A TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

THE PROVISIONAL PROTECTION IN THE CIVIL PROCEDURE CODE OF 2015

Renata Valera[1]

DATA DE RECEBIMENTO: 17/02/2019
DATA DE APROVAÇÃO: 13/06/2019

RESUMO: Este estudo analisa a tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro sob a vigência do "Novo" Código de Processo Civil (Lei n° 13.105 de 16/03/2015), com o objetivo de examinar alguns aspectos das tutelas de urgência e evidência, com ênfase nas novas abordagens do tema e em algumas diferenças da legislação revogada (o Código de Processo Civil de 1973).

ABSTRACT: This study analyzes the provisional protection in the Brazilian legal system under the "New" Civil Procedure Code (Law n° 13,105 of 03/16/2015), with purpose of verify some aspects of urgency's protection and evidence's protection, with emphasis on the new guidelines of the theme and some differences in the repealed legislation (the Civil Procedure Code of 1973).

PALAVRAS-CHAVE: Tutela provisória; tutela de urgência; tutela antecipada; tutela cautelar.

KEYWORDS: Provisional protection; urgency's protection; advance protection; injunctive relief.

INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará o tema da Tutela Provisória do "Novo"[2] Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), objetivando examinar algumas diferenças com a ordem processual revogada, a fim de esclarecer os novos parâmetros de atuação deste instrumento processual.

[1] Pós graduada em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Damásio de Jesus. Pós graduanda em Direito Processual Civil e em Direito Imobiliário pela Universidade Cândido Mendes. E-mail: renatavalera@gmail.com.

[2] É engraçado falar de "novo" código ao pensar que a legislação foi promulgada em 2015 e entrou em vigor em 2016, de modo que já há cerca de 3 anos ele está sendo aplicado. No entanto, se comparado ao "antigo" código (que foi promulgado em 1973 e entrou em vigor em 1974), a Lei n° 13.105/2015 ainda é bastante recente. Portanto, ainda será tratada neste ensaio como "nova".

Trata-se de assunto recente, em virtude do pouco tempo de vigência do Código. Apesar disso, há extensa bibliografia a respeito. Contudo, é tema de relevância, pois ainda não foi consolidado na prática jurídica.

Para tratar do assunto, fundamentou-se na análise de conceitos, das regras processuais e algumas de suas críticas elaboradas pela doutrina. Para tanto, foi utilizada como metodologia a pesquisa bibliográfica de fonte doutrinária, jurisprudencial e legal.

Com isso, sem a pretensão de esgotar o tema, este trabalho almeja enriquecer os estudos jurídicos sobre a tutela provisória na nova ordem processual vigente.

1 TUTELA PROVISÓRIA

As regras dos artigos 294 a 299 do Código de Processo Civil de 2015 tratam das disposições gerais da tutela provisória, na qual se inserem tanto as tutelas de urgência quanto as de evidência, aplicando-se, portanto, às duas espécies.

1.1 MUDANÇAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Nas palavras de Elpídio Donizetti[3]:

> O legislador apanhou a tutela antecipada (satisfativa), prevista no artigo 273 do CPC/1973, e a tutela cautelar prevista dos artigos 796 e seguintes do Código revogado, bateu tudo no liquidificador e o resultado foi a tutela provisória contemplada nos artigos 294 a 311 do novo CPC.

O Novo Código, portanto, unificou os sistemas tutelas cautelares e tutela antecipada. Além disso, deu fim às tutelas cautelares nominadas, eliminando o processo cautelar autônomo. Ressalte-se que o Novo Código não eliminou a tutela cautelar, apenas findou com a necessidade de ajuizar ação cautelar própria para somente depois ajuizar o processo principal[4]. Como diz Donizetti, "já vai tarde" a "necessidade de ajuizar uma ação cautelar, com petição inicial, com 'nome da ação',

[3] DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 478.

[4] Explica Elpídio Donizetti que: "O NCPC aboliu o livro sobre procedimento cautelar, o que não significa dizer que deixamos de ter a possibilidade de manejo de medidas de natureza cautelar. O que não mais se admite é a utilização da expressão "tutela cautelar" para se referir a uma espécie autônoma de tutela jurisdicional." (***Novo código de processo civil comentado*** *(Lei n 13.105, de 16 de março de 2015):* análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73. São Paulo: Atlas, 2015, p. 228)

citação etc. e, depois, um processo principal", agora, "tudo é feito numa só relação processual", com único pagamento de custas, "uma só citação, uma só sentença"[5].

Logo, ao que parece, o Novo Código tentou simplificar o regramento das tutelas provisórias. Nos dizeres de Donizetti, trata-se de "louvável simbiose, sistematização e simplificação dos institutos das tutelas cautelar e antecipada"[6].

Ademais, na nova sistematização, o Código de Processo Civil de 2015 organizou a tutela provisória em "urgência" (artigos 300 a 310) e "evidência" (artigo 311).

1.2 CONCEITO DE TUTELA PROVISÓRIA

Segundo Donizetti, tutela provisória é o "provimento jurisdicional que visa adiantar os efeitos da decisão final no processo ou assegurar o seu resultado prático"[7].

A tutela provisória tem natureza contrária da definitiva e deverá, posteriormente, substituída por ela. Neste contexto, explica Daniel Amorim Assumpção Neves que "ser provisória significa que a tutela provisória de urgência tem um tempo de duração predeterminado, não sendo projetada para durar para sempre" e "a duração da tutela de urgência depende da demora para a obtenção da tutela definitiva, porque, uma vez concedida ou denegada, a tutela de urgência deixará de existir"[8].

Ademais, a diferença entre tutela definitiva e tutela provisória leva em conta dois aspectos: a estabilidade da decisão e o grau de cognição (o grau de conhecimento do juiz, isto é, o quanto o juiz conheceu da causa) – se sumário ou exauriente. A tutela definitiva se baseia na cognição exauriente, fazendo coisa julgada. Já a tutela provisória se baseia em cognição sumária (superficial, pois "o juiz, ao concedê-la, ainda não tem acesso a todos os elementos de convicção a respeito da controvérsia jurídica"[9]), não fazendo coisa julgada[10]. Contudo,

[5] DONIZETTI, Elpídio. ***Op. Cit.***, 2016, p. 478.
[6] *Idem, Ibidem*, p. 479.
[7] *Idem, Ibidem*.
[8] NEVES, Daniel A. Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 628.
[9] *Idem, Ibidem*, p. 627.
[10] Não se pode dizer que a tutela provisória é temporária e que a definitiva é eterna, pois a tutela definitiva pode ser revogada por ação rescisória ou decisão em grau recursal, bem como ter os efeitos de sua determinação findados no mundo dos fatos com o passar do tempo.

excepcionalmente, esta tutela pode ser concedida por cognição exauriente, "quando o juiz a concede em sentença"[11].

1.3 NATUREZA SATISFATIVA OU CAUTELAR

A tutela provisória pode possuir natureza satisfativa ou cautelar.

A tutela satisfativa é aquela que efetiva um direito, que busca "conferir eficácia imediata a uma decisão futura, por meio da antecipação de seus efeitos"[12]. Pode-se ilustrar o conceito vislumbrando caso em que se propõe ação pedindo alimentos, com requerimento de antecipação dos efeitos da tutela com o deferimento de alimentos provisórios.

A tutela cautelar não é satisfativa, pois ela tem o propósito somente de criar condições para **garantir** um futuro direito, e não o satisfazer. Nas palavras de Donizetti, "a tutela cautelar tem por fim evitar danos, de regra presente nas tutelas ressarcitórias, ou assegurar a utilidade do processo"[13]. Trata-se da hipótese, por exemplo, de arresto de bens do devedor em caso de ação de execução (os bens são arrestados para que, futuramente, haja patrimônio para pagar a dívida).

Quando o Código de 1973 foi editado, só previa medidas cautelares. Todavia, este tipo de prestação jurisdicional não era suficiente em muitos casos que possuíam natureza satisfativa (por exemplo, se uma pessoa precisava fazer uma cirurgia de emergência e o plano não queria cobrir, não dava para propor cautelar, pois era medida sem natureza satisfativa). Então, mesmo assim propunha-se a medida cautelar, já que não existia outro meio de socorrer quem necessitava da tutela de urgência, mesmo que satisfativa. Tal situação culmina em contrassenso, já que o próprio termo "cautelar" significa "acautelar", "precaver", "prevenir", "garantir", "resguardar".

Deste modo, em 1994, o legislador criou a tutela antecipada para situações genéricas, inserindo o artigo 273 no Código de Processo Civil de 1973, através da Lei n° 8.952, de 13/12/1994. A tutela antecipada satisfativa não foi criada nesta ocasião, pois já existia no Código a esta espécie de tutela, mas somente para

[11] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. ***Op. Cit.***, p. 627.
[12] DONIZETTI, Elpídio. ***Op. Cit.***, 2016, p. 481.
[13] *Idem, Ibidem*, p. 480.

situações específicas. O que se alterou com a Lei n° 8.952 foi a abrangência da tutela satisfativa, atendendo às necessidades concretas da sociedade[14].

Mas, na prática, começou a haver celeuma no uso dos dois tipos de tutela. Então, em 2002, o legislador criou a fungibilidade entre tutela antecipada e medida cautelar, incluindo no artigo 273, o parágrafo 7º, através da Lei nº 10.444, de 07/05/2002.

1.4 TIPOS DE TUTELAS PROVISÓRIAS

Conforme o artigo 294 do Código de Processo Civil de 2015[15], a "tutela provisória" é gênero do qual serão espécies: (1) a **tutela de urgência** e (2) a **tutela de evidência**.

A tutela de urgência pode ter: (I) **cautelar** (não satisfativa) ou (II) **antecipada** (satisfativa).

Em quaisquer de suas naturezas (cautelar ou antecipada), a tutela de urgência poderá ser pleiteada: (a) em caráter **antecedente** (formulada antes ou concomitantemente com o pedido principal) ou (b) em caráter **incidental** (formulada depois de protocolizada a petição inicial, podendo ser concedida a qualquer tempo, até mesmo na fase recursal).

Seja satisfativa (antecipada) ou não (cautelar), ambas, no entanto, tem a mesma finalidade de "minimizar os efeitos do tempo e garantir a própria efetividade do processo"[16].

1.5 LIMINARES

No Antigo Código, as tutelas de urgência podiam ser **cautelares** (que possuíam natureza jurídica de ação e não eram satisfativas), **tutelas antecipadas** (que possuíam natureza jurídica de incidente processual no rito comum e eram

[14] O Direito, visto como mecanismo de resolução dos conflitos sociais para pacificação, normalmente deve adequar-se às novas necessidades da sociedade, que se torna mais complexa com o decorrer dos tempos e o aparecimento de novos fenômenos e novas formas de organização.

[15] Artigo 294 - A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.
Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

[16] DONIZETTI, Elpídio. ***Op. Cit.***, 2016, p. 482.

satisfativas) ou **liminares** (que possuíam natureza jurídica de incidente processual nos ritos especiais[17] e eram satisfativas).

Assim, havia três tipos de ação no Código de 1973: a ação de conhecimento, a de execução e a cautelar. No Novo Código, não há mais ação cautelar, conforme já explicitado anteriormente.

As cautelares possuíam os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, as tutelas antecipadas possuíam como requisitos a prova inequívoca da verossimilhança das alegações e o perigo de dano (ou abuso de direito de defesa ou pedido cumulado incontroverso), além da reversibilidade e, por fim, as liminares possuíam requisitos específicos.

Neste sentido, Neves afirma que "sempre que previsto expressamente em um determinado procedimento, o termo 'liminar' assume a condição de *espécie* de tutela de urgência satisfativa específica", de modo que haveria três tipos de tutela de urgência: "(a) tutela cautelar, genérica para assegurar a utilidade do resultado final; (b) tutela antecipada, genérica para satisfazer faticamente o direito; (c) tutela liminar, específica para satisfazer faticamente o direito."[18]

Desta forma, se a parte pretender obter uma tutela provisória de urgência satisfativa e houver previsão expressa de liminar no procedimento adotado, "o correto é requerer a concessão dessa liminar, inclusive demonstrando os requisitos específicos para a sua concessão"; mas, se não houver tal previsão, a parte deverá utilizar a tutela antecipada, "que em razão de sua generalidade e amplitude não fica condicionada a determinados procedimentos". Em suma: "caberá tutela antecipada quando não houver previsão de liminar"[19].

Por outro lado, o **termo "liminar"**, no sentido lato, significa toda providência que o juiz concede em caráter de urgência, de plano. Verificando a origem no latim (*liminaris*, *de limen*), o termo "liminar" pode ser utilizado para indicar algo que se faça *inicialmente*, *logo no início*[20]. Logo, com atenção à sua origem terminológica latina, "liminar" significa limiar, entrada, "sendo aplicado a atos praticados *inaudita altera parte*, ou seja, antes da citação do demandado".

---

[17] Algumas ações que possuíam liminares no antigo Código eram a nunciação de obra nova, as ações possessórias, a ação de embargos de terceiro, o mandado de segurança, dentre outros.
[18] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.*, p. 629.
[19] *Idem, Ibidem*.
[20] *Idem, Ibidem*, p. 628.

Nesse sentido, aplicada às tutelas provisórias, "liminar" significa a "concessão de uma tutela antecipada, cautelar ou da evidência antes da citação do demandado", de forma que "a liminar assumiria, portanto, uma característica meramente topológica, levando-se em conta somente o momento de prolação da tutela provisória, e não o seu conteúdo, função ou natureza"[21]. Portanto, correto seria chamar a tutela de "tutela antecipada concedida em caráter liminar" ou "tutela cautelar concedida em caráter liminar" a não ser que se trate, especificamente de uma liminar propriamente dita. No Código de 2015, o parágrafo 2° do artigo 300 prevê que a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia, ficando claro que o legislador adotou o termo para indicar o momento de concessão da tutela. Da mesma forma, dispõe o parágrafo único do artigo 311 do Novo Código com relação à tutela de evidência (prevendo ser possível sua concessão em caráter liminar em alguns casos)[22].

Sempre houve controvérsia relacionada ao termo "liminar", que é utilizado erroneamente – até hoje – como sinônimo de tutela antecipada – ou, pior, de qualquer tutela de urgência.

No Antigo Código, antes da inclusão do artigo 273 que previa as tutelas antecipadas (satisfativas), as liminares eram consideradas uma espécie de tutela de urgência, sendo a única forma para a obtenção de uma tutela de urgência satisfativa. Daí pode ter surgido o engano relacionado à terminologia, fazendo muitos entenderem liminares como tutelas antecipadas.

1.6 DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS À TODAS AS TUTELAS PROVISÓRIAS (URGÊNCIA E EVIDÊNCIA)

1.6.1 CUSTAS

Na tutela provisória de caráter incidental não há pagamento de custas (artigo 295 do Código de 2015[23]), por motivo óbvio: só se paga taxa judiciária pelo pedido, e este já foi pago quando ajuizada a ação, com a petição inicial. A *contrario sensu*, na

[21] *Idem,* ***Ibidem***.
[22] Artigo 311, incisos II e III do Código de Processo Civil de 2015.
[23] Artigo 295 - A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.

tutela de caráter antecedente, deve-se indicar o valor da causa e pagar as custas do pedido.

Ademais, "tal regra se destina, sobretudo, ao autor", visto que "o réu só tem a possibilidade de pleitear qualquer medidas após a citação, hipótese em que não haverá pagamento de custas"[24].

1.6.2 EFICÁCIA, REVOGAÇÃO OU MODIFICAÇÃO

De regra, a eficácia da tutela provisória deferida é conservada até a obtenção da tutela definitiva (a sentença, a decisão final), mantendo-se até nos períodos de suspensão do processo (artigo 313) conforme dispõe o artigo 296 do Novo Código[25].

Contudo, tratando-se de "provimento emergencial de segurança, concedido com base em cognição sumária, a tutela provisória é revogável"[26] e modificável.

Para ser modificada ou revogada basta que, por exemplo, haja fato novo, ou que seja verificada a inexistência do direito substancial afirmado pelo requerente, ou o desaparecimento da situação de perigo acautelada. Pode ocorrer também a requerimento da parte interessada, indicando que uma medida menos drástica seria suficiente para acautelar o direito postulado[27].

Para Elpídio Donizetti, em posição de Ovídio A. Batista da Silva, "a revogação depende de prévio requerimento da parte contrária, não podendo, portanto, ser concedida de ofício"[28].

1.6.3 PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO (OU PODER GERAL DE CAUTELA)

O *caput* do artigo 297 consagra o poder geral de cautela[29].

Antes, o poder geral de cautela só era previsto no Código para as cautelares, agora foi ampliado para todas as tutelas de urgência.

---

[24] DONIZETTI, Elpídio. ***Op. Cit.***, 2016, p. 483.

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

[26] DONIZETTI, Elpídio. ***Op. Cit.***, 2016, p. 483.

[27] *Idem, Ibidem*.

[28] DONIZETTI, Elpídio. ***Op. Cit.***, 2015, p. 230.

[29] Artigo 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Pelo poder geral de cautela o juiz pode determinar todas as medidas que ele considerar necessárias e adequadas para efetivar a tutela provisória.

Algumas medidas podem ser as do artigo 536 do Código de Processo Civil de 2015[30]:

Apesar de não existir mais no Código a previsão das ações cautelares típicas, não há óbice para que o juiz determine uma ou outra medida, conforme as peculiaridades do caso[31].

Segundo o parágrafo único do artigo 297[32], a efetivação da tutela deve observar o cumprimento provisório de sentença. Logo, a tutela provisória pode "ser executada independentemente do trânsito em julgado da decisão que a concedeu ou mesmo da análise de mérito da questão principal"[33]. Mas, considerando que pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, a execução provisória se dá por conta e risco do exequente, que deve responder por prejuízos eventualmente causados pela medida caso ela venha a ficar sem efeito[34].

1.6.4 TUTELA PROVISÓRIA DE OFÍCIO

Não cabe mais tutela cautelar de ofício no Código de Processo Civil de 2015, como cabia no Código de Processo Civil de 1973, pois o artigo 797 não foi repetido no Novo Código[35]. Logo, o provimento de caráter provisório não pode ser concedido *ex officio*.

---

[30] Artigo 536 - No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, **para a efetivação da tutela** específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, **determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.** § 1° - Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial. (...)

[31] DONIZETTI, Elpídio. ***Op. Cit.***, 2016, p. 485.

[32] Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

[33] DONIZETTI, Elpídio. ***Op. Cit.***, 2016, p. 485.

[34] *Idem, Ibidem*.

[35] Artigo 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.

1.6.5 DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DO JUIZ

Segundo o artigo 298 do Novo Código[36], o juiz tem dever de fundamentação de sua decisão acerca da tutela provisória.

Apesar desta explícita disposição legal para o caso das tutelas provisórias, é certo que o dever de fundamentação já é patente, tendo em vista que o princípio do livre convencimento motivado está consagrado na Constituição Federal (artigo 93, inciso IX) e foi repetido no artigo 11 do Código de Processo Civil de 2015.

Neste contexto, o artigo 489, § 1º do Código de 2015 traz um rol de situações em que pode se considerar que uma decisão não está fundamentada[37].

Assim, caso não seja uma decisão fundamentada ela está eivada de nulidade (artigo 11 do Código de Processo Civil de 2015 e artigo 93, inciso IV da Constituição da República), mas pode ter esta omissão suprida com a oposição de embargos de declaração (artigo 1.022, inciso II e parágrafo único, inciso II do Código de Processo Civil de 2015).

1.6.6 COMPETÊNCIA

Tal como no Antigo Código, para decidir sobre tutela provisória incidental (cautelar ou antecipada) a competência é do juiz da causa em tramitação, mas quando for antecedente, "faz-se um prognóstico, ou seja, seguindo-se as regras de competência define-se o órgão competente e, então, indica-o na petição inicial"[38],

---

[36] Artigo 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

[37] § 1° - Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

[38] DONIZETTI, Elpídio. ***Op. Cit.***, 2015, p. 231.

conforme o artigo 299 do Novo Código[39]. Trata-se da mesma regra do artigo 800 do Código revogado para as medidas cautelares.

Caso seja deferida a tutela provisória por juiz incompetente, depois de declarada a incompetência e de redistribuído o processo ao juiz competente, a tutela provisória não perde seu efeito, nos termos do parágrafo 4° do artigo 64 do Código de Processo Civil de 2015[40], ao revés do que vigia sob a égide do antigo Código de 1973.

Conforme ensina Donizetti, no antigo Código "a declaração de incompetência absoluta presume a nulidade de todos os atos decisórios, medida que deve ser considerada extrema, pois contribui com a morosidade jurisdicional em detrimento da efetividade do processo"[41].

2 TUTELAS DE URGÊNCIA

Os artigos 300 a 310 do Novo Código trazem disposições aplicáveis, em regra, somente às tutelas de urgência (sejam cautelares ou antecipadas), mas não às tutelas de evidência.

2.1 REGRAS COMUNS A TODAS AS TUTELAS DE URGÊNCIA

2.1.1 REQUISITOS COMUNS

Como dita o *caput* do artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015[42], haverá urgência quando existirem elementos nos autos que evidenciem a **probabilidade do direito** e o **perigo de demora** na prestação jurisdicional, fazendo com que ela não se torne mais útil.

---

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

[40] Artigo 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação. (...) § 4° - Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

[41] DONIZETTI, Elpídio. ***Op. Cit.***, 2015, p. 48.

[42] Artigo 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**.

Logo, pode-se extrair que são requisitos para a concessão da **tutela antecipada** o perigo de dano e a probabilidade do direito alegado, já para a concessão da **tutela cautelar** o risco ao resultado útil do processo e a probabilidade do direito alegado.

No **antigo Código de Processo Civil**, a tutela **cautelar** embasava-se no *"fumus boni iuris"* e no *"periculum in mora"* e a tutela **antecipada** na prova inequívoca da verossimilhança da alegação e risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Em essência, os requisitos continuam os mesmos, mas com nomes diversos[43].

Explicita Donizetti que apesar de o legislador ter chamado estes instrumentos processuais de tutelas de "urgência", pelo que se percebe, esta é menos relevante do que a probabilidade. Para o autor, "pode ser que a parte demonstre extrema urgência no que se refere à possível dano ou ao resultado útil do processo", mas, "se não demonstrar que o direito afirmado não goza de razoável probabilidade, a tutela provisória não será deferida", assim, "mais relevante é a probabilidade".[44] Não obstante, "se o direito postulado é altamente provável, pode-se até considerar que o *periculum in mora* é *in re ipsa*, ou seja, está contido na própria noção de probabilidade", assim, "não seria razoável que quem afirme e comprove um direito com elevada carga de probabilidade tivesse que suportar os efeitos deletérios do tempo", sendo isto o que ocorre, por exemplo, com a tutela possessória ("demonstrada o quanto baste a existência da posse, o direito é concedido ao autor independentemente de indicação do *periculum in mora*")[45].

2.1.2 CAUÇÃO

Como determina o parágrafo 1° do artigo 300 do Novo Código[46], para conceder a tutela de urgência, é possível que o juiz exija que a parte preste caução real ou fidejussória.

---

[43] Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves: "A 'exposição sumária do direito ameaçado' é sinônimo de *fumus boni iuris*, enquanto o receio de lesão é o *periculum in mora*" (*Op. Cit.*, p. 703)

[44] DONIZETTI, Elpídio. ***Op. Cit.***, 2016, p. 481.

[45] *Idem, Ibidem*.

[46] Artigo 300, § 1° - 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.

Caução real "é aquela prestada sob a forma de garantia real (artigo 1.419 do Código Civil), como o penhor e a hipoteca"[47], através da qual "um bem é colocado à disposição do juízo para, se for o caso, garantir o pagamento de perdas e danos decorrentes da execução da medida"[48].

Por outro lado, a caução fidejussória é "prestada por um terceiro, que se torna responsável por, pessoalmente, garantir o juízo"[49].

Como diz o texto legal, a exigência de caução é uma faculdade, sendo ato discricionário do juiz, podendo ser dispensada caso o requerente demonstre ser economicamente hipossuficiente (parte final do parágrafo 1° do artigo 300), isto é, pobre na acepção jurídica do termo[50].

2.1.3 CONCESSÃO EM CARÁTER LIMINAR

O parágrafo 2° do artigo 300 do Novo Código[51] possibilita ao juiz a concessão liminar da tutela de urgência (se verificar que a parte contrária, sendo cientificada da medida, pode torná-la ineficaz) ou após audiência de justificação prévia (para ouvir da parte contrária esclarecimentos).

A disposição é parecida com a do artigo 804 do Código revogado. Todavia, agora, pode haver caução e justificação prévia para a tutela cautelar, o que não havia no Código de 1973.

O artigo 300, § 2º possibilita que o juiz conceda liminarmente a tutela de urgência, ou após a justificação prévia, "quando verificar que a parte contrária, sendo cientificada da medida, pode torná-la eficaz"[52], conforme previa o artigo 804 do CPC/73.

[47] DONIZETTI, Elpídio. *Op. Cit.*, 2015, p. 233.
[48] *Idem, Ibidem*.
[49] *Idem, Ibidem*.
[50] Artigo 98 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015.
[51] Artigo 300, § 2° - A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.
[52] DONIZETTI, Elpídio. *Op. Cit.*, 2015, p. 233.

2.1.4 PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE

O parágrafo 3° do artigo 300 do Novo Código[53] traz um pressuposto negativo para a tutela de urgência: o perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento judicial.

Por se basear na cognição sumária, para ser concedida, é necessário que a tutela provisória seja passível de revogação posterior. Sendo irreversível, portanto, não deve ser deferida.

Entretanto, existem situações em que a tutela deve ser concedida mesmo diante de irreversibilidade, pois "a urgência é tão grave que a espera pela cognição exauriente é capaz de inviabilizar a própria utilidade da medida", havendo, neste caso, "irreversibilidade para ambas as partes"[54]. Então, o julgador deve ter inclinação a proteger aquele que sofrerá o maior impacto (sendo o caso, por exemplo, de necessidade de cirurgia urgente ou emergencial, com negativa do plano de saúde). Nesses casos, é plausível a "mitigação deste requisito negativo, sob a égide do princípio da proporcionalidade"[55]. É o que Cândido Rangel Dinamarco considera como "juízo do mal maior", isto é, a necessidade de "observar uma linha de equilíbrio com a qual o juiz leve em conta os males a que o interessado na medida se mostra exposto e também os que poderão ser causados à outra parte se ela vier a ser concedida"[56].

Para Donizetti, essa ideia deve ser mantida no Novo Código, pois "a interpretação literal do requisito da irreversibilidade impede que crises de direito material eivadas de extrema urgência sejam apreciadas, violando o próprio fim a que o instituto se destina"[57].

[53] Artigo 300, § 3° - A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.
[54] *Idem, Ibidem*.
[55] DONIZETTI, Elpídio. *Op. Cit.*, 2015, p. 234.
[56] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 64.
[57] DONIZETTI, Elpídio. *Op. Cit.*, 2015, p. 234.

2.1.5 MEIOS DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA CAUTELAR

O artigo 301 do Código de 2015[58] indica algumas formas de concretizar a tutela cautelar (arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bens e outros idôneos para assegurar o direito).

O arresto, o sequestro e o arrolamento já estavam previstos no antigo Código. Ao mencioná-los, o Novo Código traz novamente algumas cautelares típicas que existiam no Código de 1973. Outras delas foram realocadas para outros dispositivos (como a produção antecipada de prova, a notificação e a interpelação). Outras foram simplesmente extintas[59]. Neves critica esta opção do legislador, afirmando que lhe causa "extrema estranheza" a previsão do artigo 301 do Código de 2015. Nas palavras do doutrinador[60]:

> Ainda que se possa afirmar que a norma legal prevê forma de efetivação, e não espécies de cautelares típicas, exatamente qual a razão dessa especificação? Afinal, as cautelares típicas nos deixaram ou não? Ou nos deixaram, mas nos arrependemos?
>
> Imagino um professor daqui a dez anos explicando para os alunos esse dispositivo legal, e tendo que comentar medidas – executivas ou cautelares – absolutamente estranhas ao aluno. A pergunta será óbvia: qual a exata necessidade dessa especificação, ainda mais quando o próprio dispositivo legal prevê a possibilidade de adoção de "qualquer outra medida idônea para asseguração do direito"? O professor terá que explicar tais medidas recorrendo ao CPC/1973, diploma legal há muito revogado...

Sendo assim, apesar de o Novo Código trazer algumas das antigas cautelares nominadas, ele não atribui a elas um procedimento diferente do estabelecido para as cautelares inominadas, como fazia o Código anterior[61].

Mesmo citando o arresto do antigo Diploma Processual, no novo Código, o legislador esqueceu de trazer também a sua definição, que estava no artigo 813 do Código de 1973. Pelo conceito do antigo Código, o serve o arresto para garantir dívida em dinheiro (gravame de bens indeterminados para satisfação do direito do credor). O sequestro serve para garantir uma obrigação de entregar coisa (gravame de bens determinados). O Novo Código não define nem faz diferença entre os institutos, apenas os menciona.

---

[58] Artigo 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 asseguração do direito.
[59] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.*, p. 702.
[60] *Idem, Ibidem*.
[61] *Idem, Ibidem*, p. 389.

O arrolamento de bens é "medida cautelar que se funda no receio de extravio ou de dissipação de bens", consistindo na "sua enumeração, para que se possam conhecer quais aqueles que integravam o patrimônio da parte contrária no momento em que a medida foi requerida, e na sua entrega a um depositário, que zelará pela sua conservação"[62].

O registro de protesto contra alienação não possuía dispositivo específico na legislação de 1973, entretanto, não é medida nova em nosso ordenamento, sendo reconhecida pela jurisprudência. Decorria do poder geral de cautela, previsto no artigo 798 do antigo Código. Por tal medida, o oficial do Cartório de Registro de Imóveis procede à averbação do protesto na matrícula do imóvel, tornando pública a discordância de um credor quanto à alienação de bens de seu devedor – mas não impedindo o exercício do direito de dispor, apenas evitando futuras alegações de boa-fé da aquisição do imóvel objeto do protesto[63].

Como o próprio dispositivo informa ("... e qualquer outra medida idônea para asseguração do direito") o rol do artigo 301 é exemplificativo. A permissão ao magistrado de adotar "qualquer outra medida idônea para asseguração do direito" advém do poder geral de cautela, já existente na ordem processual civil anterior. Neste sentido, o Enunciado 31 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).[64]

2.1.6 RESPONSABILIDADE DO REQUERENTE

Nos termos do artigo 302 do Código de 2015[65], o requerente da tutela de urgência possui responsabilidade pelos danos causados ao requerido, em razão de ser a tutela provisória, temporária, passível de modificação e sujeita a causar danos à parte adversa.

---

[62] *Idem, Ibidem*, p. 391.
[63] DONIZETTI, Elpídio. *Op. Cit.*, 2015, p. 235.
[64] Enunciado 31 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "O poder geral de cautela está mantido no Código de Processo Civil".
[65] Artigo 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.

O Código de Processo Civil de 1973 já trazia tal regra, mas se aplicava apenas à tutela cautelar (artigo 811 do Código revogado).

Apesar de esta regra estar inserida no Título II, que trata somente das tutelas de urgência, também é regramento aplicável às tutelas de evidência, já que elas também contêm o atributo da provisoriedade e são passíveis de causar danos à outra parte[66].

Para alguns juristas (como Elpídio Donizetti), as hipóteses dos incisos I e IV do artigo 302 são de responsabilidade subjetiva. Para outros autores, a responsabilidade é objetiva – independentemente da existência de culpa – em qualquer caso e há precedentes do Superior Tribunal de Justiça que sustentam a responsabilização objetiva "pelo simples fato de a antecipação da tutela não ser confirmada na sentença"[67].

Contudo, há exceção para esta regra de responsabilização no caso de tutela para concessão provisória de alimentos, pois eles possuem natureza de irrepetíveis.

2.2 TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Como já dito alhures, a tutela requerida em caráter **antecedente** é a formulada antes ou concomitantemente com o pedido principal, enquanto a requerida em caráter **incidental** é aquela formulada depois de protocolizada a petição inicial.

No Código de 1973 não havia tutela antecipada antes do pedido principal, apenas tutela cautelar (era a cautelar preparatória).

Os artigos 303 e 304 trazem regras de procedimento da tutela antecipada em caráter antecedente, os quais serão analisados a seguir.

2.2.1 PETIÇÃO INICIAL INCOMPLETA

Na ordem processual civil de 2015, foi instaurada a tutela antecipada antecedente (artigo 303)[68].

[66] DONIZETTI, Elpídio. *Op. Cit.*, 2016, p. 493.
[67] *Idem, Ibidem*.
[68] Artigo 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.

O *caput* do referido dispositivo legal dispõe que a petição inicial "pode" se limitar a alguns aspectos, não trazendo todos os requisitos de toda peça exordial previstos no artigo 319 do Código de Processo Civil de 2015 (antigo artigo 282 Código de 1973).

Esta petição inicial incompleta, entretanto, deve indicar expressamente que pretende se valer do benefício do artigo 303 (artigo 303, § 5°)[69], caso contrário, será considerada apenas uma petição inicial que não preenche os requisitos do artigo 319.

Como o caput do artigo 303 diz que para pleitear tutela antecipada antecedente o autor *"**pode**"* limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, alguns juristas entendem que ainda é possível fazer uma petição inicial completa (com todos os requisitos do artigo 319) apenas com requerimento de antecipação de tutela (tal como era feito na ordem anterior do Código de 1973), sem informar que pretende valer-se do benefício, nos termos do parágrafo 5° do artigo 303 do Novo Código.

2.2.2 ADITAMENTO E EMENDA

Sendo concedida a tutela, dita o parágrafo primeiro do artigo 303[70] que **o autor precisa aditar** a sua petição, a fim de completa-la nos termos do artigo 319 do Código de 2015.

O prazo para aditar dependerá da concessão ou não da tutela. Se **concedida**, para **aditamento** haverá **15 (quinze) dias** ou outro prazo maior a ser fixado pelo juiz (artigo 303, § 1°, I). Se **não concedida**, o prazo para aditamento (chamado pela lei de "**emenda**"[71]) será de **5 (cinco) dias**, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito (artigo 303, § 6°). Para Donizetti, "não há razoabilidade para a distinção do prazo tendo em vista a concessão ou não da tutela antecipada", pois "pode ser que a tutela não foi concedida exatamente porque os elementos à disposição do autor são parcos, hipótese que demandará mais prazo para coligir

[69] Artigo 303, § 5° - O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no *caput* deste artigo.
[70] Artigo 303, § 1° - 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;
[71] Artigo 303, § 6° do Código de Processo Civil de 2015.

todos os elementos"[72]. Assim, "tudo indica que a diferenciação soa como uma espécie de punição pelo fato de ter pleiteado e não obtido uma determinada tutela" e, "se assim for, o critério soa desarrazoado", mas "a lei é dura, principalmente porque foge à razoabilidade, mas é a lei"[73].

Este aditamento deve ser feito na petição apresentada, nos mesmos autos. As custas já precisam ter sido pagas no começo, com o protocolo da petição do *caput* do artigo 303, de modo que não há novas custas processuais (artigo 303, § 3°)[74].

2.2.3 EXTINÇÃO DO PROCESSO EM CASO DE NÃO ADITAMENTO

Caso não haja aditamento, há extinção do processo sem julgamento de mérito (artigo 303, § 2°)[75], "cessando *ipso iure* a eficácia da tutela antecipada concedida", sendo o caso de "falta de interesse superveniente tácito", pois "quem não adita a petição inicial, inclusive reiterando o pedido de tutela final, é porque dela se desinteressou"[76].

Sem o aditamento, o processo é extinto sem resolução do mérito, pois o pedido principal não foi realizado (artigo 303, § 2°).

Feito o aditamento, parte-se para a citação do adverso e o prosseguimento do processo.

2.2.4 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

Dita o artigo 304 do Código de 2015[77] que, caso seja concedida a tutela antecipada antecedente, o adverso precisa interpor recurso para que ela não se torne **estável**.

Sendo assim, **se o réu não recorrer** da decisão, ela se **estabiliza** e o processo é **extinto** (artigo 304, § 1°). Logo, concedida a tutela antecipada requerida – "em caráter antecedente, por meio de petição incompleta" –, a tutela pode tornar-

[72] DONIZETTI, Elpídio. *Op. Cit.*, 2016, p. 515.
[73] *Idem, Ibidem*.
[74] Artigo 303, § 3° - 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.
[75] Artigo 303, § 2° - Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1° deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.
[76] DONIZETTI, Elpídio. *Op. Cit.*, 2016, p. 515.
[77] Artigo 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do artigo 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

se estável e o processo é extinto, "dependendo da postura adotada pelo demandado" – ou pelo "litisconsorte ou terceiro com legitimidade para impugnar a decisão"[78].

O recurso cabível é o **agravo de instrumento** (conforme artigo 1.015, I do Código de 2015). Assim, frisa-se, se o réu não interpuser recurso, a tutela antecipada antecedente concedida torna-se estável e o processo se extingue (artigo 304, *caput* e § 1°). Mas, se o autor não informa que pretende se valer do benefício da estabilização (artigo 303, § 5°), o procedimento prossegue rumo à sentença com base em cognição exauriente, não sendo extinto nem havendo estabilização[79]. Esta novidade foi alvo de "severas críticas na doutrina", pois "ao possibilitar a estabilização da tutela antecipada na hipótese de o réu não interpor recurso contra o seu deferimento, o CPC/2015 estaria a incentivar a interposição de agravo de instrumento"[80].

A lei diz que o réu precisa **recorrer**, não bastando que **conteste** ou apresente **qualquer defesa** por meio de petição simples para se opor. Este é um ônus imposto ao demandado. Para Elpídio Donizetti, "não basta contestar"[81], apesar de afirmar que "o CPC/2015 poderia ter inserido disposição mais genérica, de modo a permitir a estabilização da medida apenas na hipótese de o réu não se insurgir contra a decisão, seja por meio de petição simples ou por meio da contestação", mas "essa não foi a vontade do legislador"[82].

A estabilidade da tutela é conceito novo trazido pelo Código de 2015. Estabilização não é o mesmo que coisa julgada. Trata-se de novo instituto jurídico, cuja natureza jurídica ainda não está determinada.

O que restará estabilizado são os efeitos da tutela concedida[83], veja o seguinte exemplo[84]:

> Se a decisão foi para retirar o nome dos cadastros de proteção ao crédito, é esse efeito – que é um *minus* em relação à tutela declaratória de inexistência da dívida – que se torna estável se não interposta a ação no prazo de dois anos[85]. Nessa ação revisional ou invalidatória, cujo prazo decadencial é de dois anos, deverá o réu se restringir a atacar os efeitos da tutela antecipatória concedida, por

[78] DONIZETTI, Elpídio. *Op. Cit.*, 2016, p. 516.
[79] *Idem, Ibidem,* p. 515.
[80] *Idem, Ibidem*, p. 517.
[81] *Idem, Ibidem*, p. 516.
[82] *Idem, Ibidem*, p. 518.
[83] *Idem, Ibidem*, p. 517.
[84] *Idem, Ibidem*.
[85] O autor se refere à ação judicial indicada no artigo 304, § 2° do Código de Processo Civil de 2015.

> exemplo, contrapondo ao juízo de delibação levado a efeito pelo juiz, no sentido de que o débito já havia sido pago. O objeto é a tutela antecipada concedida, no exemplo dado, é o retorno do nome do autor ao cadastro restritivo de crédito, para tanto pode e deve se avançar sobre o objeto da cognição sumária – no exemplo, a existência ou não da dívida. Se não ajuizada a ação revisional ou invalidatória, o que resta estabilizada e, portanto, indiscutível, é a retirada do nome do autor dos cadastros de proteção ao crédito em razão dos fundamentos adotados na decisão concessiva da tutela antecipada. O fundamento adotado na decisão concessiva da tutela antecipada foi a inexistência da dívida, que foi tida como paga, mas sobre esse fundamento não houve declaração, apenas cognição sumária. Sem declaração não há coisa julgada, uma vez que esta recai primordialmente sobre o objeto da declaração, abrangendo, via de consequência, os efeitos dela. Aliás, o próprio Código, no artigo 304, § 6º, deixa claro que coisa julgada não há. Assim, mesmo depois de ultrapassado o prazo decadencial da mencionada ação, não se pode falar em coisa julgada. Há estabilização irreversível dos efeitos da tutela. O nome do autor, em razão do fundamento adotado pelo juiz, não mais poderá ser inserido nos cadastros restritivos de crédito. Nada obsta, entretanto, que o réu, depois dos dois anos, observado o prazo prescricional, ajuíze ação de cobrança contra o requerente da tutela que foi estabilizada, invocando como fundamento a existência de crédito a seu favor. O fundamento, porque não foi alcançado pelos limites objetivos da estabilização, pode ser atacado para demonstrar a existência da dívida, jamais para promover a reinscrição do nome do requerente da tutela estabilizada nos cadastros restritivos de crédito. Uma vez condenado e transitada em julgado a decisão condenatória, poderá o nome do requerente da tutela estabilizada ser reinscrito no referido serviço de proteção ao crédito. A reinscrição não era possível tendo por fundamento a mera existência da dívida, com base em título extrajudicial, porquanto esta, com base em cognição sumária, foi reputada inexistente. Agora, pode-se proceder à inscrição originária, com base em outro fundamento, ou seja, a coisa julgada emergente da decisão condenatória.

Em interpretação sistemática aos artigos 303 e 304, a **estabilização** dos efeitos da tutela antecipada **só cabe se for** a requerida em caráter **antecedente**[86].

Ainda em virtude de interpretação sistemática, não caberia estabilização em caso de tutela de evidência, pois a lei só fala em tutela de urgência.

Caso haja cumulação de pedidos e a tutela provisória só se referir a um pedido, em tese poderia haver estabilização parcial.

Sendo concedida a tutela e feito o aditamento, o processo deve prosseguir para a citação do réu (artigo 303, § 1°, I e II). Mas, sendo concedida a tutela e não

[86] Conforme Humberto Theodoro Júnior: "Também a medida cautelar (conservativa) permite deferimento em procedimento antecedente, embora o regime de estabilização, de que se cuidará adiante, não se lhe aplique (art. 305)." (**Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 632)

tendo sido feito o aditamento, o processo deve ser extinto (artigo 303, § 2°). Caso o autor não adite, mas a tutela tenha sido concedida, e o réu não tenha interposto recurso, apesar de o Código não ser claro, ao que parece a tutela perde seus efeitos, pois seria o caso de desinteresse tácito do autor, ao não aditar sua inicial, bem como de interpretação extensiva e *a contrario sensu* do artigo 304, § 3° do Código.

Caso seja deferida a tutela e a parte contrária não tenha recorrido, havendo a estabilização da medida, ainda assim é necessário aditar (mesmo tendo havido estabilização), pois é o que determina a lei (artigo 303, § 1°, I). Alguns juristas acreditam que precisa aditar, pois é um ônus que a lei determina, outros entendem que não precisa, prevalecendo a estabilização, pois o juiz não pode revogar se não aditar, já que a lei não fala que pode revogar neste caso. Se houver aditamento, a parte requerente se beneficiará com a coisa julgada (mas mesmo que estabilização não seja o mesmo que coisa julgada, no plano dos fatos o efeito prático será o mesmo).

2.2.5 REDISCUSSÃO DA TUTELA ESTABILIZADA

Caso deseje rediscutir a tutela estabilizada (não tendo recorrido e tendo o processo se extinguido), o adverso precisa ajuizar ação com este intento específico (artigo 304, § 2°)[87].

Assim, inverte-se o ônus de propositura de ação. Se antes era o autor que precisava ajuizar ação e aditando, posteriormente, a inicial, não tendo o réu recorrido – havendo estabilização e extinção do processo –, então é a parte contrária que tem que propor ação para rediscutir a estabilidade de tutela antecipada (artigo 304, § 2°).

Enquanto não for reformada, revista ou invalidada a decisão da tutela antecipada antecedente por meio desta ação do parágrafo 2° do artigo 304[88] ou do recurso de agravo de instrumento, a tutela conserva seus efeitos, nos termos do parágrafo 3° do artigo 304.

[87] Artigo 304, § 2° - Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*.
[88] Artigo 304, § 3° - A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

A referida ação não é rescisória, mas sim ação comum e, pelo parágrafo 4° do artigo 304[89], pode ser instruída com os autos anteriores e distribuída para o juízo prevento da ação anterior.

O prazo para ser ajuizada é de 2 (dois) anos, que começam a correr a partir da decisão que extinguiu o processo (artigo 304, parágrafos 1° e 5° do Código[90]).

2.2.6 ALGUMAS QUESTÕES

Vários questionamentos se colocam diante deste novo regramento processual civil. Imagine-se, por exemplo, que o juiz conceda a tutela antecipada antecedente, o réu não impugne (nem recorra), e o autor – que ganhou a tutela e se beneficia com a estabilização –, diante da revelia do réu, adite a inicial (aproveitando-se da revelia). Aparentemente, pode-se afirmar que é situação completamente possível de ocorrer e sem obstáculos legais. Todavia, pode-se encarar a situação como caso de má-fé processual.

Outra questão que pode ser vislumbrada é a possibilidade (ou não) de cláusula que impeça a estabilização no negócio jurídico processual. Neste sentido, o Enunciado 32 da Carta de Belo Horizonte (Fórum Permanente de Processualistas Civis) ditou que *"além da hipótese prevista no artigo 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência satisfativa antecedente."*[91]

Mais uma questão a ser observada é a condenação em honorários ou não – bem como seu *quantum* – no caso da tutela antecipada antecedente.

Além destas, muitas questões ainda estão sendo levantadas, sem consenso em sua resolução.

---

[89] Artigo 304, § 4° - 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 § 2°, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

[90] Artigo 304, § 5° - O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1°.

[91] Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (Carta de Vitória, 01, 02 e 03 de maio de 2015). Fonte: <https://goo.gl/8b6Y8f>. Acesso em 15/06/2017.

2.3 TUTELA CAUTELAR EM CARÁTER ANTECEDENTE

A tutela cautelar antecedente tem a mesma essência da cautelar preparatória do Código de 1973. **A novidade é que não há um processo autônomo.** No Novo Código, teve o legislador a tendência de sincretizar todos os processos.

Para a tutela cautelar concedida em caráter antecedente **não existe estabilização.** Se o réu não contesta, os fatos são presumidos verdadeiros (revelia), mas não tem estabilização.

Pelo artigo 305 do Código de Processo Civil de 2015[92], a petição inicial deverá indicar a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

A tutela cautelar antecedente possui disposição acerca da fungibilidade (parágrafo único do artigo 305)[93], que é a mesma que existia no Código de 1973 (no antigo artigo 273, § 7º).

De acordo com Elpídio Donizetti, neste caso, "a alteração procedimental é imediata, não sendo necessário o aditamento do pedido"[94].

No Código de 1973, o artigo 273, parágrafo 7º previa a fungibilidade da tutela antecipada para a cautelar. O Código de 2015 prevê a fungibilidade da cautelar para a tutela antecipada. Contudo, a jurisprudência já reconheceu a fungibilidade nos dois sentidos, já na vigência do Código Anterior[95], o que deve ser mantido na nova ordem processual civil.

O prazo para contestar permanece o mesmo do processo cautelar autônomo do Código Anterior, isto é, 5 (cinco) dias, de acordo com o artigo 306 do Novo Código[96].

Não havendo estabilização, se o réu não contestar, há simples revelia (artigo 307)[97].

---

[92] Artigo 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a **lide e seu fundamento**, a **exposição sumária do direito** que se objetiva assegurar e o **perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo**.

[93] Artigo 305, Parágrafo único - Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no artigo 303.

[94] DONIZETTI, Elpídio. *Op. Cit.*, 2015, p. 240.

[95] *Idem, Ibidem*, p. 241.

[96] Artigo 306. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

[97] Artigo 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.

Segundo Donizetti, autor não está impedido de formular o pedido principal no mesmo momento em que pleiteia a cautelar antecedente[98].

Ainda conforme o entendimento do autor, se a medida cautelar for indeferida, não havendo efetivação da tutela cautelar, cabe à parte propor um pedido autônomo, através de peça processual autônoma e com pagamento de novas custas processuais, pois o artigo 308, *caput,* deixa claro que somente no caso de ser efetivada a tutela cautelar, o pedido principal poderá ser apresentado nos mesmos autos[99]. O doutrinador ainda entende que no caso de indeferimento, o prazo de 30 (trinta) dias não precisa ser observado para a propositura de ação – deste modo, não há prazo fatal para a propositura de ação definitiva, a não ser os de prescrição e decadência[100].

O artigo 309 trata da cessação da eficácia da tutela concedida em caráter antecedente[101] e o artigo 310 dita 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[102].

3 TUTELA DE EVIDÊNCIA

Como já dito alhures, a tutela da evidência é uma espécie do gênero tutela provisória.

Explica Donizetti que direito evidente é "aquela situação jurídica que permite inferir um alto grau de probabilidade do direito substancial afirmado"[103].

Para ser concedida, toda tutela provisória precisa levar em conta a "probabilidade" e o "perigo de dano" ao direito substancial.

Mas, no caso da tutela de evidência, não precisa haver demonstração do perigo de dano, pois há **alta probabilidade do direito** discutido no processo e o

[98] DONIZETTI, Elpídio. *Op. Cit.*, 2015, p. 242.
[99] *Idem, Ibidem*.
[100] *Idem, Ibidem*, p. 243.
[101] Artigo 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:
I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;
II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias;
III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.
Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.
[102] Artigo 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.
[103] DONIZETTI, Elpídio. *Op. Cit.*, 2016, p. 521.

"perigo está inserido na própria noção de evidência"[104]. Nas palavras de Donizetti, "as situações jurídico-processuais tipificadas no artigo 311 pressupõem um altíssimo grau de probabilidade de procedência da pretensão do requerente, daí por que o *periculum in mora* é dispensado"[105]. Assim, "o direito da parte é tão cristalino que a demora na sua execução, por mera e inócua atenção aos atos procedimentais do método, já se torna indevida"[106].

O Código de 2015 não inovou. As situações abarcadas no artigo 311[107] já existiam no Código de 1973, mas não eram sistematizadas desta forma nem possuíam esta nomenclatura.

A disposição do inciso I do artigo 311 do Código de 2015 já existia no artigo 273, inciso II, do Código de 1973.

A hipótese do inciso III do artigo 311 do Novo Código corresponde ao objeto da ação de depósito prevista nos revogados artigos 901 a 906 do Código de 1973 que, não mais presente no Novo Código como ação específica, possui a finalidade de exigir a restituição de coisa depositada. Assim, no Código de 2015, "se o depositário não devolver a coisa quando acionado para tanto, poderá o depositante propor ação em face daquele, pleiteando a concessão da tutela de urgência fundamentada na evidência do direito previsto no contrato"[108].

Os incisos II e IV do artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015 são novidades. O inciso II consagra o prestígio aos precedentes judiciais, permitindo a "concessão da tutela da evidência quando não houver necessidade de prova além da documental e o pedido se firmar em jurisprudência consolidada dos tribunais superiores"[109]. Já o inciso IV também há probabilidade de certeza do direito alegado, não havendo "necessidade de se aguardar a finalização do processo para a

[104] DONIZETTI, Elpídio. *Op. Cit.*, 2015, p. 245.
[105] DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 522.
[106] DONIZETTI, Elpídio. *Novo código de processo civil comentado (Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015):* análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73. São Paulo: Atlas, 2015, p. 245.
[107] Artigo 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:
I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.
Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.
[108] DONIZETTI, Elpídio. *Novo código de processo civil comentado (Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015):* análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73. São Paulo: Atlas, 2015, p. 245.
[109] *Idem, Ibidem*.

satisfação do interesse do demandante quando a prova documental for suficientemente idônea e o demandado não trouxer aos autos qualquer elemento capaz de rebatê-la"[110].

CONCLUSÃO

Com o presente estudo, observou-se que o Código de Processo Civil de 2015 não trouxe grandes inovações ao tema da tutela provisória, a não ser pela nova sistematização.

Houve a tentativa de simplificar o regramento das tutelas provisórias, todavia, com o advento das regras sobre tutela antecipada antecedente, principalmente com a criação da nova figura jurídica da estabilização dos efeitos desta tutela, verificou-se que o Novo Código não alcançou seu intento de descomplicar o assunto.

Ademais, muitas das novas regras trazidas pelo Código de 2015 aparentemente não possuem razão de existir, tais como as que distinguem o prazo (de 15 ou de 5 dias) para o aditamento (ou emenda) da petição inicial de tutela antecipada antecedente no caso de sua concessão ou não (artigo 303, §§ 1° e 6°). Outra regra muito criticada foi a que impõe a necessidade de recorrer da decisão que concede a tutela para que seus efeitos não se estabilizem, o que acaba por incentivar a interposição de recursos e dificulta a defesa da parte adversa, mitigando a amplitude de sua defesa – o que atinge princípio constitucional.

Não obstante, o novo regramento possui lacunas que ensejaram diversos questionamentos por parte da comunidade jurídica, como a possibilidade ou não de bloquear a estabilização através de negócio jurídico processual, a questão dos honorários na tutela antecipada antecedente e a questão do aditamento da tutela antecipada antecedente em caso de revelia da parte adversa.

Estas – e muitas outras – questões serão respondidas ao longo dos tempos, com o uso destas figuras jurídicas, não podendo ainda ser solucionadas neste momento.

Desta forma, o que resta é estudar sobre o assunto para lidar com o tema da forma mais prudente e razoável possível.

[110] *Idem, Ibidem*.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível no repositório oficial: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. **Lei n° 13.105/2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível no repositório oficial: <https://goo.gl/9rxBk7>.

_____. **Lei n° 5.869/1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível no repositório oficial: <https://goo.gl/oFGsfz>.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo código de processo civil comentado** (Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015): análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.