

# PRIMEIRAS IMPRESSÕES SOBRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*Rossana Teresa Curioni Mergulhão\**

## 1. NOÇÕES GERAIS

Analisando a linha evolutiva do processo civil, observamos que o sincretismo jurídico (confusão entre o processo e o direito material tutelado) evoluiu para a instrumentalidade do processo, que passou a ser considerado como instrumento, colocado à disposição da parte para a obtenção do direito material.

O Código processual civil, atento à sua função instrumental prevê procedimentos especiais que se justifica em razão das peculiaridades do direito material, buscando adequar o procedimento à natureza do direito material. Essa preocupação avançou e chegou a atingir também o momento da prestação da tutela jurisdicional.

O Código em vigor (CPC/1973) trata das tutelas de urgência em processos distintos. A tutela antecipada no artigo 273 (inserida pela Lei n. 8.952 de 13 de dezembro de 1994) e a tutela cautelar, no Livro III, em processo autônomo,

\*Magistrada, mestre em Direito, pós-graduada em Antropologia, docente.

além das hipóteses específicas de decisões antecipatórias de mérito, em ações de procedimentos especiais, com requisitos também específicos para cada caso.

Com a inserção do instituto da tutela antecipada para qualquer tipo de ação de conhecimento e a dificuldade em se distinguir as tutelas acima, que gerou confusão na doutrina (DINAMARCO, 2007, p. 63), pois que a linha divisória entre as tutelas cautelar e antecipatória, em alguns casos, é muito tênue, razão pela qual a jurisprudência e posteriormente o legislador, passaram a adotar a fungibilidade procedimental entre as tutelas de urgência, garantindo à parte maior acesso à Justiça. O artigo 273 novamente foi objeto de alteração e então inserido o parágrafo 7º, admitindo a fungibilidade, ou seja, a possibilidade de o juiz, se presentes os requisitos legais, o magistrado está autorizado a conceder a tutela cautelar, no bojo do processo de conhecimento, dispensando, neste caso, o processo autônomo. Vê-se nesta alteração, o germe da reforma mais ampla que o novo Código de Processo Civil realiza, quando se fala nesse tema.

Assim, o presente trabalho buscará analisar as tutelas de urgência à luz do Novo Código de Processo Civil, o que necessariamente exigirá a análise das tutelas denominadas provisórias, uma breve diferenciação de cada espécie do gênero tutelas de urgência (tutela antecipada e tutela cautelar) e ainda fazendo a distinção das tutelas de evidência (não fundadas no perigo da demora), após, finalmente, analisar a disciplina legal das tutelas de urgência, alteradas no Novo Código de Processo Civil, que passa a tratar as duas espécies de tutela antecipada (urgência e cautelar), no mesmo título, tendo os mesmos requisitos para o seu deferimento, em observância aos princípios constitucionais da efetividade, da razoável duração do processo e da celeridade.

Assim, serão analisadas as tutelas de urgência, sem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas como primeiras reflexões sobre instituto, tão relevante no cotidiano forense..

## 2. TUTELAS DIFERENCIADAS

### 2.1 TUTELAS DE URGÊNCIA – ANTECIPATÓRIA DE MÉRITO E CAUTELAR

A tutela jurisdicional antecipada é um dos temas que mais têm chamado a atenção dos processualistas brasileiros. Embora conhecida há muito tempo e presente no ordenamento jurídico brasileiro, em normas espaçadas, como as que preveem a reintegração liminar na posse, passou a merecer mais atenção dos estudiosos, após o movimento conhecido como a “reforma do CPC”, que alterou a redação do artigo 273 daquele Código, para criar norma genérica, aplicável em princípio a todos os processos (CÂMARA, 2012, p. 97). Espraia-se agora pelo processo de conhecimento em geral.

Com a introdução dessa tutela antecipada no artigo 273 do atual Código processual, também surgiu questionamentos sobre a viabilidade dessa tutela nos procedimentos especiais.

Entendemos que é possível, desde que presentes os requisitos gerais, delineados no artigo 273 do estatuto processual, em alguns casos, como em reintegrações de posse, em ações propostas depois de ano e dia, já que os procedimentos especiais, em atenção à necessidade, de proteção imediata, não requerem para a concessão da tutela antecipatória, fundado receio de dano. É possível que no exemplo dado, seja difícil se vislumbrar fundado receio de dano, capaz de justificar a tutela do artigo 273 do Código de Processo Civil, mas não se pode afirmar a sua inviabilidade.

Portanto, o cabimento da tutela antecipatória do artigo 273, nos procedimentos especiais deve ser analisado em face de cada espécie de procedimento especial e tomando em consideração as diversas situações concretas que podem ocorrer.

Marinoni e Arenhart, ao abordarem o tema, assim ponderam:

Os procedimentos especiais são estruturados em atenção a determinadas particularidades do direito substancial. Em geral, admite-se a tutela antecipatória, a partir da constatação de que determinados direitos, em regra não podem ser evidenciados de plano, mas também merecem, por sua relevância social, tratamento diferenciado no plano do processo. Para

a efetiva tutela desses direitos, o legislador desenha procedimentos que obrigam o juiz a tutelar, ainda que provisoriamente no plano processual (com base em juízo sumário (provisório) sobre o mérito), o direito que é evidenciado de pronto.

Os procedimentos especiais que possuem previsão de tutela antecipatória em atenção à necessidade de proteção imediata de um direito evidente não requerem, para a concessão da tutela antecipatória, fundado receio de dano, mas apenas a demonstração do direito afirmado, ou preenchimento de determinados requisitos estabelecidos pelo legislador como imprescindíveis para a configuração da evidência do direito. (2006, p. 217)

É possível, portanto, que a necessidade de tutela antecipada muitas vezes pode não estar considerada no procedimento especial, em razão de suas peculiaridades e assim, pensamos que o artigo 273 deve incidir supletivamente nos procedimentos especiais.

Nesse mesmo sentido é a posição de Marinoni e Arenhart:

Aliás, justamente porque as várias hipóteses concretas não podem ser consideradas de antemão pelo legislador, é que o art. 273 deve incidir supletivamente nos procedimentos especiais, preenchendo os espaços vazios deixados pela impossibilidade da consideração prévia das diversas situações concretas que podem exigir a tutela antecipatória. (2006, p. 219)

A forma tradicional de prestação jurisdicional se dá através do processo de conhecimento, mediante rito comum, ordinário, que por natureza, é longo, pois o juiz é chamado a decidir, baseado em juízo de certeza. Ocorre que em muitas situações, e nos dias atuais, isso se dá de forma cada vez mais recorrente, em que não se pode esperar o tempo necessário à formação do juízo de certeza exigido para se proferir a sentença, havendo necessidade de se prestar uma tutela jurisdicional satisfativa mais rápida, para se tutelar adequadamente o direito material.

Assim, a criação de uma forma diferenciada de prestação da tutela jurisdicional, em que se obtivesse tutela satisfativa com celeridade, fez-se necessária. Surgiu, então, a tutela antecipada, forma de tutela sumária (PISANI, 1994, p. 597), de natureza satisfativa, no bojo do processo de conhecimento, com base em juízo de probabilidade. Trata-se, portanto, de forma de tutela diferenciada, que por isso é considerada como excepcional.

A Constituição Federal atenta às peculiaridades do tempo atual, em 2004, pela Emenda Constitucional n. 45, inseriu no artigo 5º, inciso LXXVII,

o princípio da duração razoável do processo, dispondo que *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

Conclui-se, portanto, que a tutela diferenciada está afinada com o espírito constitucional, visando, quando presentes os requisitos legais, uma pronta prestação jurisdicional.

Arruda Alvim, analisando o tema, assim se manifesta:

A demora dos processos é um mal universal. Essa tendência continuada dos legisladores, de tentarem agilizar a Justiça, tem sido a resposta correspondente ao grande aumento do acesso à Justiça, mercê do qual o aparato estatal tradicional, seja tendo em vista o seu tamanho, a sua eficiência, não tem logrado atender com a rapidez desejável.

As motivações decorrentes do tema do acesso à Justiça tendo em vista o tempo gasto no processo – maior ou menor interregno verificado entre a consumação da lesão a determinado patrimônio jurídico e sua recomposição – são as que informam basicamente a tutela antecipatória do art. 273 (...)

Ao lado da desejável aspiração geral à celeridade de Justiça, tornou-se muito mais aguda a necessidade das tutelas de urgência, em nossa civilização (industrializada e de massa, com autêntica multiplicação de situações de emergência, pelos multiformes danos que podem ocorrer. (...)) É esse o contexto que informa, precipuamente, o disposto no inc. I, do art. 273. (2013, p. 883)

A tutela antecipatória de mérito tem ao seu lado, a tutela cautelar, também possível para evitar os efeitos maléficos do tempo, porém, com natureza diversa. Ainda que distintas, as suas naturezas, não raro conduz a todos os “operadores do direito” a equívocos, levando-se a pleitear uma pela outra.

Embora distintas na essência, não se pode olvidar que tanto a antecipação da tutela quanto a tutela cautelar derivam do mesmo gênero, qual seja, tutela jurisdicional de urgência. Os pontos de tangenciamento entre os dois institutos não raro conduzem os operadores do direito a equívoco, levando-os a requerer uma medida pela outra. (DONIZETTI, 2010, p. 396)

O Código de Processo Civil atual, para evitar o inconveniente de postergação da tutela pleiteada, em razão do formalismo processual (exigência de processos distintos), fato que redundaria em graves prejuízos para a efetividade do processo, o artigo 273 sofre uma segunda alteração, por força

da Lei n. 10.444 de 07.05.2002, inserindo-se o parágrafo 7º, contemplando a regra da fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipada, dispensando a instauração de processo autônomo para deferimento de providência de natureza cautelar, quando formulado a título de antecipação de tutela, na petição inicial ou no curso do procedimento, se presentes os requisitos legais.

Embora não prevista, a doutrina e jurisprudência entendem que a fungibilidade é de mão dupla, ou seja, possível também a antecipação de tutela requerida equivocadamente como medida cautelar. Em nome da efetividade que tal alteração incute no processo de conhecimento, *é de bom alvitre desprezar diferenças terminológicas entre a cautelar e tutela antecipatória* (DONIZETTI, 2010, p. 397).

Conforme já observado, muito embora haja equívocos na caracterização das diferentes espécies de tutela de urgência, não se pode negar que são distintas e o Novo Código deixa clara essa distinção, ainda que trate ambas de forma conjunta.<sup>1</sup>

Assim se posicionam Marinoni e Arenhart:

A falta de distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar é resultado de uma visão panprocessualista (ou preocupada apenas com o direito processual e não com o direito material), onde não imporá o resultado que a tutela jurisdicional proporciona ao consumidor do serviço jurisdicional, mas apenas as características formais e de ordem processual que permitem sua identificação e conseqüente classificação (ou mesmo que não se classificarem as tutelas finais). Ou melhor: não conseguir distinguir tutela antecipatória de tutela cautelar é apenas uma conseqüência lógica de não se classificarem as tutelas finais. (2006, p. 227)

Ambas são tutelas diferenciadas, de cognição sumária, incompleta, não exauriente. Permanece no campo da mera plausibilidade.

Nery Jr e Rosa Nery sustentam ser a tutela antecipada dos efeitos da tutela de mérito,

providência que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução lato sensu, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento. (...)

---

1 Livro V, Título II, arts. 300/310.

Com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito no direito brasileiro, de forma ampla, não há mais razão para que seja utilizado o expediente das impropriamente denominadas “cautelares satisfativas, que constitui em si uma *contradictio in terminis*, pois as cautelares não satisfazem: se a medida é satisfativa, é porque, *ipso facto*, não é cautelar. É espécie do gênero tutelas diferenciadas. (2014, p. 652)

Wambier e Talamini, ao tratar do tema, mencionam os traços diferenciais entre as duas espécies de tutela de urgência:

O traço distintivo predominante reside na finalidade da medida cautelar: precipuamente, a de evitar ou a de minimizar o risco de eficácia do provimento final. A tutela antecipada pressupõe direito que, desde logo, aparece como evidente e que por isso deve ser tutelado de forma especial pelo sistema.

(...)

Existe ainda outro critério distintivo de que frequentemente tem lançado mão a doutrina. É o do conteúdo da providência urgente: com a tutela antecipada, há o *adiantamento* total ou parcial da providência final; com a tutela cautelar, concede-se uma providência destinada a *conservar* uma situação até o provimento final, e tal providência conservativa não coincide com aquela que será outorgada pelo provimento final. Nessa linha, medida tipicamente cautelar é aquela em que se concede providência consistente em pressuposto para a viabilização da eficácia da ação principal ou do provimento final, e não a própria eficácia. Por exemplo, o arresto e o sequestro não são medidas coincidentes com o que se pleiteia a final. São, portanto, segundo esse critério, medidas cautelares. (2015-A, p. 458)

Salutar transcrever a conclusão de Ricci:

Estou plenamente convicto de que os provimentos antecipatórios possuam natureza diversa dos provimentos cautelares; e, portanto, não posso olhar com simpatia uma união indiscriminada dos provimentos antecipatórios e provimentos cautelares do ponto de vista da disciplina. *É, por outro lado, verdadeiro que a separação teórica entre provimentos antecipatórios nem sempre é advertida na Europa com a mesma precisão que é advertida na doutrina brasileira. Mas as minhas convicções levam-me a compartilhar, sobre este tema, das orientações da doutrina brasileira.* (s.d., p. 92)

As tutelas de urgência vem tratada pelo Novo Código de Processo Civil, no Livro V, Título II, Capítulos I e II.

O artigo 300, *caput*, prevê que a tutela de urgência será deferida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. O parágrafo 1º. prevê a possibilidade de o juiz exigir caução, conforme o caso concreto recomende e o parágrafo 2º. trata do momento em que a medida pode ser deferida, liminarmente ou após justificação prévia. Já o parágrafo 3º repete a restrição quanto a não concessão de tutela de urgência, quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

O artigo 301 refere-se a tutela de urgência de natureza cautelar, trazendo um rol exemplificativo de algumas medidas que podem ser concedidas, visando assegurar o direito.

Assim, enquanto o art. 273 do atual CPC exige prova inequívoca e verossimilhanças das alegações, o novel dispositivo exige apenas a comprovação da plausibilidade do direito, atenuando em parte os requisitos para o deferimento da tutela antecipada de urgência. Já no que se refere ao requisito do dano irreparável ou de difícil reparação, a exigência é semelhante a do Código atual.

Dessa forma, analisadas as tutelas de urgência, modalidade de tutela diferenciada e suas espécies. Passa-se às observações sobre a outra modalidade de tutela diferenciada, as tutelas de evidência.

## 2.2 TUTELAS DE EVIDÊNCIA

Modalidade de tutela diferenciada, a tutela de evidencia também é uma das espécies de tutela antecipatória, não fundada no perigo de dano, mas sim no abuso de um direito, o direito de defesa, visando protelar o andamento do processo e retardar a entrega da prestação jurisdicional. Trata-se, na verdade de uma sanção, em perfeita harmonia com o princípio da duração razoável do processo (CF/1988, art. 5º., LXXVIII).

Câmara, que empregou antes a terminologia, adere a essa terminologia utilizada por Fux (1996, p. 305-311), e assim traz:

Tem-se, pois, verdadeira antecipação-sanção, já que aqui a tutela antecipada atua como sanção contra o abuso do direito de defesa. A rigor não há sanção mais grave para quem pretende protelar do que imprimir uma maior



aceleração à entrega da prestação jurisdicional. Foi o que fez o legislador, criando-se desse modo uma técnica sancionadora eficiente contra o abuso do direito de defesa. Tal técnica de antecipação de tutela, registre-se, encontra pleno apoio no disposto no art. 5o., LXXVIII, da Constituição da República. Afinal, se existe a garantia constitucional de duração razoável do processo (ou, o que dá no mesmo, o direito, constitucionalmente assegurado, a um processo sem dilatações indevidas), se é dever o estado criar os meios que assegurem a entrega da tutela jurisdicional tempestivamente, é razoável que sejam criados meios destinados a inibir condutas processuais protelatórias, como se tem *in casu*. (CÂMARA, 2012, p. 84)

Essa espécie de tutela antecipada encontra paralelo no direito comparado, no Direito Processual francês, conhecido, lá, esse instituto, como *jurisdiction de refere*.<sup>2</sup> A lei francesa afirma ser cabível a concessão dessa medida sempre que a defesa do réu não for séria.

O Código processual brasileiro não faz alusão à falta de seriedade, optando por falar em abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu, porém trata-se do mesmo fenômeno. *Não sendo séria a defesa do réu, deverá ele ser sancionado através da antecipação do resultado prático que o autor pretende obter através do processo* (CÂMARA, 2012, p. 505).

Outras hipóteses que também caracterizam essa espécie de tutela antecipatória estão previstas, atualmente no parágrafo 6º, do artigo 273, ou seja, quando um ou mais pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

Nesses casos de antecipação, a decisão se dará em decisão interlocutória, mas com base em cognição exauriente e definitiva, pois não haverá produção de outras provas e ao se tornar irrecorrível, alcançará a autoridade de coisa julgada material. Trata-se, portanto, de autorização de cisão do julgamento do mérito. Além disso, nesses casos, não há incidência da restrição prevista no parágrafo 2º, art. 273, do código processual civil, quanto à impossibilidade de concessão da tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

A Lei n. 13.105/2015, cuida da tutela de evidência, no artigo 311, estabelecendo que a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando ficar caracterizada uma das hipóteses enumeradas nos seus incisos.

---

2 Art. 848 da *Nouveau code de procédure civile*

Antes tratada em conjunto com a tutela antecipada, no artigo 273 do Código atual, a tutela de evidência ganhou importância com o novo estatuto processual, onde é tratada no Título III, no artigo 311.

Espécie de tutela provisória, mas não de urgência, o requisito do perigo da demora não é exigido para a sua concessão. Em determinados casos, o direito invocado pela parte se mostra com um grau de probabilidade tão elevado que se torna evidente e não se dar um tratamento diferenciado, nessas situações, poderia ser considerado uma espécie de denegação de justiça, na medida em que se sacrifica o autor diante do tempo do processo (FUX, 1996, p. 321).

Dentre as hipóteses trazidas nos incisos do artigo 311, destacam-se duas delas, as previstas nos incisos II e III, em que o juiz está autorizado a conceder a tutela provisória de evidência, liminarmente, antes da contestação.

O inciso II exige a cumulação dos dois requisitos: que a situação fática apresentada pelo autor puder ser comprovada apenas documentalmente e isso ocorre, com a inicial e que a tese jurídica envolvendo a questão esteja pacificada, em sede de julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Já o inciso III, prevê uma situação de tutela de evidência, para caso em que no atual código (CPC/1973), trata em procedimento especial de depósito. Exige-se a prova documental do contrato de depósito e autoriza a cominação de multa para a não entrega.

De ser frisado que a tutela de evidência ainda não se confunde com o julgamento antecipado (arts. 355 e 356, NCPC). Na tutela de evidência, a decisão pauta-se em cognição sumária, portanto, traduz uma decisão revogável e provisória.

Feitas as observações sobre a tutela de evidência, passamos ao tratamento das tutelas de urgência no Novo Código de Processo Civil.

### 3. PROCEDIMENTOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

#### 3.1 DISPOSIÇÕES GERAIS

O Novo Código de Processo Civil trata das tutelas denominadas, por ele, de provisórias, no Livro V, Título I, nos artigos 294 a 299.

O artigo 294 inaugura o regime jurídico da tutela provisória, esclarecendo que o gênero (tutela provisória) pode fundar-se na urgência e evidência, porém, elas não se confundem, conforme analisado acima. A tutela de urgência está voltada a afastar o **perigo da demora**, ao passo que a tutela de evidência baseia-se no alto grau de probabilidade do direito invocado.

O parágrafo único do referido artigo traz a divisão da tutela de urgência, em tutela cautelar e tutela antecipada, bem como autorizando a concessão em caráter antecedente ou incidental.

Verifica-se que o Novo Código de Processo Civil praticamente adota um regime jurídico único para as tutelas de urgência. Recebem o mesmo tratamento jurídico, pois embora de naturezas diversas, ambas estão vocacionadas a neutralizar os males do tempo no processo judicial (DINAMARCO, 2013, p. 59), mesmo que por meio de técnicas distintas, uma preservando (cautelar) e outra satisfazendo (antecipatória de mérito).

O artigo 295 prevê que a tutela provisória, quando requerida, incidentalmente, independe de pagamento de custas. Pode ser requerida no curso do processo e será concedida, se preenchidos os requisitos legais. Deixa claro, portanto, que desapareceu do sistema processual brasileiro, o processo cautelar autônomo.

O art. 296 trata da eficácia da tutela provisória. Uma vez concedida, em regra, em decisão interlocutória, a tutela provisória, conserva sua eficácia na pendência do processo. Mesmo que haja interposição de recurso de agravo (art. 1015, I, NCPC), que não tem efeito suspensivo, enquanto não concedido efeito suspensivo ou revogada, a decisão continuará a produzir seus efeitos. Havendo sentença de procedência, o capítulo da sentença que trata da tutela provisória não está sujeita ao efeito suspensivo, produzindo seus efeitos (art. 1012, V, NCPC).

No caso de sentença de improcedência, no entanto, a tutela provisória deixará de produzir seus efeitos, mesmo que haja apelação, já que nesse caso, a apelação não estará sujeita ao efeito suspensivo, pois caso contrário, dar-se-ia prevalência a uma decisão provisória, fundada em cognição sumária, sobre uma decisão definitiva, fundada em cognição exauriente (CAMIÑA MOREIRA, 2003, p. 268). Há, porém, casos que mesmo diante de sentença de improcedência, o juiz entenda ser o caso de manter-se os efeitos, com no

caso trazido por Teresa Wambier (2015-B, p. 490), em que há divergência de entendimento no tribunal e a revogação traria graves prejuízos ao autor.

O artigo estudado ainda trata da revogação ou modificação da tutela provisória. Entendemos que, para ocorrerem as alterações da decisão, pelo próprio juiz prolator da decisão, necessário que a decisão seja fundamentada e que haja recurso, abrindo-se a possibilidade de juízo de retratação ou mediante novos elementos de prova, sob pena de insegurança e até arbitrariedade.

Por fim, o dispositivo legal traz regra no sentido de que a tutela provisória conserva a sua eficácia, mesmo durante o período de suspensão. Regra semelhante, encontramos hoje, no Código de 1973, no parágrafo único, do artigo 807, ao tratar as disposições gerais sobre o processo cautelar.

Em relação ao artigo 297, o Novo Código cuida do cumprimento provisório da sentença. Observamos que no caso, se trata de um título provisório, portanto, aplicáveis as regras previstas nos artigos 520 a 522 do Novo Código de Processo Civil, aplicáveis também às obrigações de pagar e no que couber, às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa (WAMBIER, 2015-B, p. 491).

Teresa Wambier assim se posiciona:

De forma bem resumida, pode-se dizer que a execução fundada num título provisório processar-se-á tal como a definitiva, ressaltando-se basicamente que o exequente responderá objetivamente pelos danos causados ao executado na hipótese de reforma da decisão, obrigando-se à restituição ao das partes ao *status quo* e, bem assim, que os atos executivos e/ou expropriatórios que causarem grave prejuízo ao executado são, via de regra, precedidos de caução.

(...)

A segunda premissa liga a forma de execução à natureza da obrigação que se pretende efetivar. Assim, tratando-se de um provimento condenatório de uma obrigação de pagar serão observadas as disposições referentes ao cumprimento provisório das obrigações de pagar (arts. 520 a 522); tratando-se, por sua, vez, de obrigação de fazer ou não fazer e de entrega de coisa, a efetivação respeitará o instrumental previsto nos arts. 536 a 538.

(...)

A terceira e última premissa impacta as duas anteriores e está traduzida pelo termo “no que couber”, previsto na letra da lei. Com efeito, permite-se aos juiz liberdade de atuação, com base na proporcionalidade, de forma a garantir a efetividade da tutela provisória no caso concreto, afastando, quando e se for o caso, a incidência integral e irrestrita das premissas anteriores, ou seja, da utilização dos “freios” da execução provisória ou mesmo da tipicidade e adequação dos meios executivos. (2015-B, p. 491)

Observa-se, no entanto, que numa perspectiva do modelo constitucional do processo que, em situações possibilita-se a relativização da tipicidade e/ou adequação da execução. Quando necessário à efetividade da tutela, permite-se ao juiz adaptar um modelo que seja efetivo.

Teresa Wambier (2015-B, p. 492) sustenta que, por exemplo, diante da urgência e dos bens em jogo, é facultado ao juiz afastar-se do modelo executivo previsto para as obrigações de pagar, por exemplo, para se utilizar do instrumental para cumprimento das tutelas específicas (fazer, não fazer e entregar coisa), efetivando a tutela provisória de pagamento *per officium iudicis*, com expedição de mandado de pagamento, sob pena de medidas coercitivas como multa, configuração de crime de desobediência etc.

Assim seria possível a *fungibilidade de meios executivos*, utilizando meios executivos previstos em um modelo executivo, para executar outro, espécie de fungibilidade, aliás, permitida pelo art. 139, IV, do NCPC.

Como é obvio, as decisões referentes às tutelas de urgência, como de resto todas as demais decisões judiciais devem ser *fundamentadas*. O novo código se preocupa em reforçar a garantia constitucional prevista no artigo 93, IX, no sentido de que todas as decisões devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 298).

Encerrando o capítulo das disposições gerais, o novo estatuto processual cuida *competência* do juízo, para a concessão de tutela provisória de todas as espécies (urgência: cautelar e antecipada; evidência). No caso de tutelas incidentais, será competente o juízo da causa e quando antecedentes (requeridas antes do requerimento do pedido principal), o juízo competente para conhecer do pedido principal, que vale apenas para as tutelas de urgência, pois a tutela de evidência exige um processo preexistente. Já, se a ação for de competência originária de tribunais ou nos casos de tutela provisória (qualquer que seja a espécie) requerida na fase recursal, o juízo competente será o órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito do recurso, ou seja, a tutela provisória nessas hipóteses deverá ser requerida diretamente no tribunal competente, cabendo ao relator decidi-la. Portanto, as tutelas provisórias podem ser requeridas não só em primeira instância, mas também na fase recursal, perante os tribunais. Nesse aspecto, salutar lembrar-se das súmulas 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal, aplicadas também pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja manutenção não mais fará sentido.

Feitas essas considerações, passa a análise dos procedimentos das tutelas de urgência (antecipada e cautelar) requerida em caráter antecedente.

### 3.2 PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

O Novo Código de Processo Civil prevê em capítulos distintos, os procedimentos de cada espécie de tutela provisória.

No capítulo II, Título II, do Livro V, os artigos 303 e 304, estão as normas que desenham o procedimento da tutela antecipada antecedente.

Inicialmente, registramos que sob a égide do atual Código de Processo Civil, numa interpretação literal, só é possível a busca antecedente de tutela cautelar, em procedimento preparatório. O novo código altera essa situação, extinguindo a autonomia do processo cautelar e possibilitar que se requeira tutela antecipada, em caráter antecedente (art. 303), muito embora, de forma inusitada refira-se a procedimentos cautelares hoje típicos e nominados, no artigo 301.

O referido artigo dispõe que 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 asseguaração do direito. Porém, tais medidas são estranhas ao novo texto. Para se entender, necessário se faz a utilização de normas do Código de Processo Civil de 1973.

A tutela antecipada antecedente poderá ser pleiteada, por meio de uma petição inicial, limitando-se a indicar o pedido de tutela final, com exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, bem como o valor da causa, considerando-se já o pedido de tutela final pretendida, recolhendo-se as custas necessárias, salvo casos de gratuidade da justiça. Trata-se de uma petição inicial simplificada, sem necessidade de serem observados todos os requisitos dos artigos 319 e 320, correspondentes aos artigos 282 e 283 do Código processual em vigor (CPC/1973).

O parágrafo 6º, do artigo 303 prevê a possibilidade de emenda dessa petição inicial, se houver algum defeito que possa ser corrigido pelo autor.

Assim, se o juiz entender que não há elementos para a concessão da tutela antecipada, não deverá indeferi-la, mas determinar a emenda ou designar audiência de justificação (§ 2º, art. 300). Se for determinada a emenda e o autor permanecer silente, a consequência será o indeferimento da petição inicial e a extinção do processo sem resolução do mérito.

Para a concessão da tutela provisória, nos termos do caput, do artigo 300 do novo código, exige-se que seja comprovada a *existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*. Essa comprovação pode se dar de plano, por meio de prova documental ou após justificação prévia (§ 2º.), inovação, pois no código de 1973 não há essa autorização expressa, razão pela qual suscita discussões sobre a possibilidade ou não de ser realizada.

O Novo estatuto processual autoriza o juiz a exigir *caução real ou fidejussória*, para a concessão da tutela de urgência (antecipatório ou cautelar), conforme parágrafo 1º, do art. 300. Essa exigência pode ocorrer no momento da concessão ou quando da sua execução<sup>3</sup> e ainda poderá ser flexibilizada, no caso hipossuficiência econômica, sob pena de violar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

No momento da análise do pedido de tutela antecipada, a lei traz uma restrição, ou seja, não poderá ser concedida a tutela provisória, se houver perigo de *irreversibilidade* dos efeitos da decisão (§ 3º, art. 300), que se relaciona com a tutela de urgência antecipatória de mérito (satisfativa), pois a tutela cautelar (conservativa), em princípio, não ostenta potencial de irreversibilidade.

A irreversibilidade que se trata aqui é a fática, a irreversibilidade das consequências da efetivação da tutela de urgência, pois juridicamente sempre será possível a reversão, seja pela revogação, cassação ou modificação.

Porém, já sob a vigência do Código de 1973, a doutrina e a jurisprudência tem abrandado a aplicação deste dispositivo, nos casos de extrema urgência, quando os efeitos irreversíveis em qualquer hipótese, concedendo-se ou não, a tutela antecipada. Nesses casos, conforme pondera Dinamarco (2007, p. 73 e ss), *caberá ao juiz proceder a uma valoração comparativa dos riscos, escolhendo aquele que causar o menor dos males*.

Se *deferida* a tutela provisória, passa-se, então para o momento de *aditamento* da referida petição, ai sim, para inclusão de todas as exigências

---

3 Art. 297 c.c. art. 520, inciso IV, NCPC.

legais. Esse aditamento será feito nos próprios autos, sem incidência de novas custas (§ 4º). O pedido principal deve ser confirmado.

Se o pedido for de tutela antecipada antecedente, exige a norma que na petição inicial seja mencionado expressamente de que dada a urgência da situação, formula-se somente pedido de tutela antecipada. Se concedida a medida, a petição deverá ser aditada.

No aditamento, o autor deverá complementar sua argumentação, juntar novos documentos (qualquer documento ainda não juntado, inicialmente, por se relacionarem ao pedido inicial) e *confirmar* o pedido de tutela final, não novo pedido, no prazo de quinze dias (prazo legal), ou outro que o juiz fixar (prazo judicial).

Se concedida a tutela antecipada, o requerido será intimado e citado para audiência, visando a autocomposição (inciso II, § 1º, art. 303.). Frustrada a autocomposição, passa a fluir o prazo para contestação (inciso III, § 1º, art. 303.). O réu poderá também recorrer da decisão, por meio de agravo de instrumento (art. 1015, I, NCPC).

Ocorrendo a concessão da tutela antecipada e o aditamento, dentro do prazo, pelo autor, a ação seguirá o procedimento comum. Se não for realizado o aditamento pelo autor, o processo será extinto sem resolução do mérito, cessando a eficácia da medida concedida (§2º, art. 303).

É salutar lembrar-se que o artigo 302 do novo código, cuida da *responsabilidade objetiva*, hipóteses em que, por imposição legal, o requerente da tutela de urgência terá o dever de indenizar o requerido, se a medida for efetivada e o prejuízo se consumir. Assim, é preciso que a medida concedida seja executada.

Outra novidade trazida pelo novo estatuto processual é a prevista no artigo 304. Trata-se da possibilidade de *estabilização da tutela antecipada*, que segundo a doutrina, gerará intensa discussão no âmbito doutrinário e também jurisprudencial (WAMBIER, 2015-B, p. 510).

A lei pretende que se a decisão proferida em sede de tutela antecipada, na modalidade antecedente, baseada em cognição sumária, satisfizer as partes, ainda que sem força de coisa julgada, não haverá obrigatoriedade de se prosseguir no processo, visando uma decisão de cognição plena, com força de coisa julgada material.

Nesse ponto, embora o novo código praticamente tenha reconhecido o mesmo regime jurídico para as tutelas cautelar e antecipatória, verifica-se que



não as igualou totalmente. Ganha relevo, assim, a diferenciação entre ambas, nesse campo, pois a técnica conservativa presume uma providência protetiva e temporária até que a parte possa ser satisfeita pelo pedido principal.

Outro ponto relevante e também polêmico é a questão da previsão somente em relação à tutela antecipada concedida em caráter antecedente, por interpretação literal do art. 304 que remete ao artigo 303 do novo código. Humberto Theodoro Júnior se posiciona no sentido de que não se justifica o tratamento diferente:

(...) nada justifica o tratamento diverso, pois não há diferença substancial entre a estabilização no curso do procedimento de cognição plena ou naquele prévio ou antecedente: em ambos os casos, a tutela sumária é deferida com fase nos mesmos requisitos e cumpre o mesmo papel ou função. (2012, p. 13)<sup>4</sup>

Outro ponto que merece ser consignado é a possibilidade ou não de estabilização da tutela de evidência (art. 311, NCPC).

Teresa Wambier chama a atenção e entende que da mesma maneira do caso anterior, não há razão para que seja afastada a estabilização no caso de tutelas de evidência:

(...) não vemos qualquer razão para que seja tolhida essa possibilidade. Na tutela de evidência, em razão da grande probabilidade do direito em favor do autor, também deve ser permitida a técnica de estabilização, evitando-se com isso o prosseguimento do processo, caso não haja um recurso contra a decisão que a concede. (2015-B, p. 512)

Quanto à estabilização, conforme o novo código, a tutela torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto recurso. Assim, numa interpretação literal, o que determina a estabilização seria a providência recursal (caput e § 1º, art. 304). Mesmo havendo contestação, se não houver recurso, a tutela se torna estável.

Porém, conforme observa Teresa Wambier (2015-B, p. 512), essa interpretação não pode prevalecer. *Em verdade, qualquer forma de oposição (v.g., contestação, reconvenção) deve ter o condão de evitar a extinção do processo. Basta a resistência, a manifestação do inconformismo pelo réu, a qual pode se dar não só pelo recurso.* Caso contrário, o que se experimentará é um aumento dos

---

4 No mesmo sentido: Teresa Arruda Alvim Wambier et al (2015-B, p. 511-512).

agravos de instrumento nessa situação, o que contraria um dos objetivos da reforma processual.

Deve ser frisado, no entanto, que mesmo não havendo resistência do requerido, se a petição inicial não for admitida (I, art. 303), não haverá estabilização da tutela antecipada, mas sim a extinção do processo (§ 2º, art. 303), com a perda da eficácia da medida antecipatória deferida.

Ainda quanto à estabilização, como parece inevitável a sua permanência no sistema jurídico, talvez fosse razoável se excepcionar essa possibilidade, em casos envolvendo direito indisponível e quando a parte fosse citada por hora certa ou por edital.

Tendo ocorrido a estabilização da tutela antecipada, qualquer das partes poderá demandar a outra, com a intenção de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada (§§ 2º, 3º, e 4º, art. 304). Isso através de outra ação, com cognição exauriente, iniciada por quem tiver interesse em discutir a antecipação da tutela, observando-se que enquanto não revista, a medida antecipatória conserva seus efeitos (§ 3º, art. 304), ocasião que os autos do processo onde foi concedida a tutela antecipada deverá ser desarquivada, para instruir a petição inicial da nova ação, caso em que o juízo daquela será prevento (§ 4º, art. 304). Ação para essa finalidade (rever, reformar ou invalidar tutela antecipada estabilizada) extingue-se em dois anos (§ 2º, art. 304), iniciada a contagem da ciência da decisão que extinguiu o processo. Trata-se de prazo decadencial, porém não faz coisa julgada material (§ 6º, art. 304), obviamente, nem seria necessária essa disposição legislativa, pois incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial, por isso, provisória e sujeita a confirmação.

No entanto, o fato de decorrido o prazo decadencial, nada impede, respeitado o prazo prescricional pertinente, que qualquer das partes ingressem com nova demanda, com cognição exauriente, relativa ao mesmo bem da vida discutido na ação que foi extinta (WAMBIER, 2015-B, p. 514).

### 3.3 PROCEDIMENTO DA TUTELA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Esse procedimento vem tratado no capítulo III, Título II, do Livro V, nos artigos 305 a 310.

Verifica-se uma diferenciação dos procedimentos, dependendo da natureza da tutela de urgência, conforme deixa claro o parágrafo único do artigo 305, dizendo que se o juiz entender que o pedido se refira a uma tutela antecipada, observará o disposto no artigo 303. Esse parágrafo reforça a ideia de procedimentos distintos, o que necessariamente exigirá, que se analise a natureza da tutela de urgência solicitada, inclusive para fins de estabilização, se o caso.

Em se tratando de tutela cautelar antecedente, recebida a petição inicial, cujos requisitos vêm descritos no artigo 305, deferida ou não a medida, liminarmente, o réu será citado para em cinco dias, contestar o pedido cautelar, indicando as provas que pretende produzir, conforme prevê o artigo 802 do atual Código. Se concedida a medida liminarmente, no mesmo ato da citação será intimado, abrindo-se possibilidade de interpor recurso, observando-se que não havendo, não há consequência processual da estabilização.

No caso de revelia, o juiz decidirá em cinco dias, não necessariamente favorável ao autor, pois a presunção é relativa. O ato do juiz será uma decisão interlocutória, limitada à tutela cautelar, sujeita a recurso de agravo de instrumento, portanto, não faz coisa jugada material, salvo se reconhecer a decadência ou a prescrição. Em havendo contestação, seguirá o rito comum.

Cumprida, executada a medida cautelar, o autor terá o prazo de trinta dias para formular o pedido principal, nos mesmos autos em que foi deduzido o pedido cautelar, sem pagamentos de novas custas, sendo extinta a autonomia do processo cautelar. Nesse momento também a nova lei processual admite que o autor adite a causa de pedir.

Observadas essas exigências, as partes serão intimadas por seus advogados ou pessoalmente, para audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334, § 3º, NCPC, desnecessária nova citação. Não havendo composição em relação ao pedido principal, fluirá o prazo para contestação (art. 335, § 4º).

A medida cautelar concedida em caráter incidente produz seus efeitos até eventual modificação por força de recurso da decisão concessiva ou por

ser julgado improcedente o pedido principal. O artigo 309 dispõe ainda que cessará a eficácia, se o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal; não for efetivada dentro de trinta dias; ou se o juiz extinguir o processo sem resolução de mérito. Há outra hipótese não mencionada, a situação de se executar a medida liminar e o pedido cautelar ser julgado procedente. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

Consigne-se que em caso de cessação da eficácia da medida cautelar efetivada, o autor responderá pelo dano processual e prejuízos que viera a causar à parte contrária, conforme prevê o artigo 302, já mencionado anteriormente.

Por fim, o artigo 310 reconhece a independência entre a tutelar cautelar e a tutela satisfativa. Muito embora não seja deduzida a pretensão cautelar em processo autônomo, ela não perdeu a característica da instrumentalidade.

## 4. CONCLUSÃO

O novo Código de Processo Civil, que deverá entrar em vigor a partir do próximo ano, trouxe profundas alterações no tocante às tutelas de urgência e de evidência, visando, sobretudo, atingir a efetividade e a celeridade da prestação jurisdicional.

Nesse sentido, a antiga diferenciação entre tutela antecipada e medida cautelar, prevista no atual CPC, cede lugar à previsão conjunta das tutelas de urgência e de evidência, que podem ser requeridas de forma preparatória ou incidental.

O novo código extingue a autonomia do processo cautelar, mas não com a tutela cautelar, que continua a existir. O que faz o novo estatuto processual é romper com a tradição adotada pelo sistema processual brasileiro, na qual se prevê um processo autônomo para a tutela cautelar (Livro III), com noventa e oito artigos, segundo a doutrina, afastando-se do direito italiano e aproximando-se do sistema francês.

Embora trate em título único, o novo código reforça a distinção das naturezas das tutelas antecipada e cautelar, ao prever a possibilidade de estabilização da tutela antecipada, quando não controvertida questão, mas não em caso de tutela cautelar.

Crítica-se a inserção do instituto da estabilização, pois que não faz parte da cultura e do sistema processual brasileiro. E considerando a sua existência no sistema jurídico, o texto da lei merece críticas, conforme expostas ao longo do texto, como no caso de se admitir a referida estabilização em casos de tutelas de urgência antecedente, concedidas em sede de tutela sumária, não exauriente e não no caso de tutela de evidência, que ocorrer pautada no juízo de probabilidade elevado.

Caberá à doutrina e à jurisprudência, com a entrada em vigor do novo diploma processual civil, sanar eventuais incorreções e controvérsias na aplicação da lei processual. Do contrário, o que se verá é um incontável número de recursos, sobrecarregando os Tribunais e colocando por terra os objetivos almejados pelo legislador.

Não se pode ignorar que o simples fato de um novo estatuto processual estar em vigor não significa um novo processo. Exige-se muito mais, novas mentes, novas posturas.

## 5. REFERÊNCIAS

ARRUDA Alvim. *Manual de direito processual civil*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

CAMIÑA MOREIRA, Alberto. *Nova reforma processual civil comentada*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2007.

DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 14ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e Tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.  
MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoles: Jovense, 1994.

RICCI, Edoardo. “Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália”. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 7, Curitiba: Genesis, s.d.

THEODORO JUNIOR, Humbert; ANDRADE, Érico. “A autonomia e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC”. *Repro*. vol. 206. São Paulo: RT, abr. 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015-A, vol. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015-B.