

TUTELA PROVISÓRIA: UMA ANÁLISE DOS INSTITUTOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Claryssa Lacerda de Araújo¹

Felipe Maciel Pinheiro Barros²

RESUMO

Em uma análise ao instituto da tutela provisória do novo Código de Processo Civil, faz-se necessário recordar sua evolução histórica no Direito Brasileiro e, neste viés, será de extrema importância destacar a simplificação procedimental com a eliminação integral do processo cautelar no novo Estatuto Processual, argumentando a respeito da possibilidade de promoção de um processo mais célere sem comprometer o exercício dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como a segurança jurídica. A fim de fortalecer a conceituação da nova sistemática, será analisado e explicitado as peculiaridades e inovações das duas espécies trazidas no artigo 294 do Código de Processo Civil, quais sejam, tutela de urgência e tutela de evidência, principalmente a evidente inter-relação dos institutos processuais da tutela de urgência satisfativa e da tutela de urgência cautelar.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Tutela de urgência. Tutela de evidência. Celeridade. Segurança jurídica.

PROVISIONAL GUARDIANSHIP: An Analysis Of The Institutes Of The New Brazilian Civil Process Code

ABSTRACT

Analysing the Provisional Guardianship Institute of the new Civil Process Code, it is necessary to recall its historical evolution in the Brazilian Law and from this perspective it is extremely important to highlight the procedural simplification that came with the complete elimination of the provisional process in the new Procedural Statute, arguing about the chance of fomenting a faster procedure without compromising the exercise of the constitutional principles of the contradictory plea and full defense, as well as legal certainty. In order to strengthen the conceptualization of the new system, the peculiarities and innovations of the two subjects brought under Article 294 of the Civil Process Code will be analyzed and explained, namely, Urgency Guardianship and Evidence Guardianship, especially the evident interrelation of the procedural institutes of the guardianship of satisfying urgency and the guardianship of precautionary urgency.

Keywords: New Brazilian Civil Process Code. Urgency Guardianship. Evidence Guardianship. Celerity. Legal certainty.

INTRODUÇÃO

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte, Natal/RN, Brasil. araujoclaryssa@gmail.com.

² Professor de Processo Civil e Direito Constitucional do Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

A motivação para realização do presente trabalho deve-se à importância que a Lei nº 13.105, de 2015, que trata do novo Código de Processo Civil, conferiu ao tema da Tutela Antecipada, de tal maneira que elaborou o Livro V da Parte Geral especificamente para as tutelas concedidas em caráter provisório, extinguindo questões, tais como prejudicialidade do tempo no processo e o apego a formalismos exagerados e injustificados.

O objetivo, portanto, é a análise dos institutos da tutela provisória no novo Código de Processo Civil, que foram criados com o condão de aperfeiçoar as medidas satisfativas (art. 273 do CPC/73) e assecuratórias (Livro III do CPC/73) ao trazer em sua sistemática duas novas espécies, quais sejam, as tutelas de urgência e de evidência.

Entretanto, destaca-se, em meio as consideráveis mudanças trazidas em relação ao processo cautelar, a notória simplificação procedimental com supressão do processo cautelar e a ampliação do poder geral de urgência e, posto isso, argumenta-se a respeito da possibilidade de promoção de um processo mais célere sem comprometer o exercício do contraditório e a segurança jurídica.

De início, o presente trabalho procura localizar o leitor diante do tema, para que prossiga dentro do artigo em campo conhecido, portanto, faz-se necessário a destinação do primeiro capítulo deste trabalho para a realização de um apanhado da evolução histórica dos institutos no Brasil, desde o surgimento no Direito Brasileiro em 1939, passando pelo período anterior à Lei 8.952/94 - quando havia somente cautelares inominadas para obter tutelas satisfatórias, com base nos artigos 798 e 804 do CPC/73³, que, respectivamente, versam sobre o Poder Geral de Cautela e liminar no processo cautelar, sendo a tutela antecipada possível apenas em procedimentos especiais como ações possessórias e mandado de segurança - à atual legislação processualista - que traz a unificação das tutelas de urgência.

Para além de um panorama de evolução e justificação da atual sistemática, imperativo é a introdução ao objetivo do trabalho, qual seja: a análise e conceituação das tutelas provisórias, que agora com a regulamentação dada pelo legislador no novo Estatuto Processual, fragmentam-se em tutelas provisórias de urgência (cautelar e antecipada) e de evidência. Então, neste artigo, em seu segundo capítulo, tem-se como objeto as tutelas provisórias de urgência, em tratamento de forma conjunta, tendo em vista o tratamento idêntico dado pelo texto legal. Aborda, em subcapítulos, a concessão tanto da tutela de

³ Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o 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.

Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

urgência cautelar quanto da antecipada requeridas em caráter antecedente e, ainda, sobre a estabilização dos efeitos da tutela antecipada.

Quanto às tutelas de evidência, esta será objeto do terceiro capítulo. Trata-se de medidas já conhecidas no Direito Processual, porém com titulação diversa. São cabíveis em situações onde há forte probabilidade do direito do autor ou verificação de conduta abusiva do réu, bem como não há necessidade de demonstração de dano ou de perigo ao resultado útil do processo.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS INSTITUTOS DAS TUTELAS PROVISÓRIAS NO DIREITO BRASILEIRO

Para chegar ao final de um processo, seguindo o procedimento previsto em instrumento legal e respeitando as garantias fundamentais do processo, como a segurança jurídica, o contraditório e a ampla defesa, é necessário tempo.

Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque (2010. p. 30):

A grande luta do processualista moderno é contra o tempo. Isso porque, quanto mais demorar a tutela jurisdicional, maior a probabilidade de a satisfação por ela proporcionada não ser completa. De outro lado, impossível a entrega imediata da prestação, pois a verificação da efetiva existência do direito demanda exame cuidadoso dos fatos alegados, o que não pode ser feito instantaneamente.

Nesse ponto, faz-se uma ressalva: por mais que o tempo seja mal necessário para garantir segurança jurídica à tutela judicial prestada, deverá ser constante a busca pelo melhor aproveitamento ao invés de tornar o tempo algo oneroso para qualquer das partes e, principalmente, observar os direitos fundamentais estabelecidos no nosso ordenamento jurídico pela Carta Magna de 1988. Ou seja, deve ser feita uma ponderação entre efetividade e segurança jurídica.

Portanto, a partir dos registros históricos-doutrinários, nota-se que a tutela jurisdicional efetiva sempre foi buscada por aqueles detentores de algum interesse legítimo ou que estavam na iminência de sofrer graves danos e necessitam se socorrer ao Estado-Juiz para vencer a pretensão resistida.

O surgimento das tutelas de urgência se deu na Roma Antiga (753 a.C – 565 d.C) de onde considera-se a origem do Direito atual e encontra raízes do Direito Contemporâneo.

Contudo, só passaram a ser codificadas no Direito Brasileiro em 1939, com o primeiro Código de Processo Civil e somente em 1973 surgiram no ordenamento jurídico como procedimento autônomo, através do Livro III, onde estava presente, inicialmente, a tutela cautelar sob influências mundiais, principalmente europeias.

Cabe exaltar que a evolução das tutelas provisórias envolve questões que dizem respeito a valores processuais e sociais da época. É de sabença geral que no século XX a burguesia dominante possuía significativo poder econômico e isso dava margem para que pudessem suportar a morosidade do Poder Judiciário visando a segurança na prolatação da decisão final. Porém, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, produto da Constituição de Weimar (1919), momento em que se tornou fundamental o poder geral de cautela, foi dada oportunidade à realização de uma prestação jurisdicional efetiva no processualismo brasileiro (ALVIM, 2010).

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 31, grifo do autor):

O Século XX introduziu no direito processual civil o grande ideário da *efetividade*, deslocando suas cogitações primordiais do campo das estruturas normativas para o terreno das *funções* das normas processuais. Ao invés das grandes especulações dogmáticas e conceituais, o direito processual passou a abrigar o empenho por sua adequação e aderência à realidade sóciojurídica a que o processo deve servir.

Surgiu, então, no sistema jurídico brasileiro, a possibilidade de acautelamento de algumas determinadas situações a partir da edição do Decreto de Lei 1.608/39 (Código de Processo Civil). É o que se observa através da leitura dos artigos 675 ao 676 e incisos⁴, os quais, por mais vago que seja o texto legal, faz menção às situações em que é possível

⁴ Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:

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

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

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

Art. 676. As medidas preventivas poderão consistir:

I – no arresto de bens do devedor;

II – no sequestro de coisa móvel ou imóvel;

III – na busca e apreensão, inclusive de mercadorias em trânsito;

IV – na prestação de cauções;

V – na exibição de livro, coisa ou documento (arts. 216 a 222);

VI – em vistorias, arbitramentos e inquirições ad perpetuam memoriam;

VII – em obras de conservação em coisa litigiosa;

VIII – na prestação de alimentos provisionais, no caso em que o devedor seja suspenso ou destituído do pátrio poder, e nos de destituição de tutores ou curadores, e de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

IX – no arrolamento e descrição de bens do casal e dos próprios de cada cônjuge, para servir de base a ulterior inventário, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

X – na entrega de objetos ou bens de uso pessoal da mulher e dos filhos; na separação de corpos e no depósito dos filhos, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento.

“determinar providências para acautelar o interesse das partes”, o que hoje veio a ser conhecido como poder geral de cautela.

O Estado Liberal vigente na época e, por conseguinte, a classe burguesa, que tinha o direito como seu aliado, por sua vez, viam o juiz e suas ações como uma ameaça à segurança jurídica das decisões em favor de qualquer outra situação fática, o que tornava evidente a limitação da atividade jurisdicional.

Com o avanço tecnológico, o fim das Grandes Guerras e a ocorrência de crises econômicas mundiais, a limitada atividade jurisdicional passou a ser ameaça aos direitos trazidos pelo advento do Estado Social. Com isso, em 1973, em contribuição para reconstrução do equilíbrio estrutural, foram codificadas as medidas cautelares específicas, as quais apresentavam caráter meramente assecuratório (garantia do processo) com base nos artigos 798 e 804, que tratam, respectivamente, do poder geral de cautela e liminar no processo cautelar, ampliando, assim a atuação do juiz e possibilitando uma melhor prestação jurisdicional à sociedade. Contudo, a tutela antecipada não era desconhecida no nosso ordenamento, ela era possível apenas em procedimentos especiais, como ações possessórias, mandado de segurança e ações de alimentos.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr. (2009, p. 465):

A tutela antecipada só era prevista, excepcionalmente, para a satisfação imediata de alguns direitos, tutelados por procedimentos especiais – como nas ações possessórias, mandado de segurança, ação de alimentos. Mas para a generalidade dos direitos, tutelados pelos ritos comuns – ordinário e sumário –, não havia previsão de uma tutela provisória satisfativa.

Essa lacuna legislativa revelava a inadequação e insuficiência do rito comum para a tutela dos direitos.

Diante desta limitação imposta ao poder judicial de conceder medidas antecipatórias satisfativas, a tutela cautelar passou a ser desvirtuada.

Passou-se a utilizar, na praxe forense, o poder geral de cautela para conceder-se medidas antecipatórias atípicas (satisfativas), como se cautelares fossem, criando-se, jurisprudencialmente, as chamadas “cautelares satisfativas”.

No entanto, as situações postas à exame do Poder Judiciário denotavam de uma necessidade especial de imediatismo, já que os conflitos judiciais tornaram-se mais acirrados em decorrência da evolução intelectual, aumentando a quantidade da demanda proporcionalmente com o crescimento da população, sendo, o tempo, portanto, o maior inimigo dos conflitos postos à esfera do Judiciário, resultando em questões de ordem

satisfativas. Nesta linha de raciocínio, segue o professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2012, p. 290):

Talvez o maior problema de que se acuse o Judiciário seja a sua morosidade. É inegável que muitas pessoas deixam de recorrer a ele, preferindo deixar insatisfeitas as suas pretensões e contida a sua litigiosidade, diante do temor de demandas judiciais intermináveis, que podem consumir o tempo, as economias e a boa vontade dos demandantes.

Ainda, não fugindo dessa linha de pensamento e atestando de forma exemplificativa os efeitos advindos da morosidade do judiciário, Gonçalves (2012, p. 234) complementa:

O tempo traz riscos que podem ter as mais diversas formas. Se a demanda versa sobre um bem, há o risco de que pereça ou desapareça; se se trata de quantia em dinheiro, há o perigo de que o patrimônio do devedor reduza-se até que ele se torne insolvente; as provas importantes para as partes podem ficar prejudicadas pela modificação da situação fática, ou até mesmo pelo desaparecimento das testemunhas; há o risco de que, até a solução final do litígio, o direito pereça, tornando ineficaz o provimento final.

Nota-se, então, a premência em alterar a limitação dada pelas medidas cautelares diante da necessidade de atribuir efetividade ao processo, bem como a necessidade de preservar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, já que essas medidas quando examinadas pelo ponto de vista prático, tornavam-se irreversíveis, mesmo que pela teoria houvesse a possibilidade de reversão.

Assim, em 1994, com a edição da Lei 8.952 que modificou a redação do art. 273⁵ do Código de Processo Civil, adotando a tutela antecipada em nosso ordenamento jurídico, posteriormente ao longo período de desequilíbrio das medidas cautelares, através as quais seria possível alcançar os efeitos do provimento ao final pretendido, o que anteriormente seria possível somente ao final da demanda, com o julgamento meritório (cognição exauriente).

Assim ensina Humberto Theodoro Júnior (2011, p. 680), com objetivo de explicar a nova redação do art. 273:

⁵ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

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

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

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

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

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

O que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza é, nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento imediato que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litúgio.

[...]

Não se trata de simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da Justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou.

Verifica-se, no entanto, que a decisão antecipatória da tutela será proferida em cognição sumária, portanto, podendo ser a revogada ou modificada a qualquer momento e, por isso, possui caráter provisório e precário. Referido doutrinador (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 33) esclarece que:

Essa tutela satisfativa de urgência não anula nem substitui a tutela definitiva. É provisória, modificável e revogável. Cederá lugar, finalmente, ao provimento definitivo que será ditado ao fecho normal do processo ordinário.

Não obstante isso, os textos legais vieram a incorporar expressamente, com a edição da Lei 10.444/02, a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade entre ambas as medidas, cautelares e antecipatórias, junto ao art. 273, § 7º, CPC/73, visto que partindo da sua análise o juiz, ao perceber que o Autor da demanda requereu antecipada ao invés de cautelar, poderá deferir a medida cautelar em caráter antecedente.

Observa-se, portanto, que mesmo após muitas tentativas para resolver um problema da morosidade vivido pelo Judiciário brasileiro que não é exclusivo dele, mas que afeta diretamente o jurisdicionado, não foi obtido o sucesso desejado.

Significativas alterações/modificações vieram com o advento da Lei 13.105/15, tanto do ponto de vista doutrinário quanto jurisprudencial. Tais alterações, principalmente em relação ao processo cautelar, onde há a confirmação do sincretismo processual, visto que a divisão entre processos específicos de conhecimento, execução, cautelar e procedimentos especiais, foi extinta, trazendo como objetivo a promoção de maior celeridade, efetividade e, conjuntamente, segurança jurídica às decisões que possuem caráter provisório, o que não estava obtendo sucesso no anterior Código de Processo Civil.

Nesse sentido, cumpre mencionar que dentre as modificações legislativas realizadas, destaca-se a substituição dos procedimentos cautelares típicos (artigo 813 a 873 do CPC/1973), atípicos (artigo 798 do CPC/1973) e a tutela antecipada (artigo 273 do CPC/1973) por “Tutela Provisória” no Livro V com a sistemática das tutelas de urgência e de evidência, unificando os requisitos para concessão de todas as tutelas de urgência, além de consagrar autorização expressa para que, excepcionalmente, o juiz conceda, de ofício, as tutelas de urgência: cautelar e satisfativas.

No novo diploma não existem as medidas cautelares nominadas e todas as medidas são inominadas. Nesse sentido, o professor (MONTENEGRO FILHO, 2011, p.275) ensina:

Além disso, percebemos que o legislador preferiu disciplinar a tutela de urgência apenas no gênero, propondo a implosão do sistema que prevê a coexistência de cautelares típicas (arresto, sequestro, busca e apreensão, alimentos provisionais, justificação, protesto, posse em nome do nascituro, dentre outras) e de cautelares atípicas. O *nomen jures* não tem mais qualquer importância, sendo suficiente a demonstração do preenchimento dos requisitos que autorizam a concessão da tutela de urgência

Assim, é conferida maior discricionariedade ao juiz para proferir uma decisão, visto que preenchidos os requisitos (*periculum in mora* e *fumus boni iures*), concederá a medida que entender adequada, seja ela de natureza satisfativa ou cautelar e, nesse contexto, há uma ampliação do poder geral de cautela do magistrado, haja vista a supressão do processo cautelar.

Finalizamos, desta maneira, as considerações acerca da evolução histórica da tutela provisória e como objetivo do presente trabalho, iniciaremos nas linhas a seguir a análise dos novos institutos introduzidos do processualismo brasileiro visando aperfeiçoar a efetividade da prestação jurisdicional.

2 A TUTELA DE URGÊNCIA: CAUTELAR E ANTECIPADA

Para que se possa iniciar a análise dos institutos da tutela provisória de urgência, imperioso é esclarecer sobre o tratamento de forma conjunta que será dado, neste trabalho, às tutelas provisórias de urgência cautelar e antecipada, visto que no próprio texto legal o tratamento concedido a estes institutos é idêntico. Percebe-se, da análise dos artigos 300 a 302 disposições comuns a ambos.

Reiterando o já falado anteriormente, o novo texto legal trouxe inúmeras inovações no tocante às medidas provisórias no intuito de dar efetividade à garantia constitucional da razoável duração do processo e celeridade, eliminando integralmente o processo cautelar e trazendo o instituto da Tutela de Urgência, prevista de maneira genérica no artigo 300⁶, o que abrange tanto a tutela cautelar quanto a tutela satisfativa, porém, tem-se esquecido que a Lei 13.105/15 manteve os ideais de celeridade e justiça na prestação jurisdicional, fundamentada na situação de urgência posta ao crivo do Poder Judiciário, visto que para uma aprofundada análise do caso sub judice, em cognição exauriente, é necessário tempo, bem como a indispensável observância do devido processo legal, podendo vir a surgir obstáculos à satisfatoriedade das partes litigantes.

Nas palavras de Artur César de Souza (2014, p. 175-176), ainda sobre as espécies de tutela de urgência:

Essa tutela deferida com base na urgência poderá ter a natureza de cautelaridade (não satisfativa) ou satisfativa (outorga do próprio direito material, mesmo que provisório) até que seja proferida a tutela definitiva. A função da tutela de urgência, portanto, consiste na neutralização dos obstáculos, e, por conseguinte, dos danos que possam derivar à parte que tem razão (em decorrência de eventos danosos derivantes da mera duração do processo de cognição ou de fatos que possam se verificar durante a pendência do processo de cognição ou execução).

Vê-se, portanto, que os institutos processuais da tutela de urgência satisfativa e da tutela de urgência cautelar, inter-relacionados pelo princípio da fungibilidade, ao se unirem, fortaleceram-se, visto que ambos são tratados como espécies do gênero tutelas provisórias de urgência. O Código de Processo Civil de 2015, ademais, dispõe “Disposições Gerais” para tratar de ambos os institutos, em seus artigos 300 a 302, o que deixa ainda mais evidente a inter-relação, vindo, posteriormente, dispor sobre a procedimentalidade da tutela antecedente nos artigos 303 e 304 e da tutela cautelar antecedente nos artigos 305 a 310, além de individualizar a tutela de evidência no artigo 311.

⁶ 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.

Ainda sobre a íntima relação e similaridade entre as medidas de urgência cautelar e satisfativa, cabe reproduzir a menção de Daniel Amorim Assumpção Neves (2015, pp. 207-208):

Há uma sensível aproximação entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, não só porque ambas passam a ser legislativamente tratadas como espécies de tutela provisória, a primeira satisfativa e a segunda acautelatória, mas porque naquilo que o legislador poderia tornar homogêneo o tratamento procedimental de ambas assim o fez.

É importante, portanto, considerar esta união de ambos os institutos como uma tendência processual que possui o intuito de facilitar significativamente sua aplicabilidade em situações da prática forense, bem como por realocar a previsão da antecipação da tutela para Livro próprio concomitantemente às medidas cautelares visando ter uma tramitação mais célere e, então, dilatando o emprego de ambas em todos os procedimentos judiciais. Assim, salienta-se, na prática a modificação possui extrema importância ao passo que cristaliza o princípio da fungibilidade.

Seguindo a mesma direção do CPC/73 nos artigos 273 e 276 e seguintes, o CPC/15 no artigo 300 diz que quando evidenciada a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e havendo perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), estarão preenchidos os requisitos essenciais para que seja concedida a tutela de urgência, cautelar ou satisfativa.

Quanto a este entendimento, são defensores, inclusive, Fredie Didier Júnior, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 594, grifo do autor):

Em ambos os casos [tutela provisória de urgência cautelar e/ou satisfativa], a sua concessão pressupõe, genericamente, a demonstração da probabilidade do direito (tradicionalmente conhecida como “*fumus boni iuris*”) e, junto a isso, a demonstração do perigo de dano ou de ilícito, ou ainda do comprometimento da utilidade do resultado final que a demora do processo representa (tradicionalmente conhecido como “*periculum in mora*”) (art. 300, CPC).

Desta feita, verifica-se que não foram introduzidas consideráveis alterações aos requisitos de aplicabilidade e, ainda assim, agrada a doutrina pátria, visto que a utilização da expressão “probabilidade do direito” expressa possibilidade de existência do direito, ainda

que ínfimo, o que basta para convencer o magistrado, atingindo, conseqüentemente, o deferimento da medida de urgência.

Em que pese às modificações materiais, permaneceram institutos/requisitos que já existiam na anterior conjuntura processual brasileira, tais quais: a exigência de caução idônea para a concessão das medidas de urgência (artigo 300, § 1º da Lei 13.105/15), porém, aqui, se estende, em regra, tanto para satisfativa quanto para cautelar, como regra, sendo que nos casos em que o autor da demanda for beneficiário da assistência judiciária gratuita estará dispensado de prestá-la; a impossibilidade de sua concessão nos casos em que há risco de se tornar irreversível (perigo de irreversibilidade – artigo 300, § 3º da Lei 13.105/15), podendo esta norma somente ser aplicada à tutela antecipada, não se aplicando à cautelar; e, trazendo reforma à medida de urgência satisfativa, mantém-se o procedimento aplicado às medidas de urgência cautelar quanto a possibilidade de concessão de uma das duas espécies mencionadas liminarmente ou após justificação prévia (artigo 300, § 2º da Lei 13.105/15), o que não quer dizer que o magistrado não possa concedê-la mais a frente, ou até mesmo em sentença, conforme dispõe o art. 1.012, § 1º, V, CPC, que, ao tratar dos casos em que a apelação será recebida no efeito devolutivo, traz a hipótese em que a sentença confirma, concede ou revoga a tutela provisória. Sendo assim, há a possibilidade de a tutela de urgência ser concedida também em sentença.

Tem-se como entendimento da doutrina majoritária quanto ao disposto no § 3º do art. 300 do CPC, que seja requisito específico para a concessão da tutela satisfativa provisória com base na urgência. Partilha deste entendimento Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2015, p. 99, grifo do autor):

Especificamente para a tutela de urgência, de natureza antecipada, por ter caráter satisfativo, além dos requisitos citados, também se exige a *ausência de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão* (art. 300, § 3º, do novo CPC).

Assim, quando a tutela provisória é requerida com base na urgência, para que haja deferimento específico, o magistrado deverá observar a existência, concomitantemente, da probabilidade do direito, do perigo de dano ao resultado útil do processo e a ausência de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Seguindo a análise a respeito das Disposições Gerais das tutelas, tem-se o artigo 301 da Lei 13.105/15⁷. Este dispositivo cuida de elencar, somente de maneira exemplificativa, as medidas cautelares que poderão ser efetivadas pelo juízo, trazendo, ao final, “e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.” Ou seja, em busca da razoável duração do processo ocorre a ampliação do princípio do poder geral de cautela outorgado ao magistrado, uma vez que o juiz pode determinar medidas provisórias que entender necessárias ao caso concreto para evitar dano à parte. Trata-se de medidas cautelares atípicas (não descritas pela norma jurídica), que somente terão sua aplicabilidade permitida quando as medidas cautelares típicas, previstas de forma expressa no Código de Processo Civil ou em legislação especial, não trouxerem garantia a efetividade do processo principal.

Em defesa a tipificação do poder geral de cautela, tem-se o processualista Alexandre de Freitas Câmara (2008, p. 43):

O poder geral de cautela é instituto considerado necessário em todos os quadrantes do planeta, e decorre da óbvia impossibilidade de previsão abstrata de todas as situações de perigo para o processo que podem vir a ocorrer em concreto. Por tal razão, tem-se considerado necessário prever a possibilidade de o juiz conceder medidas outras que não apenas aquelas expressamente previstas pelas leis processuais.

Ainda cabe mencionar, por continuidade a análise desse bloco de artigos, que ao mesmo tempo em se beneficia com a tutela de urgência, a parte responde pelo prejuízo que causou à parte contrária, nas situações dispostas pelo novo Código de Processo Civil estabelece (art. 302, I, II, III e IV). Tal dispositivo foi transcrito do artigo 811, I a IV da antiga Lei de Ritos, que traz as normas específicas do processo cautelar. Porém, a Lei 13.105/15 em seu art. 302⁸ traz uma novidade: é extensiva a pretensão indenizatória aos casos em que é concedida a tutela antecipada (satisfativa) e não mais como anteriormente, que ficava restrita para as cautelares.

Após análise das disposições comuns quanto às tutelas cautelar e satisfativa, faz-se necessário relembrar que ambas são espécies de tutelas provisórias concedidas com base na

⁷ 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.

⁸ 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.

urgência. Passe-se, então, a dispor a respeito das tutelas requeridas em caráter antecedente à ação dita principal, legislada com o intuito de evitar eventuais controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais quanto a possibilidade ou não de se pleitear as tutelas de urgência antes mesmo de se iniciar a ação principal, quando, então, tratar-se-á do direito material em litígio, em cognição exauriente.

2.1 A tutela antecipada requerida em caráter antecedente

Tratamento exclusivo foi dado ao procedimento da tutela satisfativa requerida em caráter antecedente no Capítulo II do Título II do Livro V, no qual está disposto apenas nos artigos 303 e 304, porém traz grande novidade procedimental, visto que não há correspondentes no Código de Processo Civil de 1973.

A riqueza de detalhes do artigo 303 é nítida, ao passo em que traz seis parágrafos com o objetivo de esclarecer a inovação procedimental do Estatuto Processual. Já em seu caput⁹ diz que

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.

Assim sendo, deve ser demonstrada na petição inicial qual ação que pretende propor, encaminhando ao pedido da tutela antecipada, bastando à demonstração da probabilidade do direito alegado, visto que, posteriormente, o autor deverá fazer o aditamento da petição inicial, quando complementar a sua argumentação. Para que o magistrado possa verificar os efeitos da sentença antecipatória do direito, é indispensável que seja indicado o pedido de tutela final na petição inicial.

A partir de então, as situações mais delicadas e que exigiam maior celeridade, ganham uma maneira oportuna de tutela, em que a sucinta exposição fática e do direito em litígio garante, ainda que provisória, uma efetiva prestação jurisdicional. Destaca-se, portanto, que é nesta ocasião que o autor da tutela emergencial terá que realizar o recolhimento das custas processuais iniciais, que terá o pedido final como base para o cálculo, visto que será tido

⁹ 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.

como principal o feito já em trâmite, onde o mérito será discutido em cognição exauriente. Ressalta-se, ainda, que aqui os requisitos já mencionados para concessão da tutela não serão esquecidos, também são inerentes para que haja o deferimento, principalmente a demonstração do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), por se tratar de espécie de tutela de urgência.

Caso seja logrado o pedido de antecipação da tutela em caráter antecedente, passa-se a seguir o disposto no inciso primeiro do artigo 303 da Lei 13.105/15¹⁰. Deferida a medida, o autor deverá proceder com o aditamento da petição inicial para complementação de sua argumentação, juntar novos documentos e a confirmar/definir o pedido de tutela final, tal previsão está particularmente associado ao tempo suficiente para elaboração da peça adequada ao caderno probatório a ser acostado concomitantemente à exordial. Ou seja, o requerente, quando no aditamento da exordial, desfruta da possibilidade de juntar qualquer documento que seja cabível, mesmo que eles já existissem na data do pedido antecipatório antecedente. Assim nos ensina Artur César de Souza (2014, p. 180) ao afirmar que “a referência a novos documentos não quer dizer documentos novos, mas, sim, documentos que digam respeito ao pedido de tutela principal ou final, ainda que já existentes no momento do pedido de tutela antecipada satisfativa”.

O prazo para a realização do aditamento é de 15 (quinze) dias ou, ainda, em outro prazo maior que o juiz fixar. Verifica-se, então, que foi dada ao juiz a liberdade para fixação do prazo e, ao mesmo tempo, almeja não prejudicar o autor do pedido antecipatório antecedente ao impedir a fixação de prazo inferior a quinze dias. Portanto, o juiz somente terá liberdade para fixar prazo não previsto em lei processual se for em benefício do requerente, ampliando-o. Resta evidente, ainda, que a contagem do prazo apenas começa a partir da intimação do autor sobre a decisão interlocutória que deferiu a tutela antecipada.

Após o aditamento da peça vestibular, ocorrerá a citação do réu. O inciso segundo¹¹ traz em determinação expressa que o requerido seja citado e intimado para comparecer à audiência de conciliação ou mediação, não para apresentar resposta. O procedimento aqui se difere do anteriormente adotado no sentido da obrigatoriedade de realização do ato conciliatório, o que busca a autocomposição entre as partes em litígio e, diga-se de passagem,

¹⁰ § 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 art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

¹¹ § 2o Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1o deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

é uma forma de promover o princípio da celeridade e satisfazer as duas partes da relação jurídica.

Torna-se, então, evidente a intenção do atual processo civil pela busca da solução mais célere e, ainda, eficiente para o litígio, sem que com isso saia alguma das partes prejudicada de forma indevida. Caso não se obtenha sucesso na tentativa de conciliação, há estipulação do prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da audiência conciliatória, para que seja apresentada contestação. Imperioso salientar, ainda, que o prazo para apresentar a contestação somente começará a fluir quando procedido o aditamento do feito. Não poderá fluir se, mesmo depois de frustrada a autocomposição, o autor não tiver aditado a inicial, conforme o entendimento doutrinário que vem sendo sustentado por Fredie Didier Junior, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 603-604):

É necessário que se observe, contudo, que o prazo de resposta do réu não poderá começar a ser contado antes de sua ciência inequívoca do aditamento da petição inicial do autor, para que se garanta a ele, réu, o lapso temporal mínimo de quinze dias para resposta à demanda do autor em inteireza. Por exemplo, se a causa não admitir autocomposição, não sendo cabível a designação da audiência de conciliação ou de mediação (art. 334, § 4º, II, CPC), o réu será citado de imediato, mas o prazo de resposta só deverá correr da data em que for intimado do aditamento da petição inicial.

Caso não seja feito o aditamento após o deferimento, será aplicada a penalidade imposta no parágrafo segundo do artigo 303 do novo Código de Processo Civil, que dispõe, por sua vez, a extinção do processo sem resolução de mérito, visto que não há como prosseguir sem complementação, pois somente assim será possível a posterior prestação jurisdicional em cognição exauriente. Salienta-se, portanto, que o aditamento se dará nos mesmos autos, sendo desnecessária a incidência de novas custas processuais, assim como dispõe o parágrafo terceiro do referido artigo¹².

Por fim à análise do dispositivo legal, reitera-se: o deferimento da tutela requerida em caráter antecedente não é uma certeza, pois para que seja deferida deverá estar presentes os requisitos justificadores, que são: a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, bem como a ausência de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Caso inexistam algum deles, neste caso, o juiz irá determinar a emenda da petição inicial antecedente, em um prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de indeferimento da medida de

¹² § 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.

urgência e, conseqüentemente, extinção do feito sem resolução de mérito, conforme os preceitos do § 6º do artigo 303¹³.

Seguindo a análise da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, é importante mencionar que, quando proferida decisão de deferimento ou indeferimento da medida, não sendo interposto o recurso cabível (agravo de instrumento), esta irá estabilizar e, ainda assim, somente quanto ao pedido de tutela depois de decorrido o prazo para a interposição do recurso, haverá a extinção do processo. Portanto, é cabível, dentro de dois anos após a estabilização, através de ação de impugnação ou confirmação da decisão concessiva de tutela antecipada estabilizada, qualquer das partes demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada (artigo 304, §2º)¹⁴.

Cumprido, então, a observação em conjunto de ambos os artigos aqui em comento (303 e 304), donde, nota-se que, a partir do momento em que é deferida a medida provisória antecedente, será desnecessário o autor dar impulso ao prosseguimento do feito, visto que se o réu não interpuser o agravo de instrumento, a medida irá se tornar estável e o processo será extinto.

Visto que a inércia do réu é requisito indispensável para que ocorra a estabilização, a doutrina de prestígio critica o legislador quanto ao único modo por onde há a possibilidade de o demandado propor impugnação contra decisão proferida em cognição sumária, que é o agravo de instrumento. Vejamos o fragmento que expressa o descontento de Daniel Amorim Assumpção Neves (2015, p. 211):

Só lamento que a única conduta do réu para impedir a estabilização da tutela antecipada seja a necessária interposição do agravo de instrumento. Poderia o dispositivo prever qualquer espécie de resistência, inclusive a meramente incidental oferecida perante o juízo que concedeu a tutela.

Destaca-se, ainda, o entendimento de que a contestação quando apresentada no prazo de interposição do recurso, torna-se peça hábil para descaracterizar a estabilização da tutela antecipada. Segue o entendimento doutrinário Fredie Didier Junior, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 609, grifo do autor):

¹³ § 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.

¹⁴ Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

Se, no prazo de recurso, o réu não o interpõe, mas resolve antecipar o protocolo da sua defesa, fica afastada a sua inércia, o que impede a estabilização – afinal, se contesta a tutela antecipada e a própria tutela definitiva, o juiz terá que dar seguimento ao processo para aprofundar sua cognição e decidir se mantém a decisão antecipatória ou não. Não se pode negar ao réu o direito a uma prestação jurisdicional de mérito definitiva, com aptidão para a coisa julgada.

O artigo 304, §6º¹⁵ do novo Estatuto Processual não deixa dúvidas quanto a não caracterização da coisa julgada nos casos em que há estabilização dos efeitos da decisão que concede a tutela antecipada, e o §2º, por sua vez, possibilita a qualquer das partes demandar a outra uma ação autônoma para rever, reformar ou invalidar a tutela já estabilizada dentro do prazo decadencial de 02 (dois) anos. Portanto, resta por óbvio, a impossibilidade de ajuizamento de ação rescisória.

Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves (2015, p. 211):

Nesse caso, a previsão expressa de que não há coisa julgada afasta o cabimento de ação rescisória contra tal decisão, de forma que teremos uma decisão de mérito no sistema que jamais será impugnável por ação rescisória, ainda que definitiva.

Se a parte quiser alegar um dos vícios previstos no art. 966 do Novo CPC, poderá se valer da ação prevista no § 2º do art. 304. Entretanto, após esse prazo [dois anos], os vícios, que só poderiam ser alegados por meio de ação rescisória, já não podem mais sê-los porque essa espécie de meio de impugnação depende de coisa julgada.

Temos aqui uma discussão em âmbito doutrinário e jurisprudencial a respeito da impugnação à estabilização da tutela antecipada, já que o Código de Processo Civil dispõe a extinção do processo quando há estabilização sem impugnação. Tal menção deixa claro que a decisão é meramente terminativa e não meritório (definitiva) e, conseqüentemente, não admite impugnação por ação rescisória. Portanto, a ação irá se extinguir sem resolução do mérito, mas a tutela provisória concedida continua produzindo efeitos.

Por outro lado, é incontroverso que o requerente da tutela antecipada antecedente poderá ajuizar a ação autônoma disposta no artigo 304, § 2º, com o objetivo de confirmar em cognição exauriente a decisão proferida em cognição sumária, e, com isso, proteger a decisão pela coisa julgada material. Imperioso se faz registrar que o juiz prevento para a ação

¹⁵ § 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.

autônoma que objetiva a reforma, revisão ou invalidação da tutela estabilizada será o que concedeu a medida, conforme estabelece o art. 304, § 4º¹⁶.

2.2 A tutela cautelar requerida em caráter antecedente

Como já dito anteriormente, a tutela provisória tanto pode ser antecipada (satisfativa) quanto cautelar (assecuratória), porém em relação a sua aplicação temos que para deferimento da medida satisfativa levar-se-á em conta a urgência e/ou evidência do direito, enquanto que para se obter o deferimento da cautelar será necessária situação que demande prestação jurisdicional emergencial, tendo em vista que o objetivo é o acautelamento de situações em risco, assegurando o resultado útil do processo para garantir o proveito final.

Os artigos 305 a 310 da Lei n. 13.105/15 trazem a tipificação da matéria. Estes dispositivos trazem uma mescla entre a tutela antecipada requerida em caráter antecedente e as medidas cautelares do Código de Processo Civil de 1973, buscando aperfeiçoar o procedimento cautelar e, nesse sentido, destaca-se a manutenção do princípio da fungibilidade entre ambos os institutos, conforme comenta Daniel Amorim Assumpção Neves (2015, p. 214):

Nos termos do art. 305, parágrafo único, do Novo CPC, caso o juiz entenda que o pedido antecedente de natureza cautelar tem natureza antecipada, o órgão jurisdicional observará o procedimento previsto para essa espécie de tutela. Curiosamente, o Novo Código de Processo Civil deixa de prever expressamente o caminho inverso, mantendo a falsa impressão de que a fungibilidade entre as diferentes espécies de tutela de urgência pode ter apenas uma via de direção. A omissão legislativa, ainda que pouco elogiável, não terá força para afastar a lógica de se aplicar a fungibilidade de tutela cautelar para antecipação e vice-versa.

Portanto, por mais que não haja alteração legislativa alguma quanto ao reconhecimento da fungibilidade como uma via de mão dupla, permanece a ser aplicado, tendo em vista ser de amplo conhecimento doutrinário e de notória aplicabilidade jurisprudencial. Ou seja, não há o que se falar em prejuízo ao direito processual pátrio.

Após interposição do pedido cautelar antecedente, o réu será citado para que apresente contestação no prazo de 05 (cinco) dias. Caso não conteste dentro do prazo estabelecido,

¹⁶ § 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.

conforme preceito o artigo 307¹⁷ “os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos”, caso em que o juiz decidirá em 05 (cinco) dias. Mas, se apresentar contestação, o processo prosseguirá em procedimento comum.

Dispõe o legislador no caput artigo 308 da Lei 13.105/15¹⁸ que efetivada a tutela cautelar, o pedido principal deverá ser formulado pelo autor dentro do prazo de 30 (trinta) dias, e apresentado nos mesmo autos em que foi exposto o pedido de tutela cautelar, independentemente de adiantamento de custas processuais. E, ainda, visando o legislador por maior efetividade, possibilitou que o autor formule o pedido principal conjuntamente com o pedido de tutela cautelar (art. 308, §1º)¹⁹, quando, então, será considerada incidental.

Nesse sentido Fredie Didier Junior, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 615, grifo do autor):

Independentemente disso, se o autor já tiver os elementos necessários, o pedido de tutela definitiva satisfativa (o chamado “pedido principal”) e respectiva causa de pedir podem ser deduzidos na própria petição inicial, ao lado do pedido de tutela cautelar (art. 308, § 1º, CPC). Mas, neste caso, o pedido de tutela cautelar é feito em caráter incidental e, não, antecedente.

Formulado e apresentado o pedido principal, deverá ser procedido com a intimação das partes para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do caput do artigo 334²⁰, por seus advogados ou pessoalmente, sendo desnecessária nova citação do réu (art. 308, §3º)²¹. Caso reste frustrada a conciliação, será aberto prazo na forma do inciso I do artigo 335²² para o demandado apresentar contestação (art. 308, §4º). Nota-se, aqui, a possibilidade de apresentação de duas contestações em dois momentos diferentes e oportunos, quais seja: a primeira, apresentada em 05 (cinco) dias após a citação, objetiva atacar o pedido cautelar e indicar as provas que pretende produzir, enquanto a segunda é apresentada no prazo de 15 (quinze) dias após a audiência de conciliação, quando, então, irá atacar o pedido principal.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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 de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

¹⁹ § 1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.

²⁰ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

²¹ § 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

²² Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:

I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;

A cessação dos efeitos da tutela cautelar se dará nos casos previstos no artigo 309, quais sejam: “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”. Destaca-se, ainda, tendo em vista existir sentença de improcedência capaz de formar coisa julgada, o disposto no parágrafo único do artigo que veda a parte de renovar o pedido, salvo sob novo fundamento, caso seja cessado os efeitos por um dos motivos elencados.

Imperioso se faz destacar a ausência de coisa julgada sobre o direito acautelado, conforme dispõe o artigo 310²³ do Código de Processo Civil ao mencionar que “o indeferimento da tutela cautelar não obsta a 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”. E, ainda, a sentença de improcedência nada expressa a respeito da existência do direito acautelado, apreciando apenas a existência ou não do direito à cautela.

3 TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA

A previsão da tutela de evidência encontra-se tão somente no artigo 311 do novo CPC. Após a leitura do artigo 273, inciso II, do CPC/73²⁴, pode-se dizer que no antigo código o instituto já era conhecido, porém não assim intitulado. No mencionado artigo é declarada a possibilidade de, configurado o abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte, antecipar o direito.

Independente da presença do requisito disposto no Código de Processo Civil “perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo” e necessitando apenas da “fumaça do bom direito”, o instituto pode antecipar os efeitos da tutela requerida. Fredie Didier Junior, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 617), expõem a evidência como um “fato jurídico processual que autoriza que se conceda uma tutela jurisdicional, mediante técnica de tutela diferenciada”. De fato, a evidência é junção da existência de provas das alegações ou dos fatos constitutivos do direito do autor e da probabilidade de êxito das alegações em cognição exauriente, porém, caso vigore estes requisitos intrínsecos, a tutela provisória poderá ser concedida baseada na evidência do direito do autor. Destaca-se, ainda,

²³ Art. 310. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a 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.

²⁴ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

que necessariamente não há somente essas hipóteses para concessão, a legislação pode prever em outros ritos especiais diversas medidas com natureza de tutela de evidência.

A tutela provisória de evidência é tipificada em um dispositivo que traz quatro incisos e um parágrafo único, onde em cada um dos incisos é apresentado uma hipótese legal para se antecipar a tutela baseado na evidência do direito do autor, mas o parágrafo único, por sua vez, alude que nas hipóteses previstas nos incisos II e III o juiz pode decidir liminarmente, ou seja, sem oitiva do réu.

A doutrina, portanto, fortemente critica o inciso I²⁵ com o argumento de que este em si não é suficiente para que a tutela de evidência seja deferida. Argumenta, ainda, que por questões ligadas à natureza da tutela aqui em comento, além do abuso no direito de defesa ou ato protelatório, o direito do autor deve ser explícito/evidente. Tendo em vista que a legislação não ordena cumulatividade dos requisitos, a doutrina adota entendimento conforme Daniel Amorim Assumpção Neves (2015, p. 217):

Difícil acreditar que o autor tenha direito a uma tutela, ainda que provisória, somente porque o réu se comporta indevidamente no processo, sem que o juiz tenha qualquer grau de convencimento da existência do direito do autor. Parece-me extremamente temerário, como simples forma de sanção processual, conceder a tutela da evidência sem que haja probabilidade de o autor ter o direito que alega.

Por outro lado, a possibilidade de deferimento da tutela provisória de evidência baseada no inciso II do artigo 311 da Lei 13.105/15²⁶ se relacionar, ainda que perfunctório, com o que os antigos artigos 285-A e 543-C do CPC/73. Ou seja, trata da possibilidade de o juiz conceder a antecipação da tutela quando as alegações de fato trazidas aos autos pelo autor puderem ser comprovadas apenas documentalmente e, todavia, houverem teses firmadas em julgamento de casos repetitivos ou entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema com edição de Súmula Vinculante. Frisa-se: aqui, para que a tutela seja antecipada não se terá como requisito o perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, mas sim a forte probabilidade do direito do autor, pelo fato de os tribunais superiores já tiverem firmado entendimento quanto ao assunto em situações análogas.

²⁵ 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;

²⁶ II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

De acordo com o que expõe Fredie Didier Junior, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 624) a prova levada ao crivo do Poder Judiciário tem que ser “necessariamente documental, ou documentada (como a prova emprestada ou produzida antecipadamente)”, sem gerar dúvida ao juiz no momento da análise e podendo, assim, produzir baseado neste instrumento comprobatório um entendimento que vise acatar as alegações levadas aos autos pelo autor.

Quanto ao que dispõe o inciso III²⁷ do supramencionado artigo, verifica-se certa facilidade de entendimento, visto ser ele autoexplicativo. O Código de Processo Civil atual trouxe a ação de depósito neste artigo como uma hipótese legal para concessão de tutela provisória de evidência em procedimento comum/ordinário visando compactar os procedimentos especiais. Temos neste dispositivo a hipótese de antecipação dos efeitos da tutela requerida nos casos de ações que perseguem o bem, com a consequente decretação da ordem de entrega da coisa objeto do contrato de depósito sob pena de multa, mas somente se houver prova documental satisfatória ao convencimento do juiz.

Dando continuidade a análise do artigo 311, faz-se necessário tecer algumas considerações importantes quanto ao inciso IV. Tal dispositivo trata da última hipótese legal elencada, a qual possibilita que a tutela provisória de evidência seja deferida quando houver juntada aos autos prova documental capaz de comprovar os fatos constitutivos do direito do autor, sem que venha o réu opor prova capaz de gerar dúvida razoável à formação do entendimento do magistrado.

Observa-se de pronto que esta hipótese somente possibilita o deferimento quando for apresentada a contestação pelo réu, visto que faz alusão à apresentação de instrumento probatório por parte deste e, por tal motivo, neste caso é impossível deferir liminarmente. Por outro lado, analisando a espécie em prática é notável sua eficácia no sentido de descaracterizar a suspensividade do provável recurso de apelação, visto que efetivado o contraditório, no qual se dá ao réu possibilidade de produzir provas, entende-se ser suficiente para o magistrado formar convencimento “fatos constitutivos do direito do autor”.

Reitera-se aqui a disposição do parágrafo único quanto ao deferimento da decisão liminar sem prévia oitiva do réu nos casos do inciso II e III. Através desta demonstração, conclui-se que nas outras duas possibilidades elencadas (I e IV) é substancial a atuação do réu, pois trata de direito de defesa.

²⁷ 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;

CONCLUSÃO

Com o objetivo de fazer um apanhado geral sobre a nova realidade do processualismo civil brasileiro quanto às tutelas provisórias de urgência e evidência, decidiu-se abordar o tema em três capítulos, sendo, portanto, o primeiro destinado à explanação da evolução histórica das tutelas provisórias no Brasil a fim de situar o leitor diante do tema, para, então partir ao tema central com a abordagem da tutela de urgência (cautelar e antecipada) o segundo capítulo e no terceiro, a tutela de evidência. Em ambos trazendo a conceituação e aplicabilidade dos institutos da tutela de urgência, tecendo considerações doutrinárias e fazendo, superficialmente, um comparativo.

Oportuno lembrar que a criação das tutelas judiciais em comento no presente trabalho se deu em virtude dos efeitos prejudiciais do tempo ao processo, bem como ao direito material litigioso. Entretanto, por mais que existam tais efeitos ditos prejudiciais acarretados pelo tempo, estes são considerados necessários para efetivação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e, consequentemente, segurança jurídica.

Porém, há situações que além da segurança jurídica é indispensável a celeridade na prestação da tutela judicial com o objetivo de assegurar direitos que estão na próximos de serem violados ou, em alguns casos, já foram. E, nesse âmbito, surgem as medidas judiciais de cognição sumária.

O anterior Código de Processo Civil trazia a previsão de duas espécies de tutelas jurídicas concedidas com base na cognição sumária: a tutela antecipada (satisfativa – art. 273, CPC/73) e a tutela cautelar (assecuratória – Livro III, CPC/73). Com elas foi tentado diminuir os efeitos prejudiciais do tempo no processo, além de abranger ainda mais situações jurídicas que necessitam de urgência.

Entretanto, a sociedade está em constante evolução e, portanto, torna-se necessário que o procedimento se adapte aos novos interesses e necessidade da sociedade. Nesse contexto, editou-se o atual Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), passando as medidas de urgência serem conhecidas como tutelas provisórias de urgência (cautelar e antecipada) e de evidência, sendo institutos individualizados com aprimoramentos e requisitos balizares o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Como exemplo de inovações trazidas temos a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, ou seja, a possibilidade de requerer a tutela provisória antes do processo chamado de “principal”, o que antes somente era permitido na tutela cautelar e a posterior

estabilização dos efeitos da tutela antecipada requerida em caráter antecedente caso não seja interposto agravo de instrumento contra decisão de deferimento ou indeferimento da medida.

Destaca-se, ainda, a Tutela Provisória de Evidência, novidade trazida pela Lei 13.105/15, que vem prevista no artigo 311 com a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela sem que esteja presente o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, sendo necessária apenas a demonstração da forte probabilidade do direito do autor ou a verificação de conduta abusiva do réu.

É notável que a nova disposição atribuída às Tutelas Provisórias no novo CPC é uma maneira mais didática. Foi alcançado o objetivo do legislador na busca pela celeridade e eficácia ao rito processual, devendo ter o reconhecimento devido pelos juristas e, sobretudo, pela sociedade, que demandava por isso, visto que a demora judiaria se mostrava cada vez mais atual, o que acabava por prejudicar a satisfatoriedade do direito das partes em litígio, bem como a eficácia do processo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **A evolução do direito e a tutela de urgência**. [S.l.]: [S.n.], 2010. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/22/24>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 set. 2016.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, vol. III.

COSTA, Letícia Araújo. **O poder geral de cautela do juiz à luz do novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Um CPC democrático**. Disponível em: <http://eduardoneivadv.blogspot.com.br/2013_04_14_archive.html> Acesso em: 22 out. 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

_____. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Novo código de processo civil**: principais modificações. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**: execução e processo cautelar. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Projeto do Novo Código de Processo Civil** – Confronto entre o CPC atual e o Projeto do Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAIS JR., Juarez Antonio Tizzot de. **Tutelas Provisórias**: Uma análise comparativa com o novo Código De Processo Civil. 2015. 84p. Monografia (Curso de Graduação em Direito). - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, Ijuí, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil** – Lei 13.105/2015. São Paulo: Método, 2015.

PEIXOTO, Diogo Raimundo Araújo Jordão Rigaud. **Antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional e as tutelas sumárias de urgência e de evidência no novo CPC**. 2015. 68p. Monografia (Curso de Graduação em Direito). Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2015.

SILVA, Jaqueline Mielke. **A tutela provisória no novo Código de Processo Civil**. In: RUBIN, Fernando; REICHELDT, Luis Alberto (orgs). **Grandes Temas do Novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 115.

SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da Câmara dos Deputados em relação ao novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 39, v. 233, p. 152-186, set. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 24. ed. São Paulo: Universitária de Direito LTDA, 2008.

_____. **Curso de direito processual civil**. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.