

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**Curso de Especialização em Direito Processual Civil**

**A Tutela Provisória no Novo Código de Processo Civil**

**Yasmin Tozzi Mendes**

São Paulo

2016

**YASMIN TOZZI MENDES**

**A Tutela Provisória no Novo Código de Processo Civil**

Dissertação apresentada ao Curso de Especialização em Direito Processual Civil da PUC-SP, como exigência para conclusão do curso, sob orientação da Prof. Dra. Berenice Soubhie Nogueira Magri.

São Paulo

2016

## RESUMO

O presente trabalho analisa a tutela provisória, com base pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, em atenção às modificações implementadas pelo novo Código de processo civil. A principal modificação advinda de tal legislação foi a unificação do regime das tutelas provisórias e a implementação do novo instituto da estabilização da tutela provisória. Ao final, conclui-se que, as modificações trazidas por essa lei facilitaram a implementação da tutela provisória e outras criaram dificuldades para a sua aplicação.

Palavras chave: Tutela provisória. Novo Código de Processo Civil.

## ABSTRACT

This paper analyzes the precautionary measures, based on the research of doctrines and jurisprudence, regarding the changes implemented by Law 11.105/2015. The main change arising from the aforementioned legislation was the unification of several types of precautionary measures as well as the implementation of a new norm for the consolidation of precautionary measures. The research concluded that some of the changes set forth by the new law has aided the implementation of precautionary measures, whereas some other changes have hindered its application.

Key Words: Precautionary measures. Law 11.105/2015

## Sumário

Introdução.....	7
1. Espécies de cognição e coisa julgada .....	8
2. Tutela provisória .....	10
2.1. Conceito .....	10
2.2. Classificação .....	11
2.3. Características .....	11
2.4. Da unificação do regime.....	13
2.5. Competência .....	14
2.6. Efetivação da tutela provisória .....	15
2.7. Revogação e modificação.....	16
2.8. Motivação.....	18
2.9. Coisa Julgada .....	18
2.10. Tutela provisória em grau recursal .....	19
2.11. Tutela antecipada do pedido incontroverso .....	20
2.12. Natureza da decisão e recurso Cabível .....	21
2.13. Concessão da tutela provisória na sentença e recurso cabível.....	22
2.14. Concessão de ofício .....	23
2.15. Arbitragem .....	23
2.16. Concessão contra o Poder Público .....	24
3. Tutela provisória de urgência.....	26
3.1. Classificação .....	26
3.2. Requisitos .....	26
3.3. Requerimento .....	27
3.4. Tutela de urgência concedida em caráter incidental.....	28
3.5. Caução .....	28
3.6. Responsabilidade Civil.....	28
3.7. Fungibilidade entre as medidas .....	32
3.8. Tutela de urgência cautelar.....	35
3.8.1. Conceito .....	35
3.8.2. Classificação .....	35
3.8.3. Tutela Cautelar Satisfativa .....	37
3.8.4. Procedimentos .....	38
3.8.5. Tutela de urgência cautelar antecedente .....	40

3.8.5.1. Requisitos da petição inicial.....	40
3.9. Tutela de urgência Antecipada.....	41
3.9.1. Conceito .....	41
3.9.2. Reversibilidade do provimento .....	41
3.9.3. Legitimidade para requerer tutela de urgência antecipada .....	43
3.9.4. Efeitos passíveis de serem antecipados.....	43
3.9.5. Tutela de urgência antecipada requerida em caráter incidente.....	44
3.9.6. Da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente.....	44
3.9.6.1. Requisitos da petição inicial e o aditamento da petição inicial .....	44
3.9.6.2. Estabilização do provimento diante da não interposição de recurso da decisão que conceder a tutela antecipada.....	46
3.9.6.2.1. Requisitos .....	47
3.9.6.2.2. Procedimentos .....	51
3.9.6.2.3. Coisa Julgada .....	52
3.9.6.2.4. Ação principal após a estabilização da tutela e ação rescisória.....	54
3.9.6.2.5. Antecipação parcial da tutela.....	55
3.9.6.2.6. Honorários Sucumbências e custas.....	55
3.9.6.2.7. Legitimação .....	56
4. Tutela provisória de evidência .....	57
4.1. Conceito .....	57
4.2. Modalidades.....	58
4.3. Hipóteses.....	58
4.4. Legitimação .....	60
4.5. Tutela de evidência e julgamento parcial de mérito.....	60
Conclusão .....	62

## **Introdução**

As tutelas provisórias nasceram da necessidade do jurisdicionado obter mais rapidamente a tutela pretendida sem a necessidade da obtenção do provimento jurisdicional final impedindo que a longa duração do processo cause danos ao jurisdicionado.

As tutelas provisórias foram dispostas no ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Código de processo civil de 1973 que estruturou as medidas cautelares e, posteriormente, com a inclusão as tutelas antecipadas pela lei 8.952/1994.

O novo Código traz um novo enfoque as tutelas de cognição sumária, as prevendo em um livro próprio dentro da parte geral, consolidando os procedimentos, e adotando nomenclatura própria: a tutela provisória.

O sistema do novo Código inova ao subdividir a tutela provisória em tutela de urgência e tutela de evidência e ao dispor que o requerimento em ambos os casos poderá ocorrer tanto antecipadamente quanto incidentalmente ao processo.

As tutelas de urgência tem como base a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito do requerente e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, enquanto na tutela de evidência inexistente a necessidade de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, ou seja, não é necessária urgência para a concessão dessa medida.

A tutela de urgência é subdividida em antecipada e cautelar rompendo com o procedimento específico das ações cautelares disposto no antigo Código.

Foi incluído, pelo novo Código, um novo instituto indicando a possibilidade de estabilização da tutela de urgência antecipada concedida em caráter antecedente, no qual as partes podem optar que uma decisão de cognição sumária tenha seus efeitos estabilizados e a possibilidade de concessão das tutelas de urgência em sede de sentença.

O legislador do novo Código de processo civil objetivou a economia processual, a instrumentalidade das formas e a celeridade na implementação das tutelas provisórias, todavia o seu objetivo não foi alcançado em todas as modificações propostas.

## 1. Espécies de cognição e coisa julgada

A cognição “é a técnica utilizada pelo juiz para, através da consideração, análise e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes formar juízos de valor acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidi-las<sup>1</sup>”. Luiz Fux indica que a cognição “é a atividade de conhecer fatos e direito para julgar, lega ao Judiciário a tarefa de dizer o direito – *jus dicere* – aplicável à espécie”<sup>2</sup>

A doutrina tradicional indica duas espécies de cognição, a sumária e a exauriente que influenciam diretamente na formação da coisa julgada material.

A cognição exauriente permite a ampla discussão da causa e a produção de provas com a realização do contraditório permitindo, assim, ao judiciário proferir uma decisão aprofundada com base em todo o conjunto probatório e com todas as alegações das partes.

A cognição sumária não permite o mesmo grau de discussão e de contraditório da cognição exauriente, posto que é proferida com base no exame superficial dos fatos e na aparência do direito.

A coisa julgada está assegurada pela Constituição Federal em seu art. 5º, XXXVI<sup>3</sup> e nos art. 502 e seguintes do novo Código. Alexandre Freitas Camara com base nos ensinamentos de Liebman indica que:

*“A coisa julgada (...) deve ser considerada em dois aspectos: formal e substancial (ou material). Assim sendo, chamar-se-ia coisa julgada formal e a imutabilidade da sentença, e coisa julgada material, a imutabilidade de seus efeitos. A coisa julgada formal seria, assim, comum a todas as sentenças, enquanto a coisa julgada material só poderia se formar nas sentenças de mérito. Poder-se-ia, assim, dizer que todas as sentenças transitam em julgado (coisa julgada formal), mas apenas as sentenças definitivas alcançam a autoridade da coisa julgada (coisa julgada material).”<sup>4</sup>*

<sup>1</sup> CAMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito civil: volume 1, 25ª edição, São Paulo:Atlas. P 309

<sup>2</sup> FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela de evidência. São Paulo: Saraiva, 1996 P 7

<sup>3</sup> XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

<sup>4</sup> CAMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito civil: volume 1, 25ª edição, São Paulo:Atlas. P 522

A coisa julgada implica na estabilização das decisões judiciais, buscando a segurança jurídica. A coisa julgada material impossibilita a modificação da decisão judicial, ou seja, está sob o manto da imutabilidade, nos termos do art. 502 do novo Código.<sup>5</sup>

As decisões proferidas em grau de cognição exauriente formarão coisa julgada material, tornando-se imutáveis e indiscutíveis. Enquanto as decisões baseadas em grau de cognição sumária não formarão coisa julgada material podendo, portanto, serem modificadas ou revogadas.

No direito brasileiro as tutelas provisórias são concedidas em sede de cognição sumária tanto sob a ótica do antigo quanto do novo Código de processo civil.

---

<sup>5</sup> Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso

## 2. Tutela provisória

### 2.1. Conceito

Em atenção a concepção de Pietro Calamandrei, Leonardo Grecco indica que:

*“A tutela provisória é aquela que, em razão da sua natural limitação cognitiva, não é apta a prover definitivamente sobre o interesse no qual incide e que, portanto, sem prejuízo da sua imediata eficácia, a qualquer momento poderá ser modificada ou vir a ser objeto de um provimento definitivo em um procedimento de cognição exaustiva”<sup>6</sup>.*

O doutrinador Ovídio Batista ao conceituar a tutela cautelar indica que:

*“A tutela cautelar faz parte do gênero tutela preventiva e tem por fim dar proteção jurisdicional ao direito subjetivo ou a outros interesses reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos (...). Na verdade, a tutela cautelar tem por fim proteger não apenas os direitos subjetivos, mas igualmente, e, poderíamos até, preponderantemente, proteger pretensões de direito material, quando os respectivos titulares aleguem que tais interesses, reconhecidos e protegidos pelo direito encontrem-se sob ameaça de um dano irreparável”<sup>7</sup>.*

A tutela provisória poderá ser baseada em urgência ou evidência, conforme disposição do art. 294<sup>8</sup> do novo Código.

A tutela provisória está disposta no Livro V do novo Código, sendo que a tutela de urgência está disposta nos capítulos II, III e III do Título II e a de evidência no Título III.

---

<sup>6</sup> Leonardo Grecco in: Desvendando o Novo CPC. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. Darci Guimarães Ribeiro e Marco Félix Jobim (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p 112

<sup>7</sup> SILVA, Ovídio A. Batistada. Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência) volume 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P 13

<sup>8</sup> Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

As tutelas de urgência poderão ser concedidas quando houver perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e diante da probabilidade do direito e a de evidência em determinadas situações independentemente da ocorrência de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

## **2.2. Classificação**

O novo Código de Processo Civil adotou três critérios para classificação das tutelas provisórias: critério da natureza, critério funcional e critério temporal.<sup>9</sup>

O critério da natureza da providência adotada divide a tutela provisória em tutela de evidência e tutela de urgência, que poderá ser antecipada ou cautelar.

O critério funcional indica qual a finalidade preponderante do procedimento que poderá ser cautelar ou antecipada, que por sua vez poderá ser de urgência ou evidência.

O critério temporal indica o momento em que a tutela provisória é requerida se antecedente ou incidente ao processo.

## **2.3. Características**

As principais características da tutela provisória são: inércia, provisoriedade, instrumentalidade, fungibilidade e cognição sumária.

A inércia do poder judiciário indica que a manifestação judicial depende da provocação do jurisdicionado e só poderá ser proferida nos limites da demanda proposta. Essa inércia, também, é evidenciada nos procedimentos da tutela provisória, posto que, em regra, é necessário requerimento da parte para a sua concessão.

---

<sup>9</sup> Neste sentido: Leonardo Greco (in: Desvendando o Novo CPC. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. Darci Guimarães Ribeiro e Marco Félix Jobim (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p 111 a 137)

A provisoriedade indica que a decisão que concedeu a tutela terá a sua eficácia conservada durante o curso do processo principal, podendo ser modificada ou revogada, a qualquer tempo. Nas tutelas provisórias cautelares e antecipadas, essa característica está evidenciada na necessidade de formulação de pedido principal.

A instrumentalidade indica que a tutela provisória terá, em regra, caráter acessório a ação, posto que é instrumento para obtenção da tutela jurisdicional. Essa característica foi inserida no Código de 73 em seu art. 796<sup>10</sup>, que dispõe que o processo cautelar dependente do principal e, em seu art. 273<sup>11</sup>, que a tutela antecipada antecipa os efeitos da sentença, logo necessitando do procedimento principal para efetivação, sendo que essa característica foi mantida pelo novo Código.

Ocorre que nem sempre as tutelas de urgência são vinculadas a causa principal e instrumentalidade imediata, como nos casos das cautelares satisfativas em que a pretensão do requerente se esgota em si mesma, tendo como exemplo as notificações, justificações e protestos.

A revogabilidade decore da provisoriedade e da instrumentalidade, sendo inerentes as tutelas provisórias concedidas em grau de cognição sumária, indicando que podem ser revogadas ou modificadas no curso do processo.

O novo Código dispõe que a tutela de urgência antecipada concedida em caráter antecedente se tornará estável e o procedimento será extinto caso não seja interposto recurso, deste modo a teremos uma instrumentalidade, revogabilidade e provisoriedade diferida.

A regra disposta no §2º do art. 273<sup>12</sup> do antigo Código indicava que não seria concedida a tutela antecipada se houvesse perigo de irreversibilidade do provimento e o novo Código manteve tal requisito apenas para as tutelas de urgência antecipadas.

A fungibilidade entre as tutelas antecipadas está disposta no art. 297 do novo Código e nas cautelares no parágrafo único do art. 305, visando primordialmente o interesse do jurisdicionado.

---

<sup>10</sup> Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

As tutelas antecipadas decorrem de cognição sumária, posto que são concedidas diante de um juízo superficial de probabilidade, verossimilhança ou sobre aparência do direito e não tem o objetivo de decidir definitivamente o litígio.

## **2.4. Da unificação do regime**

No antigo Código a tutela cautelar, atual tutela provisória cautelar, e a tutela antecipada, atual tutela provisória antecipada, possuíam procedimentos diversos e estavam dispostas separadamente.

O novo Código sistematizou os procedimentos de todas as tutelas provisórias no livro V - “Da tutela Provisória”, enquanto o antigo Código dispunha as tutelas cautelares no livro III – “ Do processo Cautelar” e a tutela antecipada no art. 273.

A nomenclatura adotada pelo novo Código, que unifica todos os procedimentos como tutelas provisórias, melhora a concepção do instituto, indicando claramente a sua finalidade.

A doutrina e jurisprudência vinculadas ao antigo Código indicavam que a tutela antecipada anteciparia os efeitos da sentença e a tutela cautelar asseguraria a eficácia do processo conservando a situação de fato ou de direito. Sendo que tal posicionamento deverá ser mantido pela doutrina e jurisprudência na vigência do novo Código.

A medida cautelar e a tutela antecipada possuíam requisitos diversos para sua concessão. A cautelar necessitava da demonstração da plausibilidade do direito e a tutela antecipada a prova inequívoca da verossimilhança das alegações. O novo Código unificou o regime constando os mesmos requisitos para a concessão de todas as medidas provisórias: existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

O antigo Código indica que as tutelas cautelares seriam requeridas em ação autônoma e posteriormente seria necessário o ajuizamento da ação principal ou a pré-existência de ação principal e as tutelas antecipadas seriam requeridas no bojo processo principal. Essa distinção foi eliminada pelo novo Código, pois ambas as tutelas podem ser requeridas tanto no bojo do processo principal quanto em ação autônoma.

Para o doutrinador Eduardo Talamini: “A unificação do regime e positiva, seja sob o aspecto do rigor científico, seja pelas vantagens práticas” e afirma que “a eliminação da duplicidade de regimes evita armadilhas para o jurisdicionado”<sup>13</sup>

## 2.5. Competência

O art. 299 do novo Código<sup>14</sup> e reproduz o disposto no art. 800 do antigo Código<sup>15</sup> indicando que a competência para o requerimento está disposta no vinculada ao momento em que a tutela provisória é requerida. Caso ela seja requerida em caráter incidental, esta deverá ser apresentada ao juiz nos próprios autos, sem a necessidade de procedimento autônomo e caso ela seja requerida em caráter antecedente, esta deverá ser apresentada ao juízo competente para julgar a causa principal<sup>16</sup>, devendo ser respeitadas as regras gerais de competência.

Nos casos de ações de competência originária do tribunal e nos recursos, a tutela será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito<sup>17</sup>. Caso a tutela seja incidental, o requerimento deverá ser direcionado ao relator<sup>18</sup> e caso antecedente, o requerimento deverá ser direcionado ao presidente.

Nos casos em que houver necessidade do requerimento da tutela provisória incidente após prolação de sentença e interposição de recurso a tutela deverá ser requerida diretamente ao Tribunal. Caso o processo esteja suspenso em razão de

---

<sup>13</sup> TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto do novo Código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro” in Revista de Processo, vol. 209 ano 2012 p 16 e17

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.

<sup>16</sup> Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

<sup>17</sup> Parágrafo único do art. 299. 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.

<sup>18</sup> Art. 932. Incumbe ao relator:

II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

incidente de resolução de demandas repetitivas o requerimento deverá ser realizado perante o juízo onde tramita o processo<sup>19</sup>.

O doutrinador Leonardo Grecco indica que nos casos em que houver requerimento de tutela após a prolação de decisão e antes da interposição de recurso a competência será o tribunal *ad quem*.<sup>20</sup>

## 2.6. Efetivação da tutela provisória

O artigo 297 do novo Código indica que o juiz poderá determinar as medidas que considerar necessárias para a efetivação da tutela provisória consolidando e ampliando o poder geral de cautela<sup>21</sup> já disposto no art. 798<sup>22</sup>.

O parágrafo único do art. 297<sup>23</sup> e o 519<sup>24</sup> indicam que a decisão que conceder as tutelas provisórias podem ser executadas de acordo com o cumprimento provisório de sentença, em harmonia com o disposto no §3º do art. 273<sup>25</sup> do antigo Código.

Diante das diversas possibilidades de tutelas provisórias e das inúmeras providências para a sua efetivação o legislador não indicou quais as medidas podem ser tomadas, cabendo ao juiz verificar a situação fática e determinar quais as melhores medidas para a efetivação da tutela concedida. O doutrinador Leonardo Grecco indica que:

---

<sup>19</sup> Parágrafo Segundo ao art. 982 Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso.

<sup>20</sup> Leonardo Greco (in: Desvendando o Novo CPC. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. Darci Guimarães Ribeiro e Marco Félix Jobim (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p 133

<sup>21</sup> Nesse sentido: enunciado nº31 do fórum permanente de processualistas civis “*O poder geral de cautela está mantido noCPCC.*”

<sup>22</sup> Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

<sup>23</sup> Parágrafo único do art. 297 A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber

<sup>24</sup> Art. 519. Aplicam-se as disposições relativas ao cumprimento da sentença, provisório ou definitivo, e à liquidação, no que couber, às decisões que concederem tutela provisória.

<sup>25</sup> § 3o A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4o e 5o, e 461-A.

*“Na tutela de urgência, cautelar ou antecipada, e mesmo na tutela de evidência, quando houver urgência, a efetivação da medida far-se-á pelo modo mais eficaz possível, independentemente das regras de execução ou de cumprimento provisório de sentença. Se for possível compatibilizar a urgência com o respeito às regras sobre o cumprimento provisório de sentença, serão respeitadas. Caso elas se mostrem inadequadas, pelo risco de tornar ineficaz a tutela concedida, deverá o juiz adotar as providências mais adequadas”<sup>26</sup>*

Os doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero indicam que:

*“Com isso, o direito brasileiro afasta-se de um sistema de técnica executiva rígida e avizinha-se a um sistema de técnica executiva maleável, seguindo nessa particular tendência que emerge do direito comparado. Todos os meios processuais tem de estar disponíveis para a tutela dos direitos”<sup>27</sup>*

## **2.7. Revogação e modificação**

A tutela provisória é concedida em cognição superficial em que o requerente deve demonstrar a plausibilidade do seu direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Dessa maneira, caso a dilação probatória demonstre a modificação da situação fática e jurídica que afaste a plausibilidade do direito ou demonstre a inexistência de dano ou de risco ao resultado do processo, a tutela provisória poderá ser revogada ou modificada.

---

<sup>26</sup> Leonardo Greco (in: Desvendando o Novo CPC. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. Darci Guimarães Ribeiro e Marco Félix Jobim (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p 132)

<sup>27</sup> MARINONI, Luiz Guilherme ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo Código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, P 309

A revogação e modificação da tutela provisória decorre da provisoriedade das tutelas de urgência e está disposta no art. 296<sup>28</sup> do novo Código, que reproduz as indicações dos artigos 807<sup>29</sup> e 273, §4º<sup>30</sup> do Código de 73, mantendo-se assim o entendimento do antigo Código nas disposições do novo.

Alguns doutrinadores defendem que existiria preclusão e que a tutela provisória não poderia ser modificada ou revogada. Ocorre que “*inexiste vedação legal a que ele (o juiz) altere sua disposição, mesmo porque a providência determinada não visa a produzir efeitos definitivos no plano material*”<sup>31</sup> e ocorrendo a modificação da situação fática ou jurídica determinante para a concessão da medida ela deverá ser modificada ou revogada.

O doutrinador José Roberto dos Santos Bedaque entende que o juiz poderá inclusive modificar ou revogar a tutela provisória, caso mude o seu entendimento no curso do processo sem a necessidade de novos fatos e que inexiste a preclusão.

As partes podem a qualquer momento ventilar novos fatos posteriores que sejam incompatíveis com a medida concedida, acarretando, portanto, na sua modificação ou revogação.

O doutrinador Leonardo Greco indica algumas exceções a revogabilidade das tutelas de urgência:

*“Parece-me óbvio que pela sua própria natureza estão excluídas dessa possibilidade de revogação, após a sua efetivação, as tutelas provisórias de segurança quanto à prova e receptícias, como as que se destinam apenas a documenta a comunicação de uma manifestação de vontade, produção antecipada de prova, justificação, notificações. Podem elas ser anuladas, mas*

---

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

<sup>31</sup> <sup>14</sup> José Roberto dos Santos Bedaque (in Código de Processo Civil Anotado. José Rogério Cruz e Tucci, Manoel Caetano Ferreira Filho, Ricardo de Carvalho Aprigliano, Rogéria Fagundes Dotti e Sandro Gilbert Martins (org.) disponibilizado pela Aasp e Oab do Paraná, p 498. Disponível em [http://www.oabpr.org.br/downloads/NOVO\\_CPC\\_ANOTADO.pdf](http://www.oabpr.org.br/downloads/NOVO_CPC_ANOTADO.pdf). Acesso em 20 de janeiro de 2016

*não revogadas, porque o seu efeito já se produziu e não pode mais ser revertido.*”<sup>32</sup>

## **2.8. Motivação**

O art. 298<sup>33</sup> indica claramente que a decisão que conceder, modificar, negar ou revogar a tutela provisória devem ser motivadas, sendo que esse dispositivo está ressaltando o disposto no art. 93, IX da Constituição Federal<sup>34</sup> e reafirmando o disposto no art. 273, §1º e 4º do antigo Código<sup>35</sup>.

## **2.9. Coisa Julgada**

As tutelas provisórias são concedidas em sede de cognição sumária baseada em um juízo de urgência e de probabilidade de direito e, portanto, podem ser modificadas e revogadas a qualquer tempo. Dessa forma, somente ocorrerá a coisa julgada formal.

Nesse sentido Humberto Theodoro Junior indica que:

*“As tutelas de urgência e evidência apresentam a sumariedade processual i.e. embora simplifiquem o procedimento, conferindo provimento imediato à parte se*

---

<sup>32</sup> Leonardo Greco (in: Desvendando o Novo CPC. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. Darci Guimarães Ribeiro e Marco Félix Jobim (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p 117

<sup>33</sup> Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

<sup>34</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

<sup>35</sup> § 1o Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

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

*acha em uma situação de vantagem aparentemente tutela pela ordem jurídica material, não tem a pretensão de decidir definitivamente o litígio. As decisões, portanto, não se revestem da coisa julgada material”<sup>36</sup>*

Os doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero ressaltam que: *“A tutela da evidencia é fundada em cognição sumária e sua decisão não é suscetível de coisa julgada”<sup>37</sup>*

O art. 310 do novo Código<sup>38</sup> reproduz a exceção ventilada pelo antigo Código em seu art. 810<sup>39</sup> em que a decisão da tutela provisória cautelar produzirá coisa julgada material nos casos de reconhecimento da prescrição ou da decadência.

## **2.10. Tutela provisória em grau recursal**

As situações de urgência não necessariamente ocorrem antes da propositura do pedido principal, podendo ocorrer também no curso do processo, tanto na fase de conhecimento quanto na recursal.

O novo Código afirma que as tutelas de urgência podem ser requeridas em caráter antecedente ou incidental ao processo abarcando a possibilidade da concessão da tutela de urgência em grau recursal, podendo ser requeridas em caráter incidental.

O doutrinador Rogério Licastro Torres de Melo indica duas hipóteses em que seria necessária a tutela provisória recursal: *“(i) em nosso sentir , a fase recursal (...) tem tomado a maior parte do tempo do processo, o que evidentemente atrai a possibilidade*

---

<sup>36</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2015 P 604

<sup>37</sup> MARINONI, Luiz Guilherme ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo Código de <sup>processo civil</sup> comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, P 322

<sup>38</sup> 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

<sup>39</sup> 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

*de ocorrências que arrisquem o direito debatido entre as partes e (ii) nas situações de recursos desprovidos de efeito suspensivo.”<sup>40</sup>*

O novo Código atribui que, em regra, os recursos não terão efeito suspensivo ampliando as situações de risco a parte sucumbente e conseqüentemente ampliando os requerimentos de tutelas provisórias em grau recursal, posto que dispõe sobre a suspensão da eficácia da sentença se apelante “*demonstrar a probabilidade de provimento do recurso, ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.*”<sup>41</sup>

## **2.11. Tutela antecipada do pedido incontroverso**

O antigo Código dispunha que a tutela antecipada poderia ser concedida nos casos em que os pedidos forem incontroversos, em atenção ao disposto no §6º do art. 273, atrelando, portanto, essas decisões são proferidas em sede de cognição sumária.

O novo Código traz novo enfoque as decisões relativas ao pedido incontroverso atribuindo característica de sentença de mérito, nos moldes do inciso I do art. 356, atrelando, portanto, essas decisões são proferidas em sede de cognição exauriente.

Dessa forma, O novo Código indica que as decisões que versem sobre pedidos incontroversos possuem natureza de sentença de mérito e não mais de tutela antecipada como no Código de 73.

---

<sup>40</sup> MELLO, Licastro Torres de. Tutelas de urgência em grau recursal. Revista de Processo, vol 165. Nov. 2008

<sup>41</sup> Art. 1.012 § 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

## 2.12. Natureza da decisão e recurso Cabível

Na maioria dos casos as decisões que deferem ou indeferem as tutelas cautelares possuem a natureza de decisão interlocutória e o recurso cabível será o agravo de instrumento, nos termos do inciso I do art. 1.015<sup>42</sup> do novo Código.

Caso a tutela seja concedida no bojo da sentença, o novo Código atribui que o recurso cabível será a apelação, encerrando o debate da doutrina sobre qual seria o recurso cabível nesses casos, posto que o antigo Código não havia positivado essa hipótese e nem qual recurso seria cabível. O fórum permanente de processualistas civis em seu enunciado nº35 indica que: “*A apelação contra o capítulo da sentença que concede, confirma ou revoga a tutela antecipada da evidência ou de urgência não terá efeito suspensivo automático*”.

Caso a tutela não seja concedida em 1º grau de jurisdição caberá agravo interno dirigido ao relator.

Os doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero indicam que:

*“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, CPC), essa também é recorrível mediante agravo de instrumento (analogicamente, art, 1.015, I, CPC)43”*

O fórum permanente, também, indicou que o prazo recursal será contado da juntada do comprovante da citação<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:  
I - tutelas provisórias;

<sup>43</sup> MARINONI, Luiz Guilherme ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo Código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, P 307

<sup>44</sup> Enunciado nº271: Quando for deferida tutela provisória a ser cumprida diretamente pela parte, o prazo recursal conta a partir da juntada do mandado de intimação, do aviso de recebimento ou da carta precatória; o prazo para o cumprimento da decisão inicia-se a partir da intimação da parte

## 2.13. Concessão da tutela provisória na sentença e recurso cabível

A jurisprudência e doutrina vinculadas ao antigo Código vinham admitindo a concessão de tutela antecipada no bojo da sentença.

A tutela de urgência poderá ser concedida em sede de sentença, conforme depende-se da interpretação do inciso V do §1º do art. 1.012 do novo Código, *in verbis*:

*Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.*

*§ 1o Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a **sentença** que:*

*V - confirma, **concede** ou revoga tutela provisória;*

Existia discussão acerca do recurso cabível nos casos em que a tutela era concedida no bojo da sentença, posto que o antigo Código era omissivo nesse sentido. O Superior Tribunal de Justiça em recente julgamento indica que: “(...) *acórdão recorrido está em consonância com o atual entendimento do STJ, no sentido de que, deferida a tutela antecipada em sentença, a Apelação interposta deve ser recebida apenas no efeito devolutivo*<sup>45</sup>”

O novo Código encerra tal discussão prevendo expressamente que o recurso de apelação será o correto nos casos em que a sentença conceder a tutela provisória.

Para os doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero a concessão da tutela em sede de sentença: “*visa a prestar tutela imediata às situações em que, nada obstante a ausência de concessão de antecipação de tutela em momento anterior à sentença, a parte ainda necessita da tutela urgente*<sup>46</sup>”

O doutrinador Manoel Caetano Ferreira Filho indica que:

---

<sup>45</sup> Agravo Regimental no agravo em recurso especial. nº 740086. Relator: Herman Benjamin. Data do Julgamento: 01/10/2015

<sup>46</sup> MARINONI, Luiz Guilherme ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo Código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, P 943

*“A possibilidade de o juiz antecipar a tutela na sentença só se justifica pela absurda manutenção do efeito suspensivo da apelação como regra. Do ponto de vista lógico, não faz o menor sentido que o juiz conceda tutela provisória na sentença, que contém a tutela definitiva”<sup>47</sup>*

## **2.14. Concessão de ofício**

Inexiste previsão legal expressa, no sistema do novo Código, sobre a possibilidade de concessão das tutelas provisórias de ofício pelo juiz. Pela leitura do art. 299 depreende-se que existe a necessidade do requerimento da parte para a concessão das tutelas provisórias.

Ocorre que em algumas medidas cautelares o juiz poderá adotar alguns procedimentos sem o requerimento da parte, como o arresto de bens localizados na residência do executado (art 830) e, reserva de bens em poder do inventariante para garantir pagamento de dívida (parágrafo único do art. 643).

Excepcionalmente tem se admitido a concessão da tutela sem requerimento da parte nos casos em que houver vulnerabilidade da parte e risco evidente que a não concessão comprometa a efetividade da tutela jurisdicional.<sup>48</sup>

## **2.15. Arbitragem**

Os recém incluídos artigos 22-A e 22-B na lei da arbitragem trazem as disposições sobre a concessão de tutelas de urgência nos casos em que as partes convencionam a utilização do procedimento arbitral, *in verbis*:

---

<sup>47</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. DOTTI, Rogéria Fagundes e MARTINS, Sandro Gilbert (org.) Código de Processo Civil Anotado Disponível em [http://www.oabpr.org.br/downloads/NOVO\\_CPC\\_ANOTADO.pdf](http://www.oabpr.org.br/downloads/NOVO_CPC_ANOTADO.pdf). Acesso em 20 de janeiro de 2016. P 1575

<sup>48</sup> Nesse sentido THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2015 P 624 citando BUENO. Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de direito processual civil. São Paulo:Saraiva, 2009, v 4, p11

*Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.*

*Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.*

*Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.*

*Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.”*

Dessa forma, caso a urgência seja anterior ao início do procedimento arbitral a parte deverá requerer a tutela provisória perante o poder judiciário e caso o procedimento arbitral já esteja instaurado a medida deverá ser direcionada ao juízo arbitral.

Para Eduardo Talamini é possível a concessão da tutela de evidência no procedimento arbitral desde que as partes tenham convencionado a utilização das normas de processo civil acarretando na aplicação do artigo 311 <sup>49</sup>.

## **2.16. Concessão contra o Poder Público**

O novo Código indica que serão aplicadas duas legislações no tocante a tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública, *in verbis*:

*Art. 1.059. À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1o a 4o da Lei no 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7o, § 2o, da Lei no 12.016, de 7 de agosto de 2009.*

O ao §2º do art. 7 da lei n 12.016/2009<sup>50</sup> indica casos em que é vedado a concessão de medida liminar em sede de mandado de segurança quando o caso versar

---

<sup>49</sup> Nesse sentido: TALAMINI, Eduardo *in* Grandes Temas do Novo CPC, v 6. Fredie Didier Jr. (org.) Salvador: Jupodivm, 2016 p 186

<sup>50</sup> § 2o Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

sobre: (i) compensação de débitos tributários; (ii) entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior; (iii) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (iv) concessão de aumento ou extensão de vantagens; e (v) pagamento de qualquer natureza.

A lei nº 8.437/1992, também, indica diversas situações em que é vedado a concessão de medida liminar nos casos em que: (i) for incabível a concessão de liminar em mandado de segurança; (ii) medida liminar satisfativa; (iii) defira compensação de créditos tributários ou previdenciários.

O fórum permanente de processualistas civis, em seu enunciado nº35, indica que: *“As vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública limitam-se às tutelas de urgência.”*

A aplicação das impossibilidades indicadas nessa legislação devem ser mantidas no âmbito do novo Código de processo civil.

### 3. Tutela provisória de urgência

#### 3.1. Classificação

O novo Código dispõe que tutela provisória de urgência poderá ser classificada quanto ao seu conteúdo, podendo ser cautelar ou antecipada, e quanto ao momento de requerimento, podendo ser antecipada ou incidente<sup>51</sup>.

#### 3.2. Requisitos

A tutela provisória de urgência possui dois principais requisitos: (i) elementos que evidenciem a probabilidade do direito, (ii) perigo de dano e risco ao resultado útil do processo, conforme disposição do caput art. 300 do novo Código<sup>52</sup>, ou seja, do binômio *periculum in mora e fumus boni iuris*.

A probabilidade do direito se assemelha a verossimilhança e fumaça do bom direito indicadas pelo Código de 73, posto que deverá se considerar o bem jurídico pleiteado e plausibilidade do direito alegado, inexistindo, portanto, a necessidade da demonstração cabal da existência do direito.

O perigo de dano, em sede de tutela antecipada, está atrelado ao perigo de demora do provimento jurisdicional e risco ao resultado útil do processo e em sede de tutela cautelar, atrelado as medidas necessárias para obtenção e manutenção do resultado final do processo.

---

<sup>51</sup> Neste sentido: José Roberto dos Santos Bedaque (in Código de Processo Civil Anotado. José Rogério Cruz e Tucci, Manoel Caetano Ferreira Filho, Ricardo de Carvalho Aprigliano, Rogéria Fagundes Dotti e Sandro Gilbert Martins (org.) disponibilizado pela Aasp e Oab do Paraná, p 498. Disponível em [http://www.oabpr.org.br/downloads/NOVO\\_CPC\\_ANOTADO.pdf](http://www.oabpr.org.br/downloads/NOVO_CPC_ANOTADO.pdf). Acesso em 20 de janeiro de 2016

<sup>52</sup> 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.

### 3.3. Requerimento

O requerimento das tutelas de urgência poderá ser formulado antes da formulação do pedido principal ou no curso do processo por simples petição<sup>53</sup>, ou seja, em caráter antecedente e incidental. Portanto, existem três oportunidades que a parte poderá requerer a tutela: antes da apresentação do pedido principal, na petição inicial juntamente com o pedido principal e no curso do processo principal.

A tutela poderá ser deferida das seguintes formas: (i) *inaudita altera parte*; (ii) mediante designação de audiência de justificação prévia; e (iii) mediante a oitiva da parte contrária.

A concessão da medida *inaudita altera parte* será concedida no início do processo sem a oitiva da parte contrária fundamentalmente nos casos em que houver perigo de dano na demora do provimento jurisdicional<sup>54</sup>. Inexiste ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois a parte contrária terá oportunidade de ser manifestar posteriormente configurando-se o contraditório postergado. O novo Código indica que, excepcionalmente, nos casos de tutela provisória é possível a concessão de decisão sem a oitiva da parte contrária<sup>55</sup>.

A audiência de justificação prévia disposta no §2º do art. 300 do novo Código poderá ser designada nos casos em que os pressupostos para a concessão da tutela não são passíveis de comprovação na petição com as provas documentais, sendo necessário, por exemplo, a inquirição de testemunhas ou do depoimento do requerente.

O novo Código de processo não dispõe expressamente sobre a concessão da tutela após a oitiva da parte contrária, todavia o magistrado possui o poder de fazê-lo.

---

<sup>53</sup> Nos termos do parágrafo único do art. 294 A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental

<sup>54</sup> Art. 300, § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

<sup>55</sup> Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I – à tutela provisória de urgência;

### **3.4. Tutela de urgência concedida em caráter incidental**

O pedido incidental da tutela de urgência será realizado por simples petição no curso da ação principal e independe do pagamento de custas<sup>56</sup>. Será necessário, também, demonstrar os requisitos para a concessão das tutelas provisórias de urgência.

### **3.5. Caução**

O magistrado poderá determinar o oferecimento de caução com o objetivo de ressarcir danos que a medida possa eventualmente causar a parte contrária<sup>57</sup>, sendo necessária a presença dos demais requisitos inerentes a concessão da tutela.

A exigência de caução objetiva a garantia de ressarcimento de eventuais danos que a tutela eventualmente modificada ou revogada cause a outra parte.

A lei prevê que a caução será real ou fidejussória, todavia isso não obsta que a parte requeira a substituição por outro meio idôneo e menos gravoso e do magistrado conceder tal medida desde que a garantia seja compatível com a providência anterior.

A parte beneficiária da justiça gratuita não precisará oferecer caução, conforme disposição do §1º do art. 300.

### **3.6. Responsabilidade Civil**

O novo Código reafirma a regra disposta no Código de 73<sup>58</sup> a respeito da responsabilidade civil objetiva pelos danos acarretados pela concessão da tutela de urgência, em seu art. 302, *in verbis*:

---

<sup>56</sup> Art. 295 A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.

<sup>57</sup> Art. 300 - § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la

*Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:*

*I – a sentença lhe for desfavorável;*

*II– obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;*

*III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;*

*IV – o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do auto*

*Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.*

*Espécies (cautelar/antecipada e antecedente/incidente)*

As tutelas de urgência são concedidas em juízo de cognição provisória e superficial, portanto o requerente assume o risco do provimento jurisdicional, de cognição plena, não ser favorável, respondendo por eventuais danos ocasionados a parte contrária.

A responsabilidade civil é objetiva, posto que o artigo indica que a responsabilidade ocorre “*Independentemente da reparação por dano processual*”, dessa maneira, é irrelevante se o autor agiu ou não de má-fé.

Em sentido oposto, o doutrinador Vicente Grecco, considera que somente ensejaria responsabilidade civil caso o requerente aja de má-fé, posto que a adoção da responsabilidade objetiva seria incompatível com os direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido esse ilustre doutrinador indica que:

*“Ora, a possibilidade de recair sobre o requerente da tutela de urgência a condenação a ressarcir prejuízos limitados sofridos pelo requerido, ainda que tenha litigado de boa-fé, (...) constituirá injusta inibição ao exercício do direito*

---

<sup>58</sup> Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias

III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código; V - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.

*de acesso à justiça (...). Assim, somente se comprovada a litigância de má-fé (art. 79), incorrerá o requerente na responsabilidade prevista no art. 301”* ·

Os doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero indicam que:

*“(..) nas hipóteses dos incisos I e IV a responsabilidade tem que ser subjetiva. Isso porque, a tutela provisória é necessária e devida , conforme apreciação sumária do juízo, torna-la posteriormente indevida e atribuir responsabilidade objetiva pela sua fruição implica ignorar efetiva existência da decisão que anteriormente a concedeu. (...). Nesses casos, a responsabilidade civil pela fruição da antecipação da tutela depende da alegação e prova de dolo ou culpa, por que 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)<sup>59</sup>*

Os doutrinadores Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini cogitam duas hipóteses de responsabilização nos casos em que a tutela é concedida de ofício:

*(...) (1ª) o prejudicado pela medida deve ser ressarcido pelo Estado (que também responde objetivamente; (2ª) se o beneficiário da medida, mesmo não a requerendo, teve com ela um ganho econômico, responde na proporção de seu ganho, perante o prejudicado e regressivamente perante o Estado (não por força do art. 811, mas como base na regra que veda o enriquecimento sem causa).”* ·

O Superior Tribunal de Justiça decidiu, em sede de recursos repetitivos, que as verbas recebidas pelos servidores públicos de boa fé em virtude de erro da administração pública<sup>60</sup> e em razão de decisão liminar<sup>61</sup>, impediriam a devolução dos valores ao Poder Público.

É tema de grande debate a responsabilidade civil nos casos em que a tutela provisória que concede o pagamento de benefícios previdenciários é cassada, posto que o entendimento jurisprudencial entra em choque com a responsabilidade objetiva do

---

<sup>59</sup> MARINONI, Luiz Guilherme ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo Código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, P 315

<sup>60</sup> Recurso Especial nº 1244182. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Data do Julgamento:10/10/2012

<sup>61</sup> Recurso Especial nº 1384560 . Relator: Ministro OG Fernandes. Data do Julgamento:04/12/2014

requerente no tocante aos prejuízos gerados com a medida pleiteada e o enriquecimento sem causa.

O ministro Mauro Campbell Marques, do Superior Tribunal de Justiça, admitiu o processamento de incidente de uniformização de jurisprudência sobre a possibilidade da devolução de benefícios previdenciários que foram concedidos liminarmente<sup>62</sup>.

Nesse sentido a ementa do julgamento dos embargos de divergência nº 1.086.154 do Tribunal Superior de Justiça, versando sobre a devolução de valores previdenciários recebidos em sede de tutela antecipada, indica que: (...) *sentença que determina o restabelecimento de pensão por morte, confirmação pelo tribunal de origem. Decisão reformada no julgamento do recurso especial. Devolução dos valores recebidos de boa-fé. Impossibilidade precedentes do STJ (“...”) e indica que a tutela “adinda de ordem judicial com força definitiva, é suficiente para caracterizar a boa-fé exigida de quem recebe a verba de natureza alimentar posteriormente cassada, porque, no mínimo, confia – e, de fato, deve confiar – no acerto do duplo julgamento*<sup>63</sup>. O julgado, portanto, equipara as verbas previdenciárias com as verbas recebidas pelos servidores públicos de boa fé em virtude de erro da administração pública.

Em sentido contrário o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, indicou que *“há o dever de o segurado da Previdência Social devolver valores de benefício previdenciário recebidos por força de antecipação de tutela (art. 273 do CPC) posteriormente revogada” e que “Do ponto de vista objetivo, por sua vez, inviável falar na percepção, pelo segurado, da definitividade do pagamento recebido via tutela antecipatória não havendo o titular do direito precário como pressupor a incorporação irreversível da verba ao seu patrimônio”*.

Adotando o posicionamento do julgamento do recurso repetitivo, a ementa do recurso especial nº 1.401.560 do Tribunal Superior de Justiça indica que: (...) *o autor da ação responde pelo recebeu indevidamente. O argumento de que ele confiou no juiz ignora o fato de que a parte, no processo, está representada por advogado, o qual sabe que a antecipação de tutela tem natureza precária*<sup>64</sup>. Nota-se que esse julgamento não

---

<sup>62</sup> Nesse sentido: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/noticias/noticias/Se%C3%A7%C3%A3o-uniformizar%C3%A1-interpretar%C3%A7%C3%A3o-sobre-devolu%C3%A7%C3%A3o-de-benef%C3%ADcio-recebido-em-antecipa%C3%A7%C3%A3o-de-tutela-revogada](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Se%C3%A7%C3%A3o-uniformizar%C3%A1-interpretar%C3%A7%C3%A3o-sobre-devolu%C3%A7%C3%A3o-de-benef%C3%ADcio-recebido-em-antecipa%C3%A7%C3%A3o-de-tutela-revogada)

<sup>63</sup> Embargos de Divergência no Recurso Especial nº1.086.154. Relatora: Ministra Nancy Andrigh. Data do Julgamento: 20/11/2013

<sup>64</sup> Recurso Especial nº 1.401.560 Relator: Ministro Sérgio Kukina. Data do Julgamento: 12/02/2014

foi unanime e que dois ministros discordaram do posicionamento majoritário, o que ressalta o debate sobre esse tema.

O antigo Código dispunha sobre a responsabilidade civil apenas no tocante aos procedimentos cautelares<sup>65</sup>, todavia a doutrina e jurisprudência entendem que esse disposto também poderia ser aplicado nas tutelas antecipadas.

A liquidação, em regra, será realizada nos mesmos autos em que a medida for concedida assim como indicado no antigo Código, em atenção ao princípio da economia processual.

### **3.7. Fungibilidade entre as medidas**

As tutelas de urgência possuem diferenças, todavia em alguns casos o fato concreto não permite ao operador do direito verificar com clareza qual seria a tutela de urgência aplicada ainda mais com o advento do novo Código que unificou os requisitos das tutelas provisórias de urgência.

Caso o judiciário considere incorreta a tutela provisória escolhida pelo operador do direito e verifique a existência dos pressupostos para a concessão de tutela diversa, o jurisdicionado não poderá ser prejudicado e a medida diversa deverá ser concedida. Nesse sentido o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni indica que:

*“diante de certa regra processual, podem existir duas interpretações que sejam razoáveis na perspectiva constitucional. Nesse caso, o juiz tem o dever de preferir a interpretação que garanta a máxima efetividade à tutela jurisdicional, considerando sempre o objeto que deve ser tutelado (a tutela do direito material) e a realidade social<sup>66</sup>”*

---

<sup>65</sup> Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;

III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;

IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).

<sup>66</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela de direitos -4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.P 179

O antigo Código, em seu art. 273, §7º, adotou o princípio da fungibilidade que foi mantido pelo novo Código em seu artigo 305. Ocorre que o antigo Código convertia a tutela antecipada em cautelar enquanto o novo Código converte a tutela cautelar em antecipada.

A doutrina e jurisprudência majoritária admitem a fungibilidade de mão dupla, ou seja, tanto as cautelares quanto as tutelas antecipadas podem ser convertidas, deste modo esse entendimento deverá ser mantido a luz do novo Código.

A interpretação que concede a fungibilidade de mão dupla ressalta tutela dos direitos e não formalismo exagerado prevalecendo a finalidade do ato e não a forma prevista em lei.

Nesse sentido os doutrinadores Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini indicam que:

*(..) embora a regra não o diga expressamente, as razões antes expostas evidenciam que a fungibilidade também haverá de ser reconhecida no sentido oposto – ou seja, poderá haver deferimento de tutela antecipada sob a forma de “medida cautelar”<sup>67</sup>*

Os doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero defendem a *“Ampla fungibilidade entre as medidas: quer o pedido formulado de maneira incidental, quer de maneira antecedente, há fungibilidade entre as tutelas que podem ser obtidas mediante a técnica antecipatória<sup>68</sup>”*

Alguns doutrinadores defendem que a aplicação da fungibilidade entre as medidas estaria atrelada a existência de dúvida objetiva entre as medidas de urgência, mesmo que tal requisito não esteja expressamente prevista na legislação<sup>69</sup>.

A doutrina vinculada ao antigo Código divergia em diversos casos concretos acerca da aplicação do regime das tutelas antecipadas ou das medidas cautelares que permaneceram no novo Código. Para Eduardo Talamini<sup>70</sup> a unificação dos regimes

---

<sup>67</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P 54

<sup>68</sup> MARINONI, Luiz Guilherme ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo Código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, P 308

<sup>69</sup> Nesse sentido: SILVA, Bruno Freire e. A Alteração do art. 489 do CPC e a fungibilidade na utilização da medida cautelar e tutela antecipada in Revista de Processo vol 175, p181 set. 2009.

<sup>70</sup> TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto do novo Código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro” in Revista de Processo, vol. 209 ano 2012 p 18

torna ineficaz tais discussões, posto que os dois institutos possuem os mesmos procedimentos a luz do novo Código.

O novo Código, em seu art. 297, implementou o poder geral de cautela atribuindo ao juiz o poder de conceder as medidas que entenda necessárias para efetivação da tutela provisória e unificou os procedimento das medidas de urgência, dessa maneira, é possível a plena fungibilidade entre as medidas.

A maioria da doutrina admite apenas a fungibilidade entre as tutelas de urgência, todavia o doutrinador Leonardo Grecco admite a fungibilidade entre as tutelas de urgência e a tutela de evidência<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Leonardo Greco (in: Desvendando o Novo CPC. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. Darci Guimarães Ribeiro e Marco Félix Jobim (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p 121

## 3.8. Tutela de urgência cautelar

### 3.8.1. Conceito

A tutela de urgência cautelar assegura a eficácia final do processo, ou seja, possui conteúdo instrutório, podendo ser requerida em caráter antecedente ou incidental ao processo. No seu requerimento é necessária a demonstração dos clássicos requisitos: *fumus boni iuris e periculum in mora*.

O *fumus boni iuris* é a exposição sumária do direito ameaçado, indicando a probabilidade de que o direito material realmente exista. E o *periculum in mora* é o receio de lesão ao direito caso a providencia requerida demore para ser obtida ou realizada.

Humberto Theodoro Júnior indica algumas situações em que não se exige o perigo de dano para a concessão da tutela:

*“arresto ex officio de bens de moradia do devedor, quando o oficial de justiça não o encontra para a citação da execução por quantia certa (art. 830 do NCPC) e as que autorizam a reserva de bens do espólio para a garantia do credor de título de obrigação líquida e certa, que não se encontrou concordância entre os herdeiros a que o pagamento fosse feito administrativamente no bojo do inventário (art. 643, parágrafo único). Não se pode negar o caráter cautelar dessas medidas”<sup>72</sup>*

### 3.8.2. Classificação

O Código ventilada as cautelares nominadas e inominadas separadamente sendo relevante a sua distinção em decorrência da positivação de procedimentos diversos.

---

<sup>72</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2015 P 599

O novo Código torna irrelevante a distinção entre as cautelares nominadas e inominadas, posto que unificou o procedimento das tutelas cautelares. Dessa maneira, o juiz poderá adotar o poder geral de cautela criando e deferindo medidas diante da situação fática não necessariamente previstas na legislação.

Pode-se adotar a seguinte classificação para as tutelas provisórias cautelares<sup>73</sup>: medidas para assegurar bens, mediadas para assegurar pessoas e medidas para assegurar provas.

As medidas para assegurar bens visam a garantia da execução forçada e a manutenção do estado da coisa. As medidas para assegurar pessoas se configuram nas providências relacionadas à guarda provisória e com o objetivo de satisfazer necessidades urgentes. As medidas para assegurar provas asseguram a produção de provas que serão utilizadas no processo principal.

O novo Código eliminou a classificação das diversas espécies das cautelares nominadas, apenas exemplificando algumas espécies em seu art. 301<sup>74</sup>, como o arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bens. Diante disso, deveremos nos remeter as disposições do antigo Código sobre as cautelares nominadas.

O arresto estava previsto nos art. 813 e seguintes do antigo Código garantindo a futura execução por quantia certa. O sequestro estava previsto nos art. 822 e seguintes do antigo Código e é a medida cautelar que garante a futura execução de entrega de coisa.

O arrolamento de bens estava previsto no art. 855 e seguintes do antigo Código garantindo a futura partilha dos bens dos cônjuges mediante a prova de existência de bens comuns ao casal. O registro de protesto contra alienação dos bens estava previsto nos art. 867 e seguintes do antigo Código e é a medida cautelar que tem o objetivo de prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de direitos.

---

<sup>73</sup> Nesse sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2015 P 607 adotando a classificação de PODETTI, Ramiro. Tratado de las medidas cautelares, Buenos Aires, 1956, p 36.

<sup>74</sup> 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 asseguarção do direito.

### 3.8.3. Tutela Cautelar Satisfativa

Inexiste no sistema do antigo e no novo Código procedimento e disposição específica sobre as cautelares satisfativas, todavia elas são aceitas pela doutrina e jurisprudência.

As cautelares satisfativas, ainda que baseadas em cognição sumária, bastam em si mesmas sem a necessidade de decisão baseada em cognição exauriente, como nos casos de ação de exibição de documentos em que o autor possuía apenas interesse em examinar o documento.

No sistema do antigo Código a jurisprudência pacífica indicava a desnecessidade do ajuizamento de ação principal quando a medida cautelar tivesse natureza satisfativa.

*(...) pode-se afirmar que a decisão judicial que concede tutela satisfativa autônoma é dotada de ultratividade, já que é dotada de estabilidade e continua a produzir efeitos, ainda que não confirmada ou absorvida por uma sentença fundada em cognição exauriente.*<sup>75</sup>

Nesse sentido os recentes julgamentos do Tribunal Superior de Justiça indicam que:

*Quanto ao caráter satisfativo da medida liminar e a dispensa da ação principal, a alegação do recorrente não se mostra suficiente para impugnar o fundamento do aresto recorrido. Isso porque a jurisprudência consagrada desta Corte já assentou que a natureza satisfativa da medida cautelar torna desnecessária a postulação de pedido em caráter principal.*<sup>76</sup>

E que:

---

<sup>75</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. ARAÚJO, Fábio Caldas de. GAJARDONI. Fernando da Fonseca. Procedimentos cautelares e especiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 P 70

<sup>76</sup> Agravo Regimental no agravo em recurso especial nº 763065. Relator: Ministro Humberto Martins. Data do Julgamento 13/10/2015

*1.É desnecessária a propositura de ação principal quando a medida cautelar possui natureza satisfativa.*

*2. Quando o tratamento médico objeto da medida cautelar foi satisfeito nos moldes pretendidos pela parte recorrida, torna-se desnecessária a propositura de ação principal com idêntica causa de pedir e pedido.<sup>77</sup>*

Considerando que a decisão que concede a tutela satisfativa é baseada em cognição sumária, esta não produz coisa julgada e seus efeitos perduram enquanto não for proferida decisão baseada em cognição exauriente.

### **3.8.4. Procedimentos**

O novo Código vincula diretamente as cautelares ao pedido principal que deverá ser formulado 30 dias após a efetivação da tutela cautelar, conforme clara disposição do caput do art. 308, *in verbis*:

*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.*

O antigo Código em seu art. 806<sup>78</sup> dispõe sobre a necessidade do ajuizamento de ação principal enquanto o novo Código indica que a apresentação de pedido principal poderá ser deduzida nos mesmos autos da ação cautelar sem a incidência de novas custas.

Após o recebimento da petição inicial o réu será citado para contestar o pedido cautelar e indicar as provas que pretende produzir<sup>79</sup>. Caso o réu não conteste, os fatos podem ser presumidos verdadeiros e o juiz decidirá o feito dentro de 5 dias<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Agravo Regimental no agravo em recurso especial nº670289. Relator: Ministro João Otávio de Norona. Data do Julgamento: 05/05/2015

<sup>78</sup> 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.

<sup>79</sup> Art. 306. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

Assim que a tutela cautelar for efetivada e o pedido principal formulado, as partes serão intimadas para realização de audiência de conciliação e mediação, sem a necessidade de nova citação, e caso as partes não se componham terá início o prazo para o réu contestar o pedido principal.

Caso o autor formule o pedido cautelar e o pedido principal no mesmo momento, deverá ser observado o procedimento comum, com a citação do réu para o comparecimento em audiência<sup>81</sup>.

Caso a tutela cautelar seja indeferida a parte poderá formular o pedido principal e a ação seguirá com o rito ordinário<sup>82</sup>.

O art. 309 do NCPC<sup>83</sup> indica que os efeitos da tutela cautelar cessarão caso a parte não formule pedido principal no prazo legal, se a providência não for efetivada em 30 dias, caso a ação principal seja julgada improcedente ou sem resolução de mérito e se por qualquer motivo a cessar a eficácia da medida cautelar.

A perda da eficácia da medida cautelar não gera a extinção do processo, posto que o autor poderá nos mesmos autos formular o pedido principal em atenção aos princípios do aproveitamento do processo e da valorização do julgamento de mérito.

---

<sup>80</sup> 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.

<sup>81</sup> Nesse sentido: BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. 1ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015. Pg 230

<sup>82</sup> 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.

<sup>83</sup> 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.

### **3.8.5. Tutela de urgência cautelar antecedente**

#### **3.8.5.1. Requisitos da petição inicial**

Os requisitos da petição inicial estão dispostos nos artigos 305 do novo Código de Processo Civil que dispõe sobre os requisitos específicos e 319 que indica os requisitos de todas as petições iniciais.

O art. 305 do novo Código indica os seguintes requisitos: indicação da lide e seu fundamento; exposição sumária do direito que se objetiva assegurar; e risco ao resultado útil do processo.

O art. 319 do novo Código indica os seguintes requisitos: juízo a que é dirigida; indicação dos nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu; a lide e seu fundamento; o pedido com as suas especificações; valor da causa (de acordo com os arts. 291 a 293 do novo Código).

## **3.9. Tutela de urgência Antecipada**

### **3.9.1. Conceito**

A tutela de urgência antecipada consiste na antecipação dos efeitos da sentença condenatória, podendo ser pleiteada em caráter antecedente ou incidental ao processo.

O novo Código inova ao dispor que a tutela de urgência antecipada poderá ser formulada em caráter antecedente ao pedido principal, posto que no antigo Código o seu requerimento deveria ser feito necessariamente no bojo da petição inicial ou no decorrer do processo.

Prova inequívoca não é mais requisito e *“trata-se de um avanço do novo diploma legal, na exata medida que a prova inequívoca é compatível com juízos de cognição plenária e não sumária, como se dá em sede de tutela provisória”*.

### **3.9.2. Reversibilidade do provimento**

O novo Código indicou um requisito específico para a tutela de urgência antecipada no parágrafo 3º do art. 300, *in verbis*:

*§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.*

Dessa forma, a regra disposta no §2º do art. 273 do antigo Código<sup>84</sup> foi mantida pelo art. 300, §3º do novo apenas com relação a concessão de tutela de urgência antecipada.

Ocorre que o novo Código não informou se a irreversibilidade refere-se aos efeitos fáticos ou jurídicos dessa decisão, permanecendo a antiga discussão do Código de 73.

---

<sup>84</sup> § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Parte da doutrina indica que a irreversibilidade versa sobre os efeitos fáticos da decisão, com a possibilidade do retorno ao *status quo* anterior. Outra parte indica que a irreversibilidade dos efeitos fáticos da decisão não podem obstar a concessão da tutela.

Para Humberto Theodoro Junior:

*“Só é realmente reversível, para os fins do art. 300 §3º, a providência que assegure ao juiz as condições de restabelecimento pleno, caso necessário, dentro do próprio processo em curso. Se, portanto, para restaurar o status quo se torna necessário recorrer a uma problemática e complexa ação de indenização de perdas e danos, a hipótese será de descabimento da tutela de urgência”<sup>85</sup>*

A interpretação literal do dispositivo legal indica que a tutela antecipada de urgência não poderá ser concedida nos casos em que houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão independentemente do direito pretendido.

Ocorre que a interpretação literal desse dispositivo obsta concessão de medidas irreversíveis de extrema urgência impedindo, assim, o cumprimento do grande objetivo desse instituto e conseqüentemente acarretando em afronta a garantia constitucional disposta no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal<sup>86</sup>, que dispõe que a lei não excluirá lesão ou ameaça ao direito.

A doutrina e a jurisprudência majoritária interpretavam esse dispositivo, no antigo Código de acordo com o princípio da proporcionalidade, ponderando a irreversibilidade da medida de acordo com o perigo e urgência alegados pelo jurisdicionado. Caso ocorresse perigo de irreversibilidade dos efeitos fáticos da medida a sua não concessão causaria um dano maior.

Nesse sentido o doutrinador Cássio Scarpinella Bueno indica que:

*“Deve prevalecer para o §3º do art. 300 do novo CPC a vedadora interpretação que se firmou a respeito do §2º do art. 273 do CPC atual, única forma de contornar o reconhecimento de sua inconstitucionalidade substancial: a vedação da concessão da tutela de urgência nos casos de irreversibilidade não*

---

<sup>85</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P 611

<sup>86</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

*deve prevalecer nos casos em que o dano ou risco que se evitar ou minimizar é qualitativamente mais importante para o requerente do que para o requerido. Subiste, pois, implícito ao sistema – porque isso decorre do “modelo constitucional” – o chamado “princípio da proporcionalidade”, a afastar o rigor literal desejado pela nova regra”<sup>87</sup>*

Nesse sentido José Miguel Garcia Medina indica que *“Deverá o juiz comparar os bens jurídicos se encontram em confronto. Assim, o juiz, atentando às circunstâncias da causa, avaliará e decidirá, justificadamente, se é caso de se conceder a medida urgente, ainda que disso decorram efeitos irreversíveis (..)”<sup>88</sup>*

Humberto Theodoro Junior defende que apenas em casos excepcionais e extremos poderá se admitir a concessão da tutela<sup>89</sup>.

O enunciado nº419 do fórum permanente de processualistas indica que *“Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis”*.

Dessa maneira, a doutrina e a jurisprudência deverão adotar o mesmo posicionamento com a vigência do novo Código.

### **3.9.3. Legitimidade para requerer tutela de urgência antecipada**

A legitimidade para requerer a tutela de urgência antecipada estende-se a todos as partes e interessados do processo, inclusive ao réu nos casos em que houver reconvenção, ao denunciante e aos intervenientes.

### **3.9.4. Efeitos passíveis de serem antecipados**

Existem duas principais correntes acerca dos efeitos passíveis de serem antecipados, tanto antecedentes quanto incidentes, uma restritiva e outra ampliativa.

---

<sup>87</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. 1ª edição São Paulo: Saraiva, 2015. Pg 219

<sup>88</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. ARAÚJO, Fábio Caldas de. GAJARDONI. Fernando da Fonseca. Procedimentos cautelares e especiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P 61

<sup>89</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2015 P612

A restritiva indica que apenas os efeitos executivo *lato sensu* e mandamental podem ser antecipados, tendo em vista a impossibilidade de se antecipar declaração, constituição ou condenação em sede de tutela provisória. A ampliativa indica que a tutela antecipada poderá antecipar todos os efeitos da sentença.

### **3.9.5. Tutela de urgência antecipada requerida em caráter incidente**

A tutela de urgência antecipada poderá ser requerida na própria petição inicial ou por simples petição no curso do processo.

Caso a tutela seja requerida na própria petição inicial, esta deverá preencher todos os requisitos dispostos no Código para o recebimento da petição inicial assim como no procedimento adotado pelo Código de 73 e não será necessário o recolhimento de custas, conforme clara disposição do art. 295 do novo Código.

O enunciado nº29 do fórum permanente de processualistas indica que: “*A decisão que condicionar a apreciação da tutela provisória incidental ao recolhimento de custas ou a outra exigência não prevista em lei equivale a negá-la, sendo impugnável por agravo de instrumento*”.

### **3.9.6. Da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente**

#### **3.9.6.1. Requisitos da petição inicial e o aditamento da petição inicial**

O art. 303 do novo dispõe que:

*Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à*

*indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.*

*1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:*

Dessa maneira, a petição inicial indicará o pedido da tutela final e o principal com a exposição da lide demonstrando o perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo sem a necessidade de se exaurir os fundamentos da ação.

Caso a tutela antecipada seja concedida o Autor deverá aditar a petição inicial em quinze dias ou em outro prazo fixado pelo juiz, sem a incidência de novas custas<sup>90</sup>. Caso o aditamento não seja realizado o processo será extinto sem resolução de mérito, nos termos do §2º do art. 303<sup>91</sup>.

O §4º e §5º do art. 303 dispõe que o autor deverá indicar que a petição inicial o valor dado a causa e se deseja valer-se do benefício da tutela provisória<sup>92</sup>. Não será necessária a indicação, pelo Autor, na petição inicial se pretende a manutenção da tutela caso o réu não apresente agravo de instrumento, posto que a tutela se tornará estável.

Após o Réu será citado e intimado para comparecer em audiência, conforme dispõe os incisos I e II do art. 303<sup>93</sup> e se não houver autocomposição será aberto o prazo para oferecer contestação<sup>94</sup> e o prazo será contado na forma do art. 335 do novo Código.

Caso a tutela antecipada seja indeferida o Autor será intimado para emendar a petição inicial em até cinco dias e caso não seja realizado o processo será extinto sem resolução de mérito, de acordo com o §6º do art. 303<sup>95</sup>.

Vale notar que o texto legal indica que a concessão da tutela de urgência é um benefício concedido ao Autor.

---

<sup>90</sup> 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

<sup>91</sup> § 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

<sup>92</sup> § 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

<sup>93</sup> I – o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar

II – o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

<sup>94</sup> II - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

<sup>95</sup> § 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito

### **3.9.6.2. Estabilização do provimento diante da não interposição de recurso da decisão que conceder a tutela antecipada**

O novo Código inova ao dispor sobre a estabilização da tutela antecipada de urgência, que está disposta no art. 304, *in verbis*:

*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.*

*§ 1o No caso previsto no caput, o processo será extinto.*

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

*§ 3o A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2o.*

*§ 4o Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2o, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.*

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

*§ 6o A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2o deste artigo.*

A redação dos artigos dispondo a respeito da estabilização da tutela antecipada passou por modificações desde o anteprojeto apresentado em 2009 pela comissão de juristas nomeada pelo presidente do senado federal.

O anteprojeto apresentado pela referida comissão indica que os efeitos da decisão que concede tutela antecipada só será afastada mediante ação ajuizada por uma das partes e não fará coisa julgada, conforme art.293, *in verbis*.

*Art. 293. A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes.*

*Parágrafo único. Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida para instruir a petição inicial da ação referida no caput.*

A inspiração para essas disposições está presente no ordenamento jurídico francês e italiano.

A exposição de motivos ao anteprojeto apresentado em 2009 pela comissão de juristas nomeada pelo presidente do senado federal indica que:

*Também visando a essa finalidade, o novo Código de Processo Civil criou, inspirado no sistema italiano<sup>30</sup> e francês<sup>31</sup>, a estabilização de tutela, a que já se referiu no item anterior, que permite a manutenção da eficácia da medida de urgência, ou antecipatória de tutela, até que seja eventualmente impugnada pela parte contrária (Código de Processo Civil : anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010. P.29)*

Esse instituto no direito francês pode ser observado no Código de Processo Civil Frances e é conhecido como *référé français*. Tratando-se de decisão provisória que não transita em julgado proferida em cognição sumária que se prolonga no tempo não dependendo necessariamente de um processo principal.

Dessa forma, essa inovação legislativa atribui as partes a autonomia de escolha entre a obtenção de uma decisão baseada em cognição exauriente ou na decisão estabilizada baseada em cognição sumária, atribuindo a técnica de monitorização do processo civil brasileiro.

### **3.9.6.2.1. Requisitos**

Existem cinco condições para aplicação da estabilização: (i) concessão de tutela provisória em caráter antecedente; (ii) requerimento expresso do autor para

aplicação desse instituto; (iii) concessão da tutela *inaudita altera parte*; (iv) inexistência de manifestação do réu após comunicação.

O art. 304 é claro ao dispor que a decisão de conceder a tutela antecipada nos termos do art. 303 se tornará estável, dessa forma somente as decisões que condenam a tutela provisória de urgência antecipada de caráter antecedente se tornarão estáveis, não podendo ser aplicáveis as demais tutelas provisórias<sup>96</sup>.

A concessão dessa modalidade de tutela requer o requerimento específico do Autor, posto que esse instituto é um benefício, conforme disposição expressa do §5º do art. 303, e portando não poderá ser aplicado contra a sua vontade., sob pena de afronta ao art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

O doutrinador Heitor Vitor Mendonça Sica indica que:

*(...) claramente o art. 303 dá duas alternativas ao autor (a) pleitear, exclusivamente, a tutela provisória urgente satisfativa (e apenas “indicar” o pedido de tutela final); ou b) desde logo, pedir, concomitantemente, a tutela provisória urgente satisfativa e tutela final. Apenas na primeira hipótese é que se cogitaria da aplicação da tese de estabilização. Isso porque o autor que formula desde logo o pedido de tutela final, ao meu ver, manifesta inequivocamente a vontade no sentido de que não se contentará apenas com a tutela provisória estabilizada”<sup>97</sup>*

Caso o Autor tenha requerido na petição inicial a estabilização da tutela antecipada e o réu não tenha se manifestado sobre a decisão não seria necessário o aditamento da petição inicial em 15 dias previsto no §1º do art. 303, posto que a decisão estará estabilizada.

Ocorre que o prazo final para o aditamento da petição inicial poderá ocorrer antes do prazo final para o recurso do réu, posto que o prazo do réu ocorrerá após a sua citação e o do autor a partir da publicação da decisão que concedeu a tutela, que certamente ocorrerá antes da citação do réu.

---

<sup>96</sup> Nesse sentido enunciado nº420 fórum permanente de processualistas civis “Não cabe estabilização de tutela cautelar”

<sup>97</sup> Sica, Heitor Mendonça Sica. Primeiras Impressões sobre a “estabilização da tutela antecipada P 118 in TUCCI. José Rogério Cruz e Sica. Heitor Vitor Mendonça. (org.). O novo Código de Processo Civil. São Paulo in Revista do advogado Ano XXXV, maio de 2015

Dessa maneira, o autor poderá não ter conhecimento da interposição ou não de recurso antes da finalização do seu prazo, acarretando no aditamento da inicial mesmo nos casos em que o autor deseja que a sua tutela se torne estável.

Essa possibilidade abre o seguinte dilema, caso o autor adite a sua inicial poderá ser configurado o requerimento de julgamento de mérito da ação e caso não o faça o processo poderá ser julgado extinto. Para evitar tal situação entendendo que o juiz deverá definir um prazo maior do que os quinze dias, conforme possibilidade prevista no inciso I do art. 303.

A tutela provisória deverá ser concedida *inaudita altera parte* em consequência da interpretação sistemática do §1<sup>a</sup> do art. 303. Em sentido contrário, o doutrinador Fredie Didier Jr. indica que para ocorrer a estabilização bastaria que a decisão fosse concedida antes do autor aditar a inicial e poderia, inclusive, ser proferida após justificção prévia.<sup>98</sup>

A interpretação literal do artigo indica que o último requisito seria a não apresentação recurso, pelo réu, contra a decisão que concedeu a tutela após a sua devida intimação e citação.

Dessa maneira, o sistema do novo Código compele o réu a agravar dessa decisão simplesmente para não torna-la estável mesmo que tenha o desejo de cumpri-la voluntariamente.

Caso o recurso do réu não seja conhecido, pela ausência dos requisitos de admissibilidade, acredito que deveremos aplicar o entendimento adotado pela doutrina em que o recurso tempestivo mesmo que inadmissível é apto para evitar a preclusão.

Alguns doutrinadores defendem que apenas a ausência de interposição de recurso ou apresentação de contestação não bastariam para a configuração da estabilização e que seria necessário que o réu não oferecesse nenhuma espécie de impugnação.

Nesse sentido indica o doutrinador Eduardo Talamini define o termo “impugnação”:

*“põe-se termo mais amplo, destinado a genericamente abranger recurso, medida impugnativa autônoma, pedido de reconsideração ou mesmo qualquer outra insurgência contra a concessão da medida urgente formulada em petição destinada*

---

<sup>98</sup> Didier Jr. Fredie. Estabilização da tutela provisória satisfativa e honorários advocatícios sucumbências. P 97 *in* TUCCI. José Rogério Cruz e Sica. Heitor Vitor Mendonça. (org.). O novo Código de Processo Civil. São Paulo *in* Revista do advogado Ano XXXV, maio de 2015

*especificamente a tal fim (de impugnação) ou no bojo de manifestação mais ampla (na contestação, por exemplo) etc.*<sup>99</sup>

Fredie Didier Jr. defende que a revelia não seria pressuposto necessário para a estabilização, posto que o art. 304 não faz qualquer menção nesse sentido e indica que:

*“Se, no prazo de defesa, o réu não interpõe, mas resolve antecipar o protocolo de sua defesa, fica afastada a sua inércia, o que impede a estabilização – afinal, se contesta a tutela antecipada e a própria tutela definitiva, o juiz terá que dar seguimento ao processo para aprofundar sua cognição e decidir se mantém a decisão antecipatória ou não.”*<sup>100</sup>

Os doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero defendem ser necessária a ausência de qualquer manifestação do réu:

*“Se o réu não interpuser agravo de instrumento, mas desde logo oferecer contestação no mesmo prazo – ou ainda manifestar-se dentro desse mesmo prazo pela realização de audiência de conciliação ou de mediação, tem-se que entender que a manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve tanto quanto a interposição de recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela. Essa solução tem a vantagem de economizar o recurso de agravo e de emprestar a devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência. Em ambas as manifestações, a vontade do réu é inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do processo.”*<sup>101</sup>

Para Eduardo Talamini quando o réu for citado por edital ou por hora não incidirá o instituto da estabilização da tutela, posto que será necessária a designação de curador especial que adotará as medidas cabíveis e defesa do réu em atenção ao seu

---

<sup>99</sup> TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto do novo Código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro” in Revista de Processo, vol. 209 ano 2012 p 29

<sup>100</sup> Didier Jr. Fredie. Estabilização da tutela provisória satisfativa e honorários advocatícios sucumbências. P 98 in TUCCI. José Rogério Cruz e Sica. Heitor Vitor Mendonça. (org.). O novo Código de Processo Civil. São Paulo in Revista do advogado Ano XXXV, maio de 2015

<sup>101</sup> MARINONI, Luiz Guilherme ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo Código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, P 317

dever funcional. Também não se estabilizaria quando as decisões verssem sobre direitos indisponíveis, em atenção ao princípio da disponibilidade indicado por Calamandrei<sup>102</sup>.

Caso o réu ofereça impugnação parcial se estabilizarão somente as medidas que não foram objeto de oposição, posto que não existe nenhum óbice a estabilização parcial. Nos casos de multiplicidade de réus, em litisconsórcio passivo, a defesa comum oferecida por um deles impedirá a estabilização da decisão em relação aos réus inertes.

O fórum permanente de processualistas civis em seu enunciado nº32 indica que: *“Além da hipótese prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência antecedente”*.

O doutrinador Heitor Vitor Mendonça Sica afirma que não seria cabível a estabilização da tutela concedida em sede de ação rescisória, indicando que *“a ação rescisória não admitirá que o autor opte pela aplicação do regime previsto nos arts. 303 e 304, pois a coisa julgada material – que, em última análise, tem assento constitucional (art. 5º, XXXVI) – não poderia ceder em face de uma decisão fundada em cognição sumária.”*<sup>103</sup>

### **3.9.6.2.2. Procedimentos**

Após o deferimento do pedido da tutela antecipada em caráter antecedente o réu será intimado para interpor recurso em quinze dias.

Caso o réu não interponha recurso a medida será estabilizada e o processo será extinto, sem sentença de mérito.

A simples não interposição de recurso não está atrelada necessariamente a não apresentação de impugnação pelo réu, deste modo a situação específica do réu não apresentar recurso, mas apresentar contestação não foi abarcada pela legislação.

A interpretação literal do dispositivo indica que o fator determinante para a estabilização é a não interposição de recurso e que o procedimento deverá ser extinto,

---

<sup>102</sup> Nesse sentido TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto do novo Código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro” in Revista de Processo, vol. 209 ano 2012 p 25

<sup>103</sup> SIÇA, Heitor Vitor Mendonça. Doze Problemas e Onze soluções quanto a chamada “estabilização da tutela antecipada” in Grandes Temas do Novo CPC, v 6. Fredie Didier Jr. (org.) Salvador: Jupodivm, 2016 p 359,

todavia caso o réu apresente impugnação com elementos relevantes que afrontam a decisão estabilizada, o doutrinador Heitor Vitor Mendonça Siça indica que o juiz poderá “*nesse momento revogar ou modificar a decisão com base no novo cenário fático-probatório desenhado pela defesa do réu*”<sup>104</sup>.

Caso o réu interponha recurso o autor terá trinta dias para aditar a inicial convertendo o procedimento de provisório para definitivo, com a citação do réu para o comparecimento em audiência de conciliação, e caso as partes não se componham terá início o prazo para o réu contestar o pedido principal.

Na hipótese do autor não aditar a inicial o processo será extinto sem resolução de mérito<sup>105</sup>

### **3.9.6.2.3. Coisa Julgada**

A ação monitória disposta no antigo Código possui semelhanças com a estabilização da tutela, pois em ambos os casos diante da ausência de impugnação do réu o autor poderá iniciar a execução forçada, mesmo sem existir uma decisão fundada em cognição exauriente. A doutrina majoritária indica que não se formaria coisa julgada no processo monitório, posto que o réu poderia discutir posteriormente a mesma relação jurídica em outro processo.

A posição indicada pela doutrina de que decisões proferidas em sede de cognição sumária não fazem coisa julgada material alinhada com o estabelecido pelo §6º do art. 304 do novo Código indicam que as decisões estabilizadas da tutela provisória não fazem coisa julgada material.

O processo será extinto após a estabilização da decisão, ocorre que o Código não informou se a ação será extinta com ou sem resolução de mérito, sendo que somente as decisões proferidas com resolução de mérito fazem coisa julgada<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> SIÇA, Heitor Vitor Mendonça. Doze Problemas e Onze soluções quanto a chamada “estabilização da tutela antecipada” in Grandes Temas do Novo CPC, v 6. Fredie Didier Jr. (org.) Salvador: Jupodivm, 2016 p 354

<sup>105</sup> Art. 303 § 2o Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1o deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

<sup>106</sup> Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

O doutrinador Antonio de Moura Cavalcante Neto indica como esse tema é tratado no direito francês: *“os franceses rejeitam expressamente a possibilidade de coisa julgada no art. 489 do CPC francês. Como não há resolução de mérito, estabilizam-se os efeitos e afasta-se a existência da coisa julgada, deixando claro a qualquer tempo pode ser revista a medida antecipatória”*<sup>107</sup>.

A estabilidade dos efeitos da tutela somente serão afastados por decisão que rever, reformar ou invalidar a tutela proferida em ação autônoma. Caso o réu não proponha ação nesse prazo, o Código não indicou se a decisão formará ou não coisa julgada.

A interpretação literal do dispositivo indica que após a extinção do direito de rever, reformar ou invalidar a decisão estabilizada não ocorreria a coisa julgada material. Interpretação diversa estaria em sentido contrário ao instituto da coisa julgada material, posto que configuraria a sua natureza a decisões proferidas em cognição sumária, entretanto para Humberto Theodoro Junior se configuraria a *“estabilização definitiva da decisão sumária”*<sup>108</sup> e tal situação jurídica seria equivalente com a coisa julgada. Nesse sentido o doutrinador Leonardo Grecco indica que: *“passados dois anos da ciência da decisão que extinguiu o processo, incorrerá em decadência o direito de propor ação revocatória (§5º), ou seja, sobrevirá efetivamente a coisa julgada”*<sup>109</sup>

Os doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero questionam a constitucionalidade da equiparação com a coisa julgada nesses casos, indicando que:

*(..) é de duvidosa legitimidade constitucional equiparar os efeitos do procedimento comum – realizado com contraditório, com ampla defesa e direito À prova – com efeitos de um procedimento cuja sumariedade formal e material é extremamente acentuada (...) Isso quer dizer que a estabilização da tutela antecipada antecedente não pode adquirir autoridade da coisa julgada – que é peculiar aos procedimentos de cognição exauriente. Passando o prazo de dois anos continua sendo possível o exaurimento da cognição até que os prazos previstos no direito material para*

---

<sup>107</sup> NETO, Antonio de Moura Cavalcante in Grandes Temas do Novo CPC, v 6. Fredie Didier Jr. (org.) Salvador: Jupodivm, 2016 p 204

<sup>108</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2015 P 670

<sup>109</sup> Leonardo Greco (in: Desvendando o Novo CPC. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. Darci Guimarães Ribeiro e Marco Félix Jobim (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p 119

*estabilização das situações jurídicas sobre a esfera jurídica das partes (por exemplo, a prescrição, a decadência e a supressão<sup>110</sup>)”*

#### **3.9.6.2.4. Ação principal após a estabilização da tutela e ação rescisória**

O legislador previu a possibilidade das partes reverem, reformarem ou invalidarem a tutela estabilizada por meio de ação autônoma em um prazo decadencial de dois anos<sup>111</sup>, cuja tramitação observará o procedimento comum.

Essa ação terá o condão de gerar uma decisão com base na cognição exauriente, portanto, irá gerar coisa julgada material.

O juízo que proferiu a decisão da tutela estará prevento para julgar a nova ação autônoma<sup>112</sup>.

O enunciado nº33 do fórum permanente de processualistas civis indica que *“Não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência”*. Humberto Theodoro Junior, todavia tem interpretação diversa, posto que:

*“Admitida a equivalência com a coisa julgada, o prazo de dois anos para a modificação da decisão estabilizada não abrangeria nem anularia o prazo correspondente à ação rescisória, uma vez que este somente começa a correr após o trânsito em julgado das decisões”<sup>113</sup>*

Adotando a interpretação do tema desse ilustre doutrinador indica-se que após a finalização do prazo decadencial de dois anos se iniciaria o prazo para o ajuizamento da ação rescisória.

---

<sup>110</sup> MARINONI, Luiz Guilherme ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo Código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, P 318

<sup>111</sup> Art. 304 § 5o O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2o deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1o.

<sup>112</sup> Art. 304 § 4o Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2o, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida

<sup>113</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2015 P 670

### **3.9.6.2.5. Antecipação parcial da tutela**

A tutela de evidência requerida poderá ser deferida apenas parcialmente, situação em que o Código não informou expressamente se nesse caso a tutela seria passível de estabilização. Para resolução dessas situações o doutrinador Heitor Vitor Menonça Sica indica que

*“Considerando-se que o sistema projetado amplia as hipóteses de desmembramento do objeto litigioso – em especial acolhendo textualmente o julgamento parcial de mérito (art. 356) – não há razões para recusar a estabilização parcial, com a redução do objeto litigioso que será submetido ao julgamento fundado em cognição exauriente”<sup>114</sup>*

Ocorre que a estabilização parcial poderá não ser compatível com a decisão posterior de mérito gerando decisões conflitantes no mesmo processo. Dessa forma, a estabilização parcial somente poderá ocorrer caso não ocorra conflito posterior de decisões.

### **3.9.6.2.6. Honorários Sucumbências e custas**

Caso o réu não oponha nenhum meio de impugnação e cumpra a tutela provisória e a decisão seja estabilizada nos termos do art. 304, este será isento das custas processuais e pagará 5% de honorários sucumbências, por aplicação analógica do §1º e do caput do art. 701<sup>115</sup> do novo Código<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> Nesse sentido: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *in* Grandes Temas do Novo CPC, v 6. Fredie Didier Jr. (org.) Salvador: Jupodivm, 2016 p 355

<sup>115</sup> Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo

Em sentido contrário o doutrinador Heitor Vitor Mendonça Sica entende que a ausência de pagamento das verbas de sucumbência premiaria o réu que deu causa a instauração do processo.

#### **3.9.6.2.7. Legitimação**

Apenas a tutela provisória concedida em caráter antecedente poderá ser estabilizada, deste modo o seu requerimento será necessariamente realizado pelo autor anteriormente a propositura da ação principal.

---

de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

§ 1o O réu será isento do pagamento de custas processuais se cumprir o mandado no prazo.

<sup>116</sup> Nesse sentido: Didier Jr. Fredie. Estabilização da tutela provisória satisfativa e honorários advocatícios sucumbências. P 100 *in* TUCCI. José Rogério Cruz e Sica. Heitor Vitor Mendonça. (org.). O novo Código de Processo Civil. São Paulo *in* Revista do advogado Ano XXXV, maio de 2015

## 4. Tutela provisória de evidência

### 4.1. Conceito

A tutela provisória de evidência está disposta no art. 311 do novo Código e poderá ser deferida no procedimento comum sem a presença dos requisitos de urgência: risco ao resultado útil do processo e demonstração de perigo de dano, dispostos no antigo e no novo Código para a concessão das tutelas provisórias.

Para Luiz Fux:

*“São situações em que se opera mais do que o *fumus boni jûris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo originário carreará até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio pra o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada.”<sup>117</sup>*

A tutela de evidência *“não é um tipo de tutela jurisdicional. A evidência é um fato jurídico processual que autoriza que se conceda uma tutela jurisdicional, mediante técnica da tutela diferenciada. Evidência é um pressuposto fático de uma técnica processual par obtenção da tutela”<sup>118</sup>,*

A inexistência de urgência para concessão de liminares já era utilizada no antigo Código nas ações possessórias, mandado de segurança e em algumas hipóteses para concessão de tutela antecipada.

---

<sup>117</sup> FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela de evidência. São Paulo: Saraiva, 1996. P 306

<sup>118</sup> Nesse sentido: DIDIER JR, Freddie. BRAGA, Rafael. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de *in* Grandes Temas do Novo CPC, v 6. Freddie Didier Jr. (org.) Salvador: Jupodivm, 2016 p 419

## 4.2. Modalidades

A tutela provisória de evidência possui 2 modalidades: a primeira denominada punitiva que poderá ser deferida nos casos em que ficar configurado abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte; e a segunda denominada documentada que se configurará nos casos em que as alegações puderem ser comprovadas apenas documentalmente<sup>119</sup>.

## 4.3. Hipóteses

A tutela de evidencia poderá ser concedida nos seguintes casos dispostos nos incisos do art. 311 do novo Código:

*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.*

A hipótese de concessão indicada no inciso I do art. 311 reproduz o inciso II do art. 273 do antigo Código dispondo que a tutela poderá ser concedida caso fique caracterizado abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, ocorre que também é necessário que o autor demonstre a evidência do seu direito e não poderá ser concedida liminarmente. Os doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz

---

<sup>119</sup> Nesse sentido DIDIER JR, Freddie. BRAGA, Rafael. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de *in* Grandes Temas do Novo CPC, v 6. Freddie Didier Jr. (org.) Salvador: Jupodivm, 2016 p 421 e Jaqueline Mielke Silva. Tutela Provisória no novo Código de Processo Civil. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2015Pg 164

Arenhart e Daniel Mitidiero consideram que *“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<sup>120</sup>”*.

O inciso II prevê que a tutela de evidência poderá ser concedida quando as alegações do requerente puderem ser comprovadas documentalmente e se houver tese firmada em súmulas vinculantes e julgamento de casos repetitivos. Os doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero argumentam que esse inciso:

*“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 a tese do autor encontrar-se fundamentada em “julgamento de casos repetitivos” ou em “sumula vinculante” (...). É o fato de se encontrar fundamentação em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência (...) em sede de recursos repetitivos<sup>121</sup>”*

E o inciso III autoriza a entrega de coisas que sejam objeto de contrato de depósito, caso exista prova documental. Tratando-se *“de hipótese que veio tomar lugar do procedimento especial de depósito previsto no direito anterior.<sup>122</sup>”*

Os casos dispostos nos incisos II e III podem ser deferidos liminarmente<sup>123</sup> e inexistente vedação para sua concessão na própria sentença.

A disposição do inciso IV autoriza a concessão da tutela nos casos em que o requerente apresente prova documental suficiente dos fatos constitutivos de seu direito e se o réu não apresentar prova capaz de gerar dúvida razoável, impossibilitando, portanto a sua concessão liminar.

Para Humberto Theodoro Júnior o traço comum de todas as hipóteses *“é a necessidade de uma prova completa que permita o juiz reconhecer a comprovação do quadro fático-jurídico suficiente para sustentar a pretensão da parte”<sup>124</sup>*.

---

<sup>120</sup> MARINONI, Luiz Guilherme ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo Código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, P 322

<sup>121</sup> MARINONI, Luiz Guilherme ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo Código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, P 322

<sup>122</sup> MARINONI, Luiz Guilherme ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo Código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, P 322

<sup>123</sup> Art. 311 Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

<sup>124</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2015 P 679

Os doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero ventilam outra hipótese de concessão da tutela de evidência:

*“Embora não tenha sido previsto textualmente pelo art. 311, CPC, também é possível antecipação da tutela fundada na evidência quando o autor alega e prova fato constitutivo de seu direito e o réu opõe defesa indireta sem oferecer prova documental, protestando pela prova oral ou prova pericial<sup>125</sup>”*

#### **4.4. Legitimação**

A tutela de evidência em regra será requerida pelo autor do processo, ocorre que em algumas hipóteses o réu também poderá pleitear a medida, como nos casos de tutela fundada em manifesto propósito protelatório da parte e se as alegações puderem ser comprovadas documentalmente e em teses firmadas em julgamento de casos repetitivos e súmula vinculante<sup>126</sup>.

#### **4.5. Tutela de evidência e julgamento parcial de mérito**

A tutela de evidência e o julgamento parcial de mérito são institutos distintos no novo Código. Sendo que a tutela de evidência corresponde a medida provisória enquanto o julgamento parcial de mérito a medida definitiva resolvendo parte do mérito da causa.

Ocorre que poderão ocorrer situações de:

*“superposição entre as hipóteses de julgamento antecipado do mérito e de tutela antecipada da evidência. Se não houver possibilidade de prática de qualquer ato subsequente que possa vir a infirmar o acolhimento do pedido do autor, deverá o juiz fazer uso do julgamento antecipado do mérito. Se, em respeito ao direito de defesa do réu ou alguma outra circunstância, for necessário ou útil facultar a*

---

<sup>125</sup> MARINONI, Luiz Guilherme ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo Código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015323

<sup>126</sup> Nesse sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2015 P 678

*prática de atos subsequentes, deverá o juiz inclinar-se pela tutela de evidência.*<sup>127</sup>

---

<sup>127</sup> Leonardo Greco (in: Desvendando o Novo CPC. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. Darci Guimarães Ribeiro e Marco Félix Jobim (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p 137

## Conclusão

O poder judiciário brasileiro é inegavelmente moroso, deste modo foi necessária a implementação dos procedimentos cautelares e a tutela antecipada pelo Código de Buzaid e a continuação desses institutos pelo novo Código que tratará do tema como tutelas provisórias.

O instituto da tutela provisória é um avanço no direito processual civil e grande instrumento de celeridade, simplificação procedimental nos provimentos jurisdicionais e economia processual acarretando em enorme benefício ao jurisdicionado.

O novo Código acerta ao dispor disposições comuns a todos os procedimentos provisórios, posto que simplificará a sua aplicação e ao tentar atribuir uma celeridade maior ao estabilização da tutela sem a necessidade de procedimento baseado em cognição sumária.

O legislador ao implementar a estabilização objetivou a diminuição dos procedimentos de cognição exauriente, considerando que as partes podem se satisfazer apenas com a decisão sumária e conseqüentemente desafogar o judiciário e dar celeridade ao procedimento.

Ocorre que a possibilidade da estabilização da tutela, provavelmente acarretará em inúmeros recursos, que sob a vigência do antigo Código não seriam interpostos, considerando que o novo Código dispõe a obrigatoriedade do réu recorrer para evitar a estabilização do provimento.

O novo Código encerrou as discussões acerca da possibilidade de concessão da tutela provisória em sede de sentença, que vem sendo admitida pela jurisprudência e pela doutrina, posto que positivou que as sentenças terão efeito suspensivo nos casos em que a tutela provisória for concedida na sentença. Deste modo, pacifica o entendimento a respeito do seu cabimento, bem como sobre o recurso cabível evitando, assim, recursos desnecessários.

Ocorre que tal possibilidade está em choque com a provisoriedade e urgência das tutelas, posto que a sentença possui caráter definitivo e para ser proferida ocorreu todo o procedimento instrutório, que evidentemente é demorado, ou seja, não existiria urgência para a medida ser concedida nesse momento.

A tutela de evidência inova ao dispor que poderá ser concedido o provimento provisório diante da inexistência de comprovação de urgência em casos específicos.

A maioria das previsões das tutelas está em consonância com os objetivos principais do legislador do novo Código de processo civil ao objetivar maior celeridade e simplificação nos procedimentos alinhados com a economia processual.

## Referências Bibliográficas

BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. 1º edição, São Paulo: Saraiva, 2015.

BONICIO, Marcelo José Magalhães; BONATO, Giovanni. Tutela Provisória no novo CPC. São Paulo: AASP, 8 setembro de 2015.

CAMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito civil: volume 1, 25ª edição, São Paulo:Atlas.

Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil : anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010.

DIDIER JR, Freddie (coordenador geral). PEREIRA, Mateus. GOUVEIA, Roberto. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Grandes temas do CPC, v6. Salvador: Juspodivm, 2016

FUX, Luiz. A tutela dos direitos Evidentes. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/> . Acesso em 26 de janeiro de 2016.

FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela de evidência. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de processo civil de 2014/2015, *in* Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP – Volume XIV, Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da Universidade do Estado do Rio de Janeiro ISS 1982-7636.

MARINONI, Luiz Guilherme ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo Código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela de direitos -4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. ARAÚJO, Fábio Caldas de. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos cautelares e especiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Licastro Torres de. Tutelas de urgência em grau recursal. Revista de Processo, vol 165. Nov. 2008

NERY, Nelson Nery Junior. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

RIBEIRO, Darci Guimarães e JOBIM, Marco Félix (org.) Desvendando o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Bruno Freire e. A Alteração do art. 489 do CPC e a fungibilidade na utilização da medida cautelar e tutela antecipada in Revista de Processo vol 175, p181 set. 2009.

SILVA, Jaqueline Mielke da. Tutela Provisória no novo Código de Processo Civil. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2015

SILVA, Ovídio A. Batistada. Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência) volume 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto do novo Código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro” in Revista de Processo, vol. 209 ano 2012 p 13-34

TESSI, André Luiz Bauml. Tutela Cautelar e antecipação de tutela: perigo de dano e perigo de demora. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 – Coleção o novo processo civil / diretor Luiz Guilherme Marinoni, coordenadores Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidero.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2015

TUCCI. José Rogério Cruz e. FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. DOTTI, Rogéria Fagundes e MARTINS, Sandro Gilbert (org.) Código de Processo Civil Anotado Disponível em [http://www.oabpr.org.br/downloads/NOVO\\_CPC\\_ANOTADO.pdf](http://www.oabpr.org.br/downloads/NOVO_CPC_ANOTADO.pdf). Acesso em 20 de janeiro de 2016

TUCCI. José Rogério Cruz e Sica. Heitor Vitor Mendonça. (org.). O novo Código de Processo Civil. São Paulo in Revista do advogado Ano XXXV, maio de 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim,. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Novo Código de processo civil comparado: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015