é um princípio constitucional, razão pela qual não se apresenta como uma discricionariedade ao juiz, mas sim, como um dever.

2.11.10 Renovação do Pedido

Uma vez cessada a eficácia da tutela cautelar, somente será possível postular novo pedido desde este seja amparado por outro fundamento, conforme preceitua o artigo 309, parágrafo único, novo Código de Processo Civil. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Significa dizer que o fato tido como perigoso à concessão da tutela cautelar deve ser diverso daquele que fundamentou o pedido anterior, ainda que já existente à época em que o primeiro pedido foi formulado. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Nos termos do parágrafo único, do artigo 309, novo Código de Processo Civil, o reconhecimento do prazo como decadencial implica estabelecer que, o direito à cautela está extinto, de tal modo que, se a decadência refere-se à matéria de mérito, a solução mais adequada seria o julgamento do feito com resolução do mérito, conforme preceitua o artigo 487, II, novo Código de Processo Civil. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).



Importa frisar que tal solução não obsta o autor de pleitear a tutela cautelar sob outro fundamento, ou até mesmo de pleitear o pedido principal, sobretudo, deve fazê-lo em processo distinto. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Denota-se uma diferença significativa da tutela cautelar em relação à tutela satisfativa, uma vez que referente à primeira, a extinção do processo pertinente à tutela cautelar não obsta a parte de interpor a ação principal cabível (desde que observados os prazos prescricionais ou decadenciais de seu objeto), ao passo que, quando da extinção do processo sem resolução de mérito referente à tutela satisfativa, nos termos do artigo 304, novo Código de Processo Civil, inicia-se a contagem de dois anos para a “formação da coisa julgada”, sendo que, decorrido este prazo, opera-se a extinção do processo com resolução de mérito, o que afeta, conseqüentemente, o pedido principal também, já que a tutela satisfativa trata-se do que o autor perseguiria por meio da ação exauriente.

2.11.11 Ausência de Coisa Julgada sobre o Direito Acautelado

O indeferimento da tutela cautelar não possui o condão de afastar o direito disponível à parte de postular o pedido principal (tangente à tutela satisfativa), desde que não tenha sido reconhecida prescrição ou decadência (artigo 310, novo Código de Processo Civil²⁹). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

O que se demonstra acima guarda relação com o princípio da economia processual, pois não haveria sentido o juiz ter que apreciar pedido principal, cuja prescrição ou decadência já tenha sido reconhecida através da tutela cautelar, ante a sua acessoriedade.

Isto, pois, a tutela cautelar e a tutela satisfativa protegem direitos distintos, embora referíveis, sendo que a primeira valora apenas a existência ou inexistência do direito à cautela, não efetuando pronunciamento algum a respeito da existência ou não do direito protegido pela tutela satisfativa. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

²⁹ “Art. 310. O indeferimento da tutela cautelar não obsta que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.”.



Todavia, vale lembrar que, no tocante à tutela cautelar, há sentença capaz de impossibilitar a propositura de uma mesma ação e desta forma, caracterizando a formação de coisa julgada (analogicamente, artigo 309, parágrafo único, novo Código de Processo Civil). (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

O exposto acima converge com o entendimento demonstrado no tópico anterior, o que significa dizer que, cessada a eficácia da tutela cautelar, com fulcro no artigo 309, novo Código de Processo Civil, não se pode ventilar mais tutela cautelar sob o mesmo fundamento, daí o motivo da formação da coisa julgada.

2.11.12 Prescrição ou Decadência

Havendo reconhecimento pelo juiz de prescrição ou decadência nos autos da ação cautelar antecedente, tal decisão fará coisa julgada inclusive ao direito acautelado, que se buscaria por meio da tutela satisfativa. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Nesta situação, a ação proposta pelo autor para o fim de pleitear tutela satisfativa deverá ser extinta, sob o fundamento de existência de coisa julgada³⁰. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Na hipótese acima, significa dizer que o autor não poderá postular o pedido principal, caso o juiz já tenha reconhecido a prescrição ou decadência quando da decisão pertinente à tutela cautelar.

³⁰ “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: V – reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada.”.



3. TUTELA DA EVIDÊNCIA

Através da tutela da evidência, o legislador objetivou justificar a prestação da tutela provisória a partir do artigo 311, do novo Código de Processo Civil³¹.

O âmago das hipóteses aludidas no dispositivo legal mencionado consiste na noção de defesa inconsistente. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

De tal modo que a tutela poderá ser antecipada em virtude da defesa sustentada pelo réu ser inconsistente ou provavelmente o será. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Entretanto, para exemplificar o tema, os autores Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira lecionavam em aulas de especialização, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, *in verbis*:

Maria conhece João e, após uma semana de namoro, resolvem viver juntos. Uma semana após Maria mudar-se para a casa de João, este acaba por se embriagar, agride-a e a expulsa de casa, retendo todos seus pertences, inclusive seus documentos e as suas roupas íntimas. Pergunta-se: a) Qual ação pode ser proposta por Maria para reaver suas roupas? b) Quais requisitos devem estar presentes para a concessão liminar do pedido? c) Se a ação proposta for cautelar, qual ação principal deve ser proposta no prazo legal? d) Poderia Maria propor mandado de segurança contra João? (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015, p. 656).

³¹ “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III – 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; IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.”.



Tal exemplo visa demonstrar que o direito alegado por Maria era evidente, posto que seus documentos, bem como suas roupas íntimas não poderiam ter sido retidos por João, razão pela qual não há necessidade de demonstração de perigo na demora, não haverá interposição de ação principal, bem como não cabe mandado de segurança, por não haver a autoridade coatora, embora a situação seja semelhante a que enseja a concessão do mesmo.

Destarte, a tutela da evidência pode ser concedida independentemente de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, desde que seja possível ao magistrado reconhecer de plano, por meio de cognição exauriente, o direito alegado pelo autor. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Estamos diante de uma dicotomia, posto que os primeiros autores sustentam que a essência da tutela da evidência reside na fragilidade da defesa do réu, ao passo que os últimos estabelecem que a mesma possui arrimo na robustez da prova produzida pelo autor.

Feita esta comparação e com base em todas as hipóteses aludidas no artigo 311, me filio ao entendimento de que a tutela da evidência se consubstancia na prova evidente do autor, pois a fragilidade da defesa do réu seria uma consequência, pelas razões a seguir demonstradas.

Imaginemos que o autor não apresente uma prova consistente e robusta do seu direito, suficiente para que o juiz forme seu convencimento a seu favor, não seria a fragilidade da defesa apresentada pelo réu, necessariamente, que faria com que o juiz pugnassem ou não pela concessão da tutela da evidência, mas sim, a própria fragilidade da prova apresentada pelo autor, por exemplo.

A fim de corroborar com o exposto acima, asseverava Luiz Fux em concurso para professor titular de direito processual civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, realizado em 1994, *in verbis*:

De tudo quanto aqui foi exposto, merece estender-se a tese ao que se denomina, hodiernamente de 'direito evidente'. A expressão vincula-se àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do mandamus ou o direito documentado do exequente. (1996, apud OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015, p. 656 e 657).



Sobretudo, há entendimento de que a tutela da evidência se fundamenta em cognição sumária e sua decisão não se sujeita à formação de coisa julgada. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

3.1 DEFESA INCONSISTENTE

O artigo 311, I, novo Código de Processo Civil deve ser interpretado de forma ampla, abarcando toda e qualquer situação em que a defesa do réu se demonstre frágil diante da consistência da tese do autor. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

O dispositivo legal em comento visa minimizar os prejuízos que uma demora abusiva poderia causar ao direito da parte (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Insta ressaltar ainda que, a conduta embasadora da concessão da tutela da evidência pode se dar tanto no bojo do processo, quanto até mesmo antes de seu nascimento, conforme ensina Cassio Scarpinella, *in verbis*:

Mas não só em situações endoprocessuais cabe a tutela antecipada fundada no inciso II do artigo 273. Merece ser prestigiado o entendimento de que também os atos extraprocessuais praticados pelo réu podem levar ao deferimento da medida. Assim, por exemplo, quando ele cria embaraços, desnecessários, em negociação que antecede a fase judicial [...] quando se verifica que o réu cria embaraços de todo tipo quando vislumbra uma futura ação judicial; quando se vê, antes do ingresso em juízo, eventual dilapidação do patrimônio. (2004, apud OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015, p. 658).

Desta feita, com base nos argumentos demonstrados, no tocante à hipótese de cabimento da tutela provisória com fulcro no artigo 311, inciso I, do novo Código de Processo Civil, denota-se que o juiz não deve se restringir apenas, e tão somente, ao que determina a lei, contudo, o magistrado pode concedê-la desde que



o mesmo tenha condições de aferir a obviedade da conduta protelatória e egoística da parte.

3.2 PRECEDENTES

Analisando o artigo 311, II, novo Código de Processo Civil, percebe-se impropriedade por parte do legislador ao tratar do tema dos precedentes, pelos motivos que serão aduzidos. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

A inconsistência da defesa do réu não reside no fato da tese do autor fundamentar-se em “julgamento de casos repetitivos” (onde deve-se ler, incidente de resolução de demandas repetitivas, artigos 976 a 987, novo Código de Processo Civil, e recursos repetitivos, artigos 1.036 a 1.041, novo Código de Processo Civil) ou em “súmula vinculante”. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Em sentido contrário, deve fundamentar-se em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência consistente em razões adequadas formadas nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de jurisprudência formalmente vinculante. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Portanto, entendo que o artigo 311, II, novo Código de Processo Civil, deve ser interpretado de modo a autorizar a tutela da evidência no caso de haver um dos precedentes ora demonstrados, podendo advir ou não de casos repetitivos, bem como podendo ou não ter suas razões retratadas adequadamente em súmulas vinculantes.

3.3 CONTRATO DE DEPÓSITO

A hipótese prevista no artigo 311, III, novo Código de Processo Civil trouxe ao novo Código o contrato de depósito em substituição ao procedimento especial de depósito, aludido na legislação anterior. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).



Com fulcro nos artigos 646 e 648 do Código Civil, desde que o depósito esteja devidamente comprovado, o juiz deve determinar a entrega da coisa. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Tal hipótese consiste em promover a devolução do bem a quem pede em razão do mesmo estar sob a guarda de um terceiro por força de um contrato de depósito, sendo que a multa cominatória visa justamente persuadi-lo à devolução da coisa (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Em razão da natureza forçosa que possui o dispositivo legal em comento, podemos realizar uma comparação com o mandado de segurança apenas no tocante ao direito líquido e certo, posto que o mesmo exige autoridade coatora, o que não ocorre no contrato de depósito.

Significa dizer que o legislador objetivou, através da tutela da evidência baseada no artigo 311, III, novo Código de Processo Civil, que o autor possa reaver a coisa, objeto do contrato de depósito, que esteja com um terceiro.

3.4 PROVA CONTRÁRIA

O artigo 311, inciso IV, novo Código de Processo Civil traz consigo o ônus ao réu para a produção da prova, uma vez que o autor já se desincumbiu deste documentalmente. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Apesar de não haver previsão expressa no artigo em comento, é possível a concessão de tutela da evidência através de prova formalmente constituída pelo autor, cujo réu tenha oposto defesa indiretamente, protestando pela produção de prova oral ou pericial, contudo, sem o oferecimento de prova documental. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

A respeito do tema, os autores Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira ensinam, *in verbis*:

Antes de proferir decisão concedendo a tutela antecipada, por força do disposto na parte final do inciso IV (*a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável*), estará o juiz obrigado a ouvir o réu e a lhe permitir a produção de prova que possa por em dúvida a



conclusão obtida pela prova unilateralmente juntada pelo autor. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015, p. 659).

Insta salientar que o rol do artigo 311, novo Código de Processo Civil é apenas exemplificativo, uma vez que é perfeitamente aceitável a concessão da tutela da evidência *inaudita altera parte*, desde que seja possível ao magistrado a cognição exauriente. (OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e OLIVEIRA, 2015).

Sob a luz da Constituição Federal, que estabelece a proteção contra ameaça de lesão de direito, parece-me razoável considerar que o direito líquido e certo do autor merece prosperar ainda que não tenha sido realizada a oitiva da parte contrária.

3.5 MOMENTO

Em regra, a concessão da tutela da evidência depende da comparação da situação jurídica do autor e do réu, devido à base da tutela da evidência consistir no oferecimento de defesa inconsistente por parte do réu. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Porém, há situações que obstam a situação ora demonstrada, conforme artigo 311, II e III, novo Código de Processo Civil, onde o legislador, desde então, partirá da presunção de inconsistência na defesa do réu. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Nestes casos, há a possibilidade de concessão da tutela da evidência liminarmente, nos termos do artigo 311, parágrafo único, novo Código de Processo Civil. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Já para os demais casos, a tutela da evidência somente poderá ser concedida mediante contestação. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Como já demonstrado nesta obra, comungo do entendimento de que a tutela da evidência se assemelha ao mandado de segurança, sendo que este difere da primeira no sentido de o mesmo ensejar autoridade coatora.



Nesta seara, não vejo de forma adequada caracterizar o estabelecimento da tutela da evidência sob a análise de defesa inconsistente do réu, principalmente.

De qualquer forma, concordo com os autores retro elencados no tocante a distinção que realizaram entre os incisos do artigo 311, pois estabeleceram adequadamente os casos que ensejam ou não contestação do réu.

CONCLUSÃO

A tutela provisória, inserida no novo Código de Processo Civil, veio substituir o processo cautelar, elencado na legislação de 1973, afastando este último como apoio do processo de conhecimento e permitindo a apreciação do direito principal e do direito provisório no mesmo processo.

Esta possibilidade trouxe ao novo Código de Processo Civil a aplicação do princípio constitucional da economia processual, bem como do princípio da celeridade processual, pelas razões que serão demonstradas.

A apreciação do direito provisório e do direito principal num mesmo processo confere agilidade à máquina judiciária, que, hodiernamente, não consegue dar a vazão adequada à imensa quantidade de processos que tramitam nas mais diversas varas, daí resulta a aplicação prática do princípio constitucional da economia processual.

Consequentemente, o mínimo esforço do judiciário aliado à larga eficácia que o princípio da economia processual apresenta, afere-se a celeridade processual, sendo cediço que a inexistência de um processo cautelar complexo apenas para pugnar ou não por determinada tutela provisória, contribuirá imensamente para que o judiciário possa alcançar, em tempo razoável, o resultado final de sua demanda.

Cumprido estabelecer que a tutela provisória subdivide-se em tutela de urgência e tutela da evidência, sendo que a tutela da urgência comporta ainda as espécies tutela cautelar e tutela antecipada.

A concessão tutela da urgência está condicionada à existência dos pressupostos: perigo na demora e risco ao resultado útil do processo.

Temos outra grande novidade trazida pelo novo Código de Processo Civil, definida após muita discussão doutrinária, consistente na autonomização da tutela de urgência antecipada.

Trata-se da possibilidade do autor, anteriormente ou concomitantemente à propositura do pedido principal, formular apenas a petição inicial simplificada sobre a qual reside o eventual



direito provisório consistente na antecipação de tutela (tutela satisfativa).

Nesse passo, a autonomização em comento permite a estabilização dos efeitos da tutela satisfativa se, decorridos dois anos da decisão que extinguiu o processo sem resolução de mérito, o réu não tiver interposto o recurso cabível, bem como, se o autor não tiver demonstrado interesse em aprofundar o debate.

Na hipótese acima, processo passa a ser extinto com resolução de mérito, uma vez que o legislador é claro em decretar que a tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada, ou invalidada por decisão de mérito proferida, observado este prazo, nos termos do artigo 304, § 5º do novo Código de Processo Civil.

A discussão que se depreende do dispositivo legal acima se refere à constitucionalidade da formação da “coisa julgada”, em relação ao princípio do contraditório e ampla defesa.

Conforme já apresentado nesta obra, entendo que o réu tendo sido cientificado validamente de que o processo foi extinto, uma vez que tal feito suscita a contagem do prazo decadencial, sua omissão se apresenta como aceitação tácita da situação favorável ao autor, em detrimento de sua situação jurídica.

Ademais, para que seja conferida segurança jurídica, a lei necessita estabelecer prazos para que as partes postulem seus direitos, posto que manter-se tradicionalmente preso a processos complexos não permitirá o avanço do judiciário para o fim de conferir celeridade e economia processual.

Neste diapasão, não vejo afronta ao princípio constitucional do contraditório e ampla defesa justamente em razão da estabilização em comento reverter-se à coletividade de forma muito mais benéfica do que danosa.

Já a tutela de urgência cautelar, embora possa ser concedida de forma antecedente, não comporta estabilização de seus efeitos, por não se tratar do direito principal que o autor buscaria por meio da ação exauriente, mas tão somente, representa a garantia de que, ao final do processo, seria possível o provimento jurisdicional.

No tocante a tutela da evidência, me parece adequado realizar uma analogia à utilização do mandado de segurança, conforme será aduzido.

Para lançar mão deste dispositivo legal, não se exige a existência dos pressupostos: perigo na demora e risco ao resultado útil do processo, contudo, o autor deve demonstrar ao magistrado a obviedade de seu direito em detrimento da fragilidade da prova do réu, a ponto do mesmo ter condição de realizar cognição exauriente.



Disso resulta a analogia ao mandado de segurança, que consiste no direito que incumbe à parte de impetrá-lo quando seu direito líquido e certo está sendo violado.

Com base nos argumentos ora apresentados, a nova legislação apresenta muito mais aspectos positivos do que negativos, pois o desafio da alteração basilar da rigidez à maleabilidade é necessário.

Evidente que, no cotidiano forense, dúvidas surgirão conforme a situação empírica, sobretudo, os operadores do direito devem sempre interpretar o dispositivo infraconstitucional sob a luz da Constituição Federal, pautando-se sempre pelos direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. LEI Nº 7.689 de 15 de dezembro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 6 out. 2015.

EDITORA SARAIVA. Códigos de processo civil comparados. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOMES, William Akerman. Novo CPC: tutela de urgência e tutela da evidência. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28980>>. Acesso em: 9 abr. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA NETO, Olavo de, MEDEIROS NETO, Elias Marques de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de direito processual civil. São Paulo: Verbatim, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Processo de



Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. Vol. II. 48. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. I. 56. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.