

DANIEL MITIDIERO

Pós-Doutor em Direito pela *Università degli Studi di Pavia*. Doutor em Direito pela UFRGS, Professor de Direito Processual Civil dos Cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da UFRGS. Advogado.

LIVRO V
DA TUTELA PROVISÓRIA

TÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

CPC/1973	CPC/2015
Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.	Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

1. **Do processo cautelar à parte geral.** O novo Código não está organizado do ponto de vista estrutural como o Código Buzaid – no que agora interessa, não prevê um *processo cautelar*, isto é, um processo destinado a prestar tão somente tutela cautelar (ou, pelo menos, tutela tida como cautelar pelo legislador). No novo Código, o procedimento comum e os procedimentos diferenciados podem viabilizar tanto a prestação de tutela satisfativa como de tutela cautelar de maneira antecedente ou incidental (art. 294, parágrafo único). O processo civil visa à *tutela dos direitos*, que pode ser prestada por *atividades* de cognição e execução e mediante *decisões* provisórias e definitivas que podem ter lugar indistintamente em qualquer procedimento. Daí a razão pela qual se preferiu introduzir a técnica antecipatória – dita palidamente no Código “tutela provisória” – na parte geral, relegando-se à história do processo civil a figura do processo cautelar (para uma comparação entre a estrutura do Código Buzaid e a do novo Código, Marinoni, Arenhart e Mitidiero, *Novo Curso de Processo Civil*, Ed. RT, vol. I – Teoria do Processo Civil).

2. **Da tutela cautelar à técnica antecipatória.** Desde a clássica compreensão de toda tutela fundada em cognição sumária como tutela cautelar, a técnica antecipatória procurou ao mesmo tempo despregar-se da urgência e coordenar-se com a tutela do direito que toda e qualquer técnica processual tem o compromisso de efetivar adequadamente e tempestivamente. Se o Código acertou em ver a técnica antecipatória como um meio de distribuição isonômica do ônus do tempo no processo, ligando-a tanto

à urgência como à evidência (art. 294), errou em denominá-la a partir de um critério puramente interno ao processo, chamando-a conservadoramente de *tutela provisória* (Marinoni, Arenhart e Mitidiero, *Novo Curso de Processo Civil*, Ed. RT, vol. II – A Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum). Essa terminologia obscura e necessária para prestar diferentes tutelas mediante a técnica antecipatória: a tutela inibitória contra o ilícito, que o Código igualmente consagra no art. 497, parágrafo único, certamente atende a pressupostos distintos da tutela ressarcitória contra o dano. A organização do tema na perspectiva da técnica antecipatória poderia ter colaborado para o melhor equacionamento das relações entre direito e processo.

3. **Técnica antecipatória e tutela dos direitos.** A técnica antecipatória pode viabilizar uma decisão provisória capaz de *satisfazer* ou *acautelar* o direito. A distinção elaborada pela doutrina entre *satisfatividade* e *cautelaridade* (Ovidio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, Ed. RT, vol. III; Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da Tutela*, Ed. RT), portanto, continua sendo integralmente aplicável ao direito vigente. A técnica antecipatória que dá lugar a um provimento provisório – “tutela provisória” – pode desde logo viabilizar a *realização* e a *fruição do direito* pela parte (tutela satisfativa) ou pode apenas *assegurar* que essa fruição tenha condições de eventual e futuramente ocorrer (tutela cautelar). A tutela satisfativa pode ser direcionada contra o ilícito (tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito, art. 497, parágrafo único) ou contra o dano (tutela reparatória e tutela ressarcitória), ao passo que a tutela cautelar é sempre contra o dano (por exemplo, arresto, sequestro, arrolamento de bens, art. 301). A técnica antecipatória espelha provisoriamente a tutela do direito satisfativa ou cautelar que a parte pode obter ao final do procedimento (sobre essa perspectiva teórica, o nosso *Antecipação da Tutela – Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*, Ed. RT).

4. **Tutelas provisórias.** O legislador agrupou sob o gênero *tutelas provisórias* tanto as *tutelas satisfativas* como as *tutelas cautelares* que podem ser prestadas mediante cognição sumária, isto é, fundadas em juízo de probabilidade (art. 300). A técnica antecipatória pode dar lugar a uma decisão provisória que satisfaça desde logo o direito da parte fundada na urgência ou na evidência. A tutela cautelar, porém, é sempre fundada na urgência (art. 301). O legislador buscou caracterizar a urgência que dá lugar à tutela provisória no art. 300 e a evidência no art. 311.

5. **Antecedente ou incidental.** A tutela provisória pode ser prestada de forma *antecedente* – com o que será *autônoma* do ponto de vista processual – ou *incidental*. Se fundada na evidência, porém, só será prestada de forma incidental. Do ponto de vista técnico, contudo, nenhum óbice existe para prestação de forma autônoma da tutela provisória fundada na evidência (como atesta a conhecida experiência do *référé-provision*, art. 809, *Code de Procédure Civile*). O legislador cuida da técnica antecipatória capaz de prestar tutela satisfativa (dita no Código *tutela antecipada*) nos arts. 303 a 304 e daquela idônea para a prestação da tutela cautelar nos arts. 305 a 310. Enquanto é da tradição do direito brasileiro a possibilidade de se propor ação cautelar antecedente (as chamadas *ações cautelares preparatórias*), a tutela antecipada foi autonomizada pelo novo Código com o objetivo principal de viabilizar a sua *estabilização*.

6. **Requerimento da parte.** Sendo a tutela satisfativa e a tutela cautelar tutelas do processo, a sua obtenção pela parte está condicionada à existência de pedido (princípio da demanda, arts. 2.º e 141). Ao tempo em que se admitia a prestação de tutela cautelar de ofício, pressupunha-se que a sua concessão não prestava tutela ao direito da parte, mas apenas providência no interesse do processo – e, portanto, ligada exclusivamente ao interesse público (“*öffentliche Interesse*”, *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, n.º 10, 1891) e ao exercício de uma função de polícia do processo (“*polizia del processo*”, Piero Calamandrei, *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*, Cedam). Já e ao exercício de uma função de polícia do processo (polizia del processo”, Piero Calamandrei, *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*, Cedam). Trata-se de pressuposição superada pela doutrina, já que ninguém ainda hoje pode obter tutela de ofício de interesse da parte que obtém, por exemplo, um arresto, é tutelar o processo e não proteger cautelarmente o próprio direito de crédito de que se julga titular. No entanto, tendo em conta a estrutura *cooperativa* do novo processo civil (Fredie Didier Jr., *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Alameda, 2011), *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Alameda, 2011), Antonio do Passo Cabral, *Nulidades no processo moderno*, Forense; ainda, o nosso *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, Ed. RT), não se pode negar que é possível tutelar a parte provisoriamente, consultá-la a respeito de seu interesse na obtenção de uma tutela sumária (art. 6.º, conforme ainda o nosso *Antecipação da Tutela – Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória* cit.). Não pode o juiz, porém, antecipar a tutela de ofício (seja satisfativa, seja cautelar), dado o regime de responsabilidade objetiva inerente à sua fruição (art. 302), o qual a parte pode não ter interesse em submeter-se (Fredie Didier Júnior, Paula Braga e Rafael de Oliveira, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, JusPodivm).

7. **Recurso cabível.** Cabe o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que concede, denega ou posterga indevidamente a apreciação do pedido de tutela provisória (art. 1.015, I), exceto se concedida na sentença, hipótese em que cabe o recurso de apelação (art. 1.013, § 5.º). Havendo decisão interlocutória posterior à sua concessão a respeito da adequação da técnica executiva que deve ser adotada para efetivação da decisão provisória (art. 297), essa também é recorrível mediante agravo de instrumento (analogamente, art. 1.015, I).

8. **Fungibilidade.** O novo Código não repetiu com a mesma extensão a regra da fungibilidade entre as tutelas que podem ser obtidas mediante a técnica antecipatória, na medida em que o art. 305, parágrafo único, refere-se às tutelas provisórias requeridas em caráter antecedente. Porém, tendo em conta a necessidade de aproveitamento dos atos processuais – por força do princípio da duração razoável do processo e da necessidade de promoção da economia processual dele decorrente – e a necessidade de se privilegiar a prolação de decisões de mérito em detrimento de decisões puramente formais para a causa (art. 317), é certo que, atendidos os pressupostos legais para concessão, há ampla fungibilidade entre as tutelas provisórias: quer formulado o pedido de maneira incidental, quer de maneira antecedente, há fungibilidade entre as tutelas que podem ser obtidas mediante a técnica antecipatória (sobre a fungibilidade em geral, Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do Processo e da Sentença*, Ed. RT; Fredie Didier Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, JusPodivm; Antonio do

Passo Cabral, *Nulidades no Processo Moderno* cit.; Eduardo Lamy, *Princípio da Funcionalidade no Processo Civil, Dialética*).

CPC/1973	CPC/2015
Sem correspondência	Art. 295. A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.

1. **Tutela provisória e despesas processuais.** O emprego da técnica antecipatória para prestar uma tutela provisória ao direito independe *sempre* de pagamento de despesas processuais. Ao contrário do que sugere o art. 295, nem mesmo o pedido de "tutela provisória" em caráter antecedente exige *por si só* pagamento de custas, na medida em que o seu *adiantamento serve igualmente para custear o exaurimento da cognição subsequente* (arts. 303, § 3.º, e 308, *caput*). As despesas processuais servem para custear a obtenção da tutela jurisdicional final. Sendo necessário iniciar o processo que visa a obtê-la inicialmente tendo como objeto apenas a prestação da tutela provisória, então *também se desloca para esse momento* o ônus de adiantamento das despesas.

CPC/1973	CPC/2015
Art. 273. (...) 4.º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.	Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

1. **Provisoriamente.** Apenas pode ser concedido provisoriamente aquilo que pode sê-lo definitivamente. A técnica antecipatória não pode prestar uma tutela do direito que se encontra *fora da moldura* da tutela final. Uma vez antecipada a tutela, essa conserva a sua eficácia na pendência do processo, só sendo oportunamente *absorvida* pela tutela final. Isso quer dizer, por exemplo, que se a tutela é prestada pelo juízo de primeiro grau mediante decisão interlocutória, então em regra essa conserva a sua eficácia até o advento da sentença: a *cognição exauriente* subjacente à sentença substitui-se à *cognição sumária* que suporta a decisão provisória. Decisão – ou tutela – provisória é aquela que *não dura para sempre e será necessariamente substituída por outra* com objeto tendencialmente coincidente no todo ou em parte (Ovidio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil* cit.; Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da Tutela*

da tutela, ainda, o nosso *Antecipação da Tutela – Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*). Como o Código prevê a possibilidade de estabilização da tutela satisfativa de aparência (arts. 303 e 304), o conceito de *provisoriamente* adequado ao direito brasileiro deve sofrer um acréscimo: provisória é aquela decisão que *tendencialmente não dura para sempre e potencialmente será substituída por outra* com objeto tendencialmente coincidente no todo ou em parte.

2. **Identidade parcial ou total entre a tutela provisória e a tutela definitiva.** A relação que existe entre a tutela provisória e a tutela final – ou, dito de outro modo, entre a tutela provisória e a tutela final – é de *identidade total ou parcial*. Trata-se de uma relação de natureza processual: provisório e definitivo são qualificativos do provimento judicial. Vale dizer: do *ato processual*. Inexiste uma relação de instrumentalidade entre a técnica antecipatória e a tutela final ou entre a tutela provisória e a tutela definitiva. Isso porque a tutela que é prestada de forma provisória é exatamente a mesma, no todo ou em parte, que pode ser prestada de forma definitiva: a tutela provisória não tem uma natureza diversa daquela que será prestada de forma definitiva (sobre o assunto, o nosso *Antecipação da Tutela – Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória* cit.).

3. **Referibilidade da tutela cautelar à tutela satisfativa.** Enquanto existe uma relação de natureza processual entre a técnica antecipatória e a tutela final, entre o provimento final e o definitivo, a relação que existe entre a tutela satisfativa e a tutela cautelar é de natureza material: a tutela cautelar serve para conservar a tutela do direito para sua eventual e futura satisfação. É importante perceber, nessa linha, que *esta é ordenada a sua conservação*. É importante perceber, nessa linha, que *também aqui inexistente uma relação de instrumentalidade processual*. A tutela satisfativa e a tutela cautelar são tutelas do direito. Em outras palavras, a *tutela cautelar não é um instrumento do instrumento*, embora esse seja um endereço doutrinário comum no direito brasileiro (Galeno Lacerda, *Comentários ao Código de Processo Civil, Forense*, vol. VIII, t. 1). A tutela cautelar presta tutela ao direito material (Ovidio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil* cit.).

4. **Revogação, modificação e novo pedido.** Enquanto se desenvolve o procedimento, a tutela provisória pode ser revogada ou modificada, desde que sobrevenha mudança nos elementos do processo que justifique semelhante revogação ou modificação. Como o direito fundamental a segurança jurídica compõe o direito fundamental ao processo justo (Marinoni, Arenhart e Mitidiero, *Curso de Processo Civil*, vol. I, cit.), as decisões provisórias também gozam de certa estabilidade ao longo do procedimento (Antonio do Passo Cabral, *Cosa Julgada e Preclusões Dinâmicas, JusPodivm*). Submetem-se à mesma regra a admissibilidade de novo pedido de tutela provisória: indeferido o primeiro, o segundo só é admissível se fundado em elemento anteriormente não constante dos autos.

5. **Suspensão do processo.** Inexistindo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a sua eficácia durante a suspensão do processo (art. 296, parágrafo único).

à reação, mas um direito de influência (arts. 93, IX, CF e 7.º, 9.º, 10, 298 e 489, § 1.º, IV, Alvaro de Oliveira, "A Garantia do Contraditório", *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, Ed. RT; Antonio do Passó Cabral, "O Contraditório como Dever e a Boa-Fé Processual Objetiva", *RePro*, n. 126), só é possível considerar fundamentada uma decisão se o juiz nela atende ao seu dever de debate com as partes (Teresa Arruda Alvim Wambier, *Embargos de Declaração e Omissão Judicial*, Ed. RT; ainda, o nosso *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos cit.*).

2. Claro e preciso. A decisão que antecipa a tutela satisfativa ou cautelar tem de ser fundamentada de modo claro e preciso – como toda e qualquer decisão judicial (art. 93, IX, CF). Isso quer dizer que tem de atender ao disposto no art. 489, não incorrendo em quaisquer dos defeitos de fundamentação arrolados no art. 489, § 1.º. A fundamentação da decisão tem de ser racional, o que significa dizer que a atividade interpretativa deve ser justificada (interna e externamente) e o resultado da interpretação deve ser coerente e universalizável (conforme o nosso *Cortes Superiores e Cortes Supremas – do Controle a Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*, Ed. RT). Fora desse quadro o exercício do poder judicial é incontrolável intersubjetivamente, frustrando-se com isso a razão de ser do direito fundamental à fundamentação das decisões no direito brasileiro: a estruturação de uma democrática administração da Justiça Civil (Michele Taruffo, *A Motivação da Sentença Civil*, Marcial Pons).

CPC/1973	CPC/2015
Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal. Parágrafo único. Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal.	Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal. Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

1. Competência. A tutela provisória será em regra requerida ao juiz competente para concessão da tutela definitiva, quer tenha sido requerida de forma antecedente, quer tenha sido de forma incidental. Essa é a regra que serve inclusive para reger inclusive as hipóteses previstas no parágrafo único do art. 299.

2. Competência nos recursos. A competência para outorgar tutela jurisdicional satisfativa ou cautelar em seara recursal é, ressalvada disposição especial, da competência do tribunal competente para examinar o mérito do recurso (art. 299, parágrafo único – sobre a problemática da antecipação da tutela recursal, William Santos Ferreira, *Tutela Antecipada do Âmbito Recursal*, Ed. RT). Com isso, o novo Código dispôs em sentido contrário àquele consagrado nas Súmulas 634 e 635, STF, que já constituíam alvo de crítica da doutrina (Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da Tutela cit.*; o nosso *Antecipação da Tutela – Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*

cit.). Isso significa que, nada obstante o recurso penda de admissibilidade no tribunal de origem, a competência para outorga de antecipação da tutela recursal no recurso extraordinário ou no recurso especial é respectivamente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. A propósito, a outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial constitui hipótese de antecipação da tutela recursal: quer-se suspender a eficácia da decisão do tribunal de origem como um dos possíveis efeitos do provimento do recurso. A exceção à regra fica por conta dos casos em que há recurso repetitivo afetado no STF ou no STJ: nesse caso, a tutela provisória tem de ser pedida para o presidente do tribunal de origem (art. 1.022, § 3.º, III).

TÍTULO II
DA TUTELA DE URGÊNCIA

CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

CPC/1973	CPC/2015
Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: 1- haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; 2- não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.	Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. § 1.º 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. § 2.º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia. § 3.º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

1. Tutela de urgência. Consagrada pela doutrina (Ovidio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil cit.*; Alvaro de Oliveira, "Perfil Dogmática das Tutelas de Urgência", *Revista da Ajuris*, n. 70), a expressão *tutela de urgência* serve no novo Código como gênero em que se inserem a tutela antecipada (tutela satisfativa) e a tutela cautelar. Teria o legislador andado melhor se tivesse percebido que a antecipação e apenas uma técnica processual que serve para viabilizar a prolação de uma

decisão provisória capaz de outorgar tutela satisfativa ou tutela cautelar fundada em cognição sumária (sobre o assunto, o nosso *Antecipação da Tutela – Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória* cit.).

2. **Atipicidade.** Toda e qualquer providência capaz de alcançar um resultado prático à parte pode ser antecipada. Vale dizer: o pedido de tutela de urgência – satisfativa ou cautelar – não está limitado à proteção de apenas determinadas situações substanciais. A atipicidade da tutela de urgência, como da tutela jurisdicional em geral, está ligada à necessidade de se oferecer uma cobertura o mais completa possível às situações substanciais carentes de proteção (Flávio Yarshell, *Tutela Jurisdicional*, Atlas).

3. **Probabilidade do direito.** No direito anterior a antecipação da tutela estava condicionada à existência de “prova inequívoca” capaz de convencer o juiz a respeito da “verossimilhança da alegação”, expressões que sempre foram alvo de acirrado debate na doutrina (Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da Tutela* cit.; Daisson Flach, *A Verossimilhança no Processo Civil*, Ed. RT; o nosso, *Antecipação da Tutela – Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória* cit.). O legislador resolveu, contudo, abandoná-las, dando preferência ao conceito de probabilidade do direito (o nosso, *Antecipação da Tutela – Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória* cit.). Com isso, o legislador procurou autorizar o juiz a conceder “tutelas provisórias” com base em cognição sumária, isto é, ouvindo apenas uma das partes ou então fundado em quadros probatórios incompletos (vale dizer, sem que tenham sido colhidas todas as provas disponíveis para o esclarecimento das alegações de fato, conforme o clássico conceito de cognição sumária de Hans Karl Briegleb, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, Bernhard Tauchitz). A probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica – que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder “tutela provisória”.

4. **Perigo na demora.** A fim de caracterizar a urgência capaz de justificar a concessão de tutela provisória, o legislador falou em “perigo de dano” (provavelmente querendo se referir à tutela antecipada) e “risco ao resultado útil do processo” (provavelmente querendo se referir à tutela cautelar). Andou mal nas duas tentativas. Em primeiro lugar, porque o direito não merece tutela tão somente diante do dano. O próprio Código admite a existência de uma tutela apenas contra o ilícito ao ter disciplinado o direito à tutela inibitória e o direito à tutela de remoção do ilícito (art. 497, parágrafo único, na esteira da elaboração da doutrina, Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inibitória*, Ed. RT, e *Técnica Processual e Tutela dos Direitos* cit.). Daí que falar apenas em perigo de dano é recair na proibição de retrocesso na proteção do direito fundamental à tutela adequada, já que o Código Buzaid, depois das Reformas, utilizava-se de uma expressão capaz de dar vazão à tutela contra o ilícito (“receio de ineficácia do provimento final”). Em segundo lugar, porque a tutela cautelar não tem por finalidade proteger o processo (Carlo Calvosa, *La Tutela Cautelare*, Utet; Ferruccio Tommaseo, *I Provvedimenti d’Urgenza – Struttura e Limiti della Tutela Anticipatoria*, Cedam, Ovidio

de processo da Silva, *Curso de Processo Civil* cit.), tendo por finalidade tutelar o direito material diante de um dano irreparável ou de difícil reparação. O legislador tinha à disposição, porém, um conceito mais apropriado, porque suficientemente versátil, para caracterizar a urgência: o conceito de perigo na demora (“periculum in mora”). A tutela provisória é necessária simplesmente porque não é possível esperar, sob pena de o ilícito ocorrer, continuar ocorrendo, ocorrer novamente, não ser removido ou de o dano não ser reparado ou reparável no futuro. Assim, é preciso ler as expressões “perigo de dano e risco ao resultado útil do processo” como alusões ao perigo na demora (“pericolo di tardività”, na clássica expressão de Calamandrei, *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari* cit.). Vale dizer: há urgência quando a demora pode comprometer a realização imediata ou futura do direito.

5. **Caução.** Como a concessão da tutela fundada em cognição sumária sempre implica assunção de riscos, a fim de salvaguardar o núcleo essencial do direito a segurança jurídica do demandado (Teori Zavascki, *Antecipação da Tutela*, Saraiva) o legislador possibilitou ao juiz a exigência de caução para prestação da tutela provisória. Trata-se de exigência que deve obedecer às particularidades do caso (“conforme o caso”, refere o art. 300, § 1.º). Assim, se o direito é desde logo muito provável, não deve o juiz exigir caução. Desde logo refere o legislador que não é o caso de exigir caução da parte economicamente hipossuficiente (arts. 7.º e 300, § 1.º).

6. **Momento.** A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente (isto é, in limine, no início do processo, sem que se tenha citado a parte contrária – *inaudita altera pars*), quando o tempo ou a atuação da parte contrária for capaz de frustrar a efetividade da tutela sumária. Nesse caso, o contraditório tem de ser postergado para o momento posterior à concessão da tutela. Não sendo o caso de concessão liminar, pode o juiz concedê-la depois da oitiva do demandado em justificativa prévia (isto é, oitiva específica da parte contrária sobre o pedido de tutela de urgência), na audiência de conciliação ou de mediação, depois da sua realização ou ainda depois da contestação. Isso quer dizer que nada obsta que a tutela de urgência seja concedida em qualquer momento do procedimento, inclusive na sentença (a fim de neutralizar o efeito suspensivo da apelação) ou mesmo nos recursos. Em suma, enquanto o processo não tiver logrado decisão definitiva, cabe tutela provisória (José Rogério Cruz e Tucci, *Tempo e Processo*, Ed. RT; Athos Gusmão Carneiro, *Da Antecipação de Tutela*, Forense).

7. **Irreversibilidade.** No exato momento em que o art. 300, § 3.º, veda a concessão de antecipação da tutela quando “houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”, ele vai à contramão da lógica do provável que preside a tutela provisória (Ferruccio Tommaseo, *I Provvedimenti d’Urgenza – Struttura e Limiti della Tutela Anticipatoria* cit.). Justamente por essa razão, tendo a técnica antecipatória o objetivo de combater o perigo na demora capaz de produzir um ato ilícito ou um fato danoso – talvez irreparável – ao direito provável, não há como não admitir a concessão dessa tutela sob o simples argumento de que ela pode trazer um prejuízo irreversível ao réu. Seria como dizer que o direito provável deve sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao direito improvável – o que é obviamente um contrassenso (Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da Tutela* cit.).

CPC/1973	CPC/2015
<p>Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause a outro lesão grave e de difícil reparação.</p> <p>Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.</p>	<p>Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.</p>

1. Tutela cautelar. Toda e qualquer tutela idônea para conservação do direito pode ser requerida pela parte a título de tutela cautelar (art. 301). Daí que a alusão ao arresto, sequestro, arrolamento de bens e ao registro de protesto contra alienação de bens são apenas exemplos de providências que podem ser obtidas pela parte. É possível obter atipicamente tutela cautelar no direito brasileiro – isto é, embora empregando terminologia diversa, o novo Código reconhece o *poter cautelar geral do juiz* (José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, Malheiros). O fato de o legislador não ter repetido as hipóteses de cabimento do arresto, do sequestro, do arrolamento de bens e do registro de protesto contra alienação significa que essas medidas cautelares se submetem aos requisitos comuns a toda e qualquer medida cautelar: probabilidade do direito (“*fumus boni iuris*”) e perigo na demora (“*periculum in mora*”). Significa ainda que o Código vigente incorporou o significado desses termos – tal como eram compreendidos na legislação anterior. Desse modo, arresto é uma medida cautelar que visa a resguardar de um perigo de dano o direito à tutela ressarcitória. Sequestro é uma medida cautelar que visa a proteger de um perigo de dano a tutela do direito à coisa. Arrolamento de bens é uma medida cautelar que visa a descrever, apreender e depositar determinada universalidade de bens exposta a um risco de dano. Protesto contra alienação de bens é uma medida cautelar que visa assegurar a frutuosidade da tutela do direito à reparação ou ao ressarcimento diante de um perigo de dano. Serão cabíveis arrestos, sequestros, arrolamentos de bens, protestos contra alienação de bens e quaisquer outras medidas idôneas para assecuração dos direitos quando houver *perigo de infrutuosidade* da tutela ao direito à reparação ou ao ressarcimento. Vale dizer: perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (Ovidio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil* cit.; Guilhermê Recena Costa, “Entre Função e Estrutura: Passado, Presente e Futuro da Tutela de Urgência no Brasil”, *Tutelas de Urgência e Cautelares*, Saraiva).

CPC/1973	CPC/2015
<p>Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 804, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:</p> <p>I – se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;</p> <p>II – se obtida liminarmente a medida no processo do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;</p> <p>III – se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;</p> <p>IV – se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).</p> <p>Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.</p>	<p>Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responsável pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:</p> <p>I – a sentença lhe for desfavorável;</p> <p>II – obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;</p> <p>III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;</p> <p>IV – o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.</p> <p>Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.</p>

1. Responsabilidade pelo dano oriundo da tutela de urgência. O novo Código adota a disciplina do direito anterior no que tange à responsabilidade pelo dano oriundo da tutela de urgência, diante do qual se entendia pela existência de *responsabilidade objetiva* (Galeno Lacerda, *Comentários ao Código de Processo Civil* cit.). Como diante do direito anterior, porém, é preciso distinguir as hipóteses: é certo que nas hipóteses dos incs. II e III do art. 302 pode-se falar em *responsabilidade objetiva*. No entanto, nas hipóteses dos incs. I e IV a responsabilidade tem de ser *subjetiva* (Ovidio Baptista da Silva, *Do Processo Cautelar*, Forense; Fábio Gomes, *Responsabilidade Objetiva e Antecipação de Tutela*, Livraria do Advogado; Rafael Abreu, “A Responsabilidade pela Fruição da Tutela Antecipada Cassada”, *O Processo Civil no Estado Constitucional*, JusPodivm; ainda, o nosso *Antecipação da Tutela – Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória* cit.). Isso porque, se a tutela provisória é necessária e devida, conforme a apreciação sumária do juiz, torna-la posteriormente indevida e atribuir responsabilidade objetiva pela sua fruição implica ignorar efetiva existência da decisão que anteriormente a concedeu. Em outras palavras, significa desconsiderar o juízo sumário, como se nunca houvesse existido, apagando-o *retroativamente*. É claro que o juiz pode considerar inexistente o direito antes reconhecido como provável. Não pode, contudo, apagar a existência do juízo sumário. O juízo exauriente substitui o juízo sumário, mas não apaga a sua existência. Nesses casos, a *responsabilidade civil pela fruição da antecipação da tutela depende da alegação e prova de dolo ou culpa*, porque amparada em um legítimo exercício de poder estatal. Só há responsabilidade objetiva diante da sentença de improcedência quando a *tutela provisória é obtida de forma injustificada*, isto é, com violação à ordem jurídica (por exemplo, com base em prova falsa).

2. **Liquidação nos mesmos autos.** Sempre que possível, a indenização será liquidada nos mesmos autos em que a medida tiver sido concedida. Apurado o valor, a fase de liquidação segue-se a fase de cumprimento de sentença (Luiz Rodrigues Wambier, *Sentença Civil – Liquidação e Cumprimento*, Ed. RT).

CAPÍTULO II

DO PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

CPC/ 1973	CPC/2015
Sem correspondência	<p>Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.</p> <p>§ 1.º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:</p> <p>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;</p> <p>II – o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;</p> <p>III – não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.</p> <p>§ 2.º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1.º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.</p> <p>§ 3.º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1.º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.</p> <p>§ 4.º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.</p> <p>§ 5.º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.</p>

CPC/ 1973	CPC/2015
	<p>§ 6.º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.</p>

1. **Autonomização da antecipação da tutela.** Manifestando-se expressamente o autor na petição inicial (art. 303, § 5.º), nos casos em que a "urgência for contemporânea à propositura da ação" (art. 303, caput), 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, do valor da causa como um todo (art. 303, § 4.º) e do perigo na demora. *Sem expresse requerimento do autor não é possível estabilizar os efeitos da antecipação da tutela.*

2. **Urgência contemporânea.** A qualificação da urgência como contemporânea no caput do art. 303, embora a primeira vista possa sugerir uma restrição ao uso da tutela antecipada antecedente, é desmentida pelo incentivo que o legislador dá ao autor para autônomicar formal e materialmente o processo com a sua estabilização. Lida a autonomização da tutela antecipada sistematicamente, a urgência que justifica o pedido de tutela antecipada antecedente não difere do perigo na demora capaz de justificar qualquer espécie de tutela provisória.

3. **Tutela satisfativa de urgência.** Apenas a tutela provisória satisfativa fundada na urgência pode ser autônomicada e estabilizada. A tutela da evidência não pode ser autônomicada e, por conseguinte, estabilizada. A tutela cautelar, embora possa ser autônomicada, não pode ser estabilizada – dada obviamente a referibilidade que lhe é inerente.

4. **Procedimento.** Concedida a tutela antecipada na forma antecedente, tem o autor o ônus de aditar a petição inicial com a complementação da sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em quinze dias ou em outro prazo que o juiz fixar (art. 303, § 1.º, I). O aditamento da petição inicial dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais (art. 303, § 3.º). Não realizado o aditamento, o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 303, § 2.º). Realizado o aditamento, o réu será citado para a audiência de conciliação ou de mediação (art. 334). Não havendo autocomposição, começará a contar o prazo para contestação (art. 335). Não concedida a tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará o aditamento da petição inicial em até cinco dias. Não sendo atendida, a petição inicial será indeferida e o processo extinto sem resolução do mérito (art. 303, § 6.º). O legislador fala em emenda à petição inicial. É certo, porém, que não se trata propriamente da emenda à petição inicial que se refere o art. 321: trata-se de aditamento da petição inicial a fim de que o processo, em sendo o caso, desenvolva-se regularmente. Em suma: é o aditamento a que se refere o art. 303, § 1.º, I.

CPC/1973	CPC/2015
Sem correspondência	<p>Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.</p> <p>§ 1.º No caso previsto no caput, o processo será extinto.</p> <p>§ 2.º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de reverter, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.</p> <p>§ 3.º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2.º.</p> <p>§ 4.º 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.º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.</p> <p>§ 5.º O direito de reverter, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2.º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1.º.</p> <p>§ 6.º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a reverter, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2.º deste artigo.</p>

1. Estabilização da antecipação da tutela. A questão que efetivamente interessa no que tange à antecipação da tutela obtida de forma antecedente é a sua estabilização (art. 304). Se a antecipação da tutela é concedida, ocorre o aditamento da petição inicial pelo autor (art. 303, § 1.º, I) e o demandado não se manifesta no sentido do exaurimento da cognição (art. 304, caput), a antecipação da tutela tem os seus efeitos estabilizados indefinidamente no tempo. Trata-se essencialmente de conhecida proposta da doutrina (Ada Pellegrini Grinover, "Proposta de Alteração ao Código de Processo Civil. Justificativa", *RePro*, n. 86, e "Tutela Jurisdicional Diferenciada: a Antecipação e sua Estabilização", *RePro*, n. 121; José Roberto dos Santos Bedaque, "Estabilização das Tutelas de Urgência", *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, DPJ Ed.; Ovidio Baptista da Silva, "O Contraditório nas Ações Sumárias", *Da Sentença*

eventual já presente no procedimento monitorio com o fim de *autonomizar* a tutela antecipada fundada na urgência (Ovidio Baptista da Silva, *Do Processo Cautelar* cit.; Eduardo Talamini, "Tutela de Urgência no Projeto do Novo Código de Processo Civil: a Estabilização da Medida Urgente e a 'Monitorização' do Processo Civil Brasileiro", *RePro*, n. 209).

2. *Refere e Strumentalit  Attenuata*. A disciplina do direito brasileiro inspira-se nos procedimentos "de *ref re*" e "sur requ te" do direito francês e nos "providimenti d'urgenza" com "strumentalit  attenuata" do direito italiano. Do "procedimento d'urgenza" o direito brasileiro importou a ausência do contraditório (Loic Cadiet e Emmanuel Jeuland, *Droit Judiciaire Priv *, Lexis Nexis, tendo em conta que nem o "procedimento de *ref re*", Loic Cadiet e Emmanuel Jeuland, *Droit Judiciaire Priv * cit., nem o "procedimento d'urgenza", Federico Carpi e Michele Taruffo, *Commentario Breve al Codice di Procedura Civile*, Cedam, prescindem do direito ao contraditório prévio). A eficácia que procurou outorgar   decisão estável depois de transcorrido em branco o prazo previsto para o exaurimento da cogni o, contudo, não tem paralelo no direito francês e no direito italiano (Edoardo Ricci, *Verso un Nuovo Processo Civile?*, Rivista di Diritto Processuale, 2003).

3. *Onus de recorrer*. No Código, o meio que dispõe o réu para evitar a estabiliza o da tutela   a interposi o do recurso de agravo de instrumento (art. 302, caput). Não interposto o agravo, estabiliza-se a decisão e o processo deve ser extinto com resolu o de mérito (art. 304, § 1.º), projetando a decisão provisória seus efeitos para fora do processo (art. 304, § 3.º). Se o réu não interpuser o agravo de instrumento, mas desde logo oferecer contesta o no mesmo prazo – ou ainda manifestar-se dentro desse mesmo prazo pela realiza o da audiência de concilia o ou de media o, tem-se que entender que a manifesta o do réu no primeiro grau de jurisdi o serve tanto quanto a interposi o do recurso para evitar a estabiliza o dos efeitos da tutela. Essa soluço tem a vantagem de economizar o recurso de agravo e de proporcionar a devida relevância   manifesta o de vontade constante da contesta o ou do intento de comparecimento   audiência. Em ambas as manifesta es, a vontade do réu   inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do processo.

4. *A o exauriente*. Não tendo o réu se manifestado pelo exaurimento da cogni o, qualquer das partes poderá dentro do prazo de dois anos (art. 304, § 5.º), propor a o visando a exaurir a cogni o – isto  , com o objetivo de aprofundar o debate iniciado com a a o antecipada antecedente (art. 304, § 2.º). Como simples prosseguimento da a o antecedente, o processo oriundo da a o exauriente não implica por si só inversão do ônus da prova: a prova do fato constitutivo do direito permanece sendo do autor da a o antecedente – agora réu na a o exauriente. Ao réu da a o antecedente – agora autor da a o exauriente – tocar , em sendo o caso, a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo. O legislador vale-se   da técnica da inversão da iniciativa para o debate, que se apoia na realiza o eventual do contraditório por iniciativa do interessado (*contraditório eventual*).

5. **Petição inicial da ação antecedente.** Proposta a ação exauriente, a petição inicial da ação antecedente tem de ser desarquivada para instruir a ação exauriente. Embora que a petição inicial e a decisão anterior instruem o processo para fins de aferição dos limites do debate e da eficácia da decisão anterior. Trata-se de documento essencial. Como se trata de uma continuação do debate anterior, o juízo que conheceu da ação antecedente está prevenido para conhecer da ação final (art. 304, § 4.º).

6. **Eficácia da decisão.** O legislador refere que a decisão que concede a tutela antecipada não fará coisa julgada (será apenas estável), mas seus efeitos não poderão ser afastados de modo nenhum se, depois de dois anos, não for proposta ação tendente ao exaurimento da cognição. O legislador é claríssimo ao afirmar que a decisão que concede a tutela antecipada antecedente não faz coisa julgada. Além de dizê-lo expressamente (art. 304, § 6.º), prevê ainda ação exauriente para o aprofundamento da cognição (art. 304, §§ 2.º e 5.º). Contudo, a questão que fica – apenas aparentemente – em aberto é a seguinte: como qualificar a força da estabilidade depois de transcorridos dois anos sem que tenha sido proposta a ação exauriente? O legislador é igualmente claro – embora não tenha se atrevido a dizê-lo diretamente: se a “estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão” tomada na ação exauriente (art. 304, § 6.º), então é evidente que, inexistindo ação posterior ajuizada no prazo legal, a estabilidade torna-se “infastável”. Em outras palavras: “imutável” e “indiscutível” (art. 502, na medida em que, conforme anota Sérgio Menchini, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, *Rivista di Diritto Processuale*, 2006, a impossibilidade de revisão do decidido em outro processo dificilmente pode ser caracterizada de modo diverso da coisa julgada).

7. **Inconstitucionalidade da previsão de coisa julgada.** É claro que é legítimo, desde o ponto de vista do direito ao processo justo (art. 5.º, LIV, CF), criar vias alternativas ao procedimento comum. Nada obsta que o legislador desenhe procedimentos diferenciados sumários do ponto de vista formal (encurtamento do procedimento) e do ponto de vista material (com cognição sumária, limitada à probabilidade do direito). O que é de duvidosa legitimidade constitucional é equiparar os efeitos do procedimento comum – realizado em contraditório, com ampla defesa e direito à prova – com os efeitos de um procedimento cuja sumariedade formal e material é extremamente acentuada. Essa opção do legislador, pois, remete ao problema de saber qual é a função do processo civil no Estado Constitucional (Marinoni, Arenhart e Mitidiero, *Novo Curso de Processo Civil*, vol. 1 – Teoria do Processo Civil, cit.; o nosso “A Tutela dos Direitos como Fim do Processo Civil no Estado Constitucional”, *RePro*, n. 229). Somente a partir dessa perspectiva será possível analisar se semelhante opção é suportada pela nossa ordem constitucional. Sendo a obtenção de uma decisão justa uma das suas finalidades, o que remete para a necessidade de construirmos procedimentos orientados a sua busca, parece-nos que a limitação do direito ao contraditório e do direito à prova insita à sumarização procedimental e material da ação antecedente atua em sentido contrário à busca por uma decisão justa – e, pois, desmente uma das

razões de ser da necessidade de um processo justo. A eficácia bloqueadora do direito fundamental ao processo justo (Humberto Ávila, “O que é Devido Processo Legal?”, *Revista de Direito*, n. 163; Marinoni, Arenhart e Mitidiero, *Novo Curso de Processo Civil*, vol. 1 – Teoria do Processo Civil cit.), portanto, impede que se tenha como constitucional a formação de coisa julgada na tutela antecipada requerida de forma antecedente no caso de transcurso do prazo legal sem o exaurimento da cognição. Isso quer dizer que a estabilização da tutela antecipada antecedente não pode adquirir a autoridade da coisa julgada – que é peculiar aos procedimentos de cognição exauriente. Passado o prazo de dois anos, continua sendo possível o exaurimento da cognição até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes (por exemplo, a prescrição, a decadência e a supressão, conforme Remo Caponi, *La Tutela Sommaria nel Processo Societario in Prospettiva Europea*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2004). Em resumo: o direito à instauração da ação exauriente para formação da coisa julgada (Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, Ed. RT). Fora daí há ofensa ao direito fundamental ao processo justo pelo próprio legislador infraconstitucional incumbido de densificá-lo (Marinoni, Arenhart e Mitidiero, *Novo Curso de Processo Civil*, vol. II – A Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum cit.).

**CAPÍTULO III
DO PROCEDIMENTO DA TUTELA CAUTELAR
REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE**

CPC/1973	CPC/2015
Art. 801. O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará: I – a autoridade judiciária, a que for dirigida; II – o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido; III – a lide e seu fundamento; IV – a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão; V – as provas que serão produzidas. Parágrafo único. Não se exigirá o requisito do n. III senão quando a medida cautelar for requerida em procedimento preparatório.	Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

1. **Tutela cautelar preparatória.** Sempre que for necessária tutela cautelar preparatória, também conhecida como tutela cautelar ante causam, essa poderá ser requerida de forma antecedente, isto é, mediante ação cautelar autônoma. Qualquer espécie de providência cautelar é admitida para conservação do direito ameaçado de dano irreparável ou de difícil reparação. Como o direito à tutela cautelar é referível

ao direito à tutela satisfativa, não é possível estabilizar os seus efeitos. Daí que a tutela cautelar preparatória deve-se seguir a propositura da ação visando à tutela satisfativa, sob pena de ineficácia da tutela cautelar e de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 309, I).

2. **Petição inicial.** Indicará o direito à tutela cautelar, o seu fundamento, a exposição sumária do direito que objetiva assegurar (probabilidade do direito acatelado, de difícil reparação que a ação cautelar visa a combater. Pode o autor ainda formular o pedido de tutela satisfativa a que se refere o pedido de tutela cautelar (art. 308, § 1.º). Se o autor requereu tutela satisfativa ao invés de tutela cautelar, o juiz conhecerá do art. 301, indagando desde logo à parte se pretende ver estabilizados os efeitos da tutela, acaso concedida (analogamente, art. 303; § 5.º).

3. **Liminar cautelar.** Pode o autor requerer tutela cautelar liminarmente (art. 300, § 2.º) – rigorosamente, uma antecipação da tutela cautelar. Pode o juiz concedê-la *inaudita altera parte* ou após justificação prévia. Da decisão cabe agravo de instrumento (art. 1.015, I).

CPC/1973	CPC/2015
Art. 802. O requerido será citado, qualquer que seja o procedimento cautelar, para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido, indicando as provas que pretende produzir.	Art. 306. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

1. **Contestação.** O prazo para a contestação é de cinco dias. Deve o réu se manifestar sobre o direito à tutela cautelar – isto é, se há probabilidade do direito acatelado e se há perigo de dano. As provas requeridas na ação cautelar antecedente devem estar ligadas à demonstração do direito à tutela cautelar.

CPC/1973	CPC/2015
Art. 803. Não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos pelo requerido, como verdadeiros, os fatos alegados pelo requerente (arts. 285 e 319); caso em que o juiz decidirá dentro em 5 (cinco) dias. Parágrafo único. Se o requerido contestar no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, havendo prova a ser nela produzida.	Art. 307. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias. Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.

1. **Revelia.** 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 cinco dias (art. 307). Como é evidente, a não apresentação da contestação somente pode gerar efeito compatível com o processo em que ocorre. Na ação cautelar antecedente, a revelia apenas pode conduzir à presunção de probabilidade dos fatos articulados pelo

autor nos limites da cognição cautelar. Portanto, a não apresentação de contestação presume que as alegações de fato do demandante permitem juízo suficiente – vale dizer, presunção de probabilidade – para a concessão da tutela cautelar. A presunção de veracidade, em outras palavras, concerne ao direito à cautela e não extravasa os domínios da ação cautelar antecedente.

2. **Procedimento comum.** Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.

CPC/1973	CPC/2015
Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.	Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais. § 1.º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar. § 2.º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal. § 3.º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu. § 4.º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

1. **Referibilidade.** Como a tutela cautelar está ligada à tutela satisfativa pelo vínculo da referibilidade, prevê-se que da efetivação da decisão que concede a liminar cautelar flui o prazo de trinta dias para propositura da ação visando à tutela satisfativa (art. 308). Sendo a tutela cautelar uma tutela referível à tutela satisfativa, violaria o direito fundamental à segurança jurídica do demandado a sua eficácia temporalmente indefinida, sem que tivesse o autor o ônus de propor também ação para a obtenção da tutela satisfativa. Tal como o direito anterior, o novo Código nada dispõe a respeito da fluência do prazo para a propositura da ação visando à tutela satisfativa no caso em que a liminar cautelar é indeferida e, portanto, nada há para ser efetivado. O mesmo vale para o caso em que a liminar não é requerida. Nesse caso, o prazo só começará a fluir se a sentença cautelar acolher o pedido de tutela conservativa – hipótese em que o prazo para propositura da ação visando à tutela satisfativa será de trinta dias da efetivação da tutela cautelar (Ovidio Baptista da Silva, *Do Processo Cautelar* cit.).

2. **Procedimento.** O pedido de tutela satisfativa será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiamento de novas custas processuais (art. 308). Refere o legislador que a causa de pedir poderá ser aditada no momento da formulação do pedido principal (art. 308, § 2.º). É preciso perceber, porém, que rigorosamente a parte tem o ônus de aditar a causa de pedir, na medida em que as razões que autorizam a concessão da tutela cautelar como regra não autorizam igualmente a concessão da tutela satisfativa. A lide cautelar não se confunde com a lide satisfativa. Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação (art. 334), por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu. Não havendo autocomposição, flui o prazo para contestação (art. 335).

CPC/1973	CPC/2015
Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar: I – se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806; II – se não for executada dentro de 30 (trinta) dias; III – se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito. Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento.	Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: I – o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal; II – não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias; III – o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito. Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

1. **Cessação de eficácia.** Como a tutela cautelar é referível à tutela satisfativa, se o autor não propuser a ação visando à tutela satisfativa no prazo legal (art. 309, I), se o seu pedido for julgado improcedente (art. 309, III) ou ainda o processo for extinto sem resolução do mérito (art. 309, III), cessa a eficácia da tutela cautelar obtida em caráter antecedente. Essa também cessa se não for efetivada dentro de trinta dias (art. 309, II). Assim como ocorria em relação ao direito anterior, pode acontecer de excepcionalmente a sentença de improcedência não levar à cessação da eficácia da tutela cautelar. Isso porque existem situações em que o dano pode ser tão grave e ocorrer automaticamente depois da sentença de improcedência que pode o juiz decidir julgar improcedente o pedido, mas manter a proteção cautelar, mormente se vislumbra a possibilidade de o tribunal modificar sua decisão (Ovidio Baptista da Silva, *Do Processo Cautelar* cit.; Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da Tutela* cit.; ainda, o nosso *Antecipação da Tutela – Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória* cit.). Contudo, enquanto a cessação é automática, não dependendo de qualquer referência judicial, a manutenção depende de expressa decisão do órgão jurisdicional, que obviamente deve ser fundamentada.

2. **Renovação do pedido.** Na hipótese de cessação de eficácia, o novo fundamento capaz de permitir a renovação do pedido não pode ser o mesmo fato reconhecido como perigoso para a concessão da tutela cautelar que perdeu a eficácia. O fato deve

ser outro, ainda que já existente à época em que o primeiro pedido de tutela cautelar foi formulado. Havendo novo fundamento, há ação cautelar diversa da primeira, com a que inexistirá qualquer óbice à propositura da nova ação.

CPC/1973	CPC/2015
Art. 810. O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor.	Art. 310. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

1. **Ausência de coisa julgada sobre o direito acautelado.** A sentença que julga improcedente o pedido de tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido de tutela satisfativa – já que são proteções distintas – e nem influi no seu julgamento. Em outras palavras, a sentença que julga improcedente o pedido de tutela cautelar não obsta a existência ou inexistência do direito à cautela, não se pronunciando sobre a existência do direito acautelado. Porém, sobre o direito à cautela, há sentença de im-
procedência capaz de lograr qualidade de coisa julgada (Fredie Didier Jr., Paula Braga e Rafael de Oliveira, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, cit.; Eduardo da Costa, *Sentença Cautelar, Cognição e Coisa Julgada – Reflexões em Homenagem à Memória de Ovidio Baptista*, *RePro*, n. 191; ainda, o nosso *Antecipação da Tutela – Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória* cit.) – tanto é assim que é impossível propor a mesma

ação (analogicamente, art. 309, parágrafo único).
2. **Prescrição ou decadência.** Se, porém, no âmbito da ação cautelar antecedente, o juiz reconhecer a prescrição da pretensão acautelada ou a decadência do direito acautelado, há coisa julgada sobre o direito acautelado. Nesse caso, se o autor propuser a ação visando à tutela satisfativa, o processo tem de ser extinto pela existência de coisa julgada (art. 485, V).

TÍTULO III
DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

CPC/1973	CPC/2015
Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.	Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

CPC/1973	CPC/2015
	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.

1. Tutela da evidência. O legislador procurou caracterizar a evidência do direito postulado em juízo capaz de justificar a prestação de "tutela provisória" a partir das quatro situações arroladas no art. 311. O denominador comum capaz de amalgamá-las é a noção de *defesa inconsistente*. A tutela pode ser antecipada porque a defesa articulada pelo réu é inconsistente ou provavelmente o será. A tutela da evidência é fundada em cognição sumária e sua decisão não é suscetível de coisa julgada.

2. Defesa inconsistente. O art. 311, I, deve ser lido como uma regra aberta que permite a antecipação da tutela sem urgência em toda e qualquer situação em que a defesa do réu se mostre *frágil* diante da *robustez* dos argumentos do autor – e da prova por ele produzida – na petição inicial. Em suma: toda vez que houver apresentação de *defesa inconsistente* (Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da Tutela* cit.; Luiz Fux, *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*, Forense; ainda, o nosso *Antecipação da Tutela* cit.).

3. Precedentes. O art. 311, II, revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos *precedentes*. O que demonstra a inconsistência da defesa do réu não é o fato de o autor encontrar-se fundamentada em "julgamento de casos repetitivos" (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 a 987, e recursos repetitivos, arts. 1.036 a 1.041) ou em "súmula vinculante". É o fato de se encontrar fundamentado em *precedente* do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em *jurisprudência* formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas. O que o art. 311, II, autoriza, portanto, é a "tutela da evidência" no caso de haver *precedente* do STF ou do STJ ou *jurisprudência* firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas vinculantes (para um conceito de precedentes adequado ao direito brasileiro, Marinoni, Arenhart e Mitidiero, *Curso de*

Processo Civil, vol. II – A Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum cit.; Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, Ed. RT; ainda, o nosso *Cortes Superiores e Cortes Supremas – do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente* cit.).

4. Contrato de depósito. A hipótese do inc. III consiste em permitir tutela antecipada com base no contrato de depósito – trata-se de hipótese que veio para tomar o lugar do procedimento especial de depósito previsto no direito anterior. Estando devidamente provado o depósito (arts. 646 e 648, CC), tem o juiz de determinar a entrega da coisa.

5. Prova contrária. A hipótese do inc. IV é a hipótese clássica em que o tempo para produção da prova deve ser suportado pelo réu – e não pelo autor que já se desincumbiu de seu ônus probatório documental. Embora não tenha sido previsto textualmente pelo art. 311, também é possível antecipação da tutela fundada na evidência quando o autor alega e prova o fato constitutivo de seu direito e o réu opõe defesa indireta sem oferecer prova documental, protestando pela produção de prova oral ou prova pericial (Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da Tutela* cit., e *Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda*, Ed. RT).

6. Momento. Como regra, a concessão da tutela da evidência depende do cotejo entre as posições jurídicas do autor e do réu no processo: é dessa comparação que será oriunda a noção de evidência. Isso porque a base da tutela da evidência está ligada ao oferecimento de defesa inconsistente – que normalmente pressupõe o seu exercício. Ocorre que em algumas situações o legislador desde logo *presume* que a defesa será inconsistente (art. 311, II e III). Nesses casos, em que a defesa provavelmente será inconsistente, o legislador permite a concessão de tutela da evidência liminarmente (art. 311, parágrafo único). Nos demais casos a concessão de tutela da evidência só pode ocorrer depois da contestação.