

TUTELAS PROVISÓRIAS E O NOVO CPC PROVISORY PROTECTION AND THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

| | |
|---------------------|-------------------|
| <i>Recebido em:</i> | <i>02/06/2016</i> |
| <i>Aprovado em:</i> | <i>30/06/2016</i> |

Guilherme Francisco Seara Aranega¹

RESUMO: as alterações do Código de Processo Civil de 2015 se demonstram severas quanto ao tema de tutelas provisórias ou urgência provisórias. A base teórica do assunto, em comparação entre o código de 1973 e o código de 2015, praticamente mantém-se inalterada, onde nota-se que a conceituação e função dos institutos mantém-se os mesmos. Entretanto, a aplicação prática em si fora alterada em que pese o intuito mantenha-se o mesmo. Desta forma, notam-se alterações técnicas positivadas pela nova lei a fim de agilizar e simplificar o procedimento.

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

ABSTRACT: the changes of the new Civil Procedure Code to demonstrate severe when it comes to the emergency guardianships or provisional. The basic theory of the subject, in comparing the 1973 Code and the 2015 Code practically keeps unchanged, where an denotes the concept and intent practical use of the institutes keeps the same. However, the practical application itself was changed in spite of the order to stay the same. In this way, notice positively valued technical changes by the new law in order to streamline and simplify the procedure.

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas pela UniCesumar – Centro Universitário de Maringá-PR, com concentração na área de Direitos da Personalidade. Especialista em Direito Civil, Direito Processual Civil e Docência no Ensino Superior pelo IPE – Instituto Paranaense de Ensino. Graduado em Direito pela Faculdade Maringá – CESPAP. Professor na Faculdade Alvorada de Tecnologia e Informação de Maringá-PR. Advogado. Endereço eletrônico: <aranega.adv@hotmail.com>

KEYWORDS: provisory protection; emergency protection; anticipated protection; injunctive caution; protection of evidence.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo traz à tona análise das tutelas provisórias e de urgência no Código de Processo Civil de 1973 em comparativo com os institutos equivalentes contidos no Código de Processo Civil de 2015.

As alterações legislativas são de grande monta, demonstrando-se sensatas e de grande valia para o operador do direito, principalmente no sentido de abarcarem em sua nova técnica de aplicação prática grande celeridade e economia processual, viabilizando até mesmo o alcance mais eficaz do acesso à justiça.

Percebe-se que a base teórica não se encontra alterada em grande monta. As conceituações continuam as mesmas, o que leva a notar que o intuito de aplicação dos institutos continuam inalterados, ou seja, a tutela antecipada continua sendo utilizada para antecipação de efeitos da sentença e a cautelar para fins assecuratórios de direito discutido em processo principal.

Entretanto, inovações práticas chegaram a alterar a técnica a ponto de excluir do ordenamento jurídico a modalidade de processo cautelar, simplificando o procedimento em questão, abarcando pontos positivos deste antigo procedimento também a aplicação da tutela antecipada, e até mesmo trazendo nova figura processual, qual seja a tutela de evidência.

Isto posto, o trabalho em questão procura demonstrar quais pontos teóricos e práticos encontram-se mantidos e quais foram alterados, bem como as inovações trazidas.

2 DA TEORIA BASE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA E O CPC DE 1973

Este primeiro capítulo visa explicitar pontuações relacionadas ao tema na legislação processual civil que manteve-se em vigor entre os anos de 1973 e 2015.

O momento atual ainda é de extrema delicadeza diante da alteração da legislação em sua integralidade, se assim se puder dizer, sendo portanto, essencial a análise da comparação entre as duas legislações, compreendendo o que fora mantido e quais são as inovações, pelo que será possível notar que o cerne e a função dos institutos, conforme subtítulo que segue, permanecem os mesmos, alterando-se detalhes de seus procedimentos.

Desta forma, a teoria de base ainda é aplicável para o assunto em questão, bastando a verificação do detalhamento procedimental de cada uma das figuras processuais.

2.1 DIFERENCIAÇÃO ENTRE TUTELA ANTECIPADA, TUTELA CAUTELAR E PEDIDO LIMINAR

Trata o tema de três institutos processuais civis de parecida função que geram dúvidas quanto sua aplicação procedimental, cabendo, portanto, diferenciá-los de forma que se atinja plena compreensão de cada instituto isoladamente.

A tutela antecipada se caracteriza pela antecipação dos efeitos da sentença, de modo que o autor da ação judicial obtenha antecipadamente aquilo que obteria no final do processo, sendo que possui aptidão de satisfazer integralmente, ou parcialmente o pedido do requerente. Possui natureza jurídica de incidente processual, sendo que pelo Código de Processo Civil de 1973 possuía como requisitos obrigatórios cumulativos a prova inequívoca, verossimilhança de alegação e reversibilidade, e como pedidos alternativos o perigo de dano ou abuso de direito de defesa. Exigiam-se todos os requisitos obrigatórios e ao menos um alternativo.

A tutela cautelar visa a concessão de providências de resguardo, preservação e proteção de direitos, não possuindo a prerrogativa de contentar no todo ou em parte a pretensão do solicitante. Pelo Código de Processo Civil de 1973 era ação autônoma e

accessória de outra ação principal. Possuía natureza jurídica de ação, sendo considerada medida não-satisfativa, e que visava assegurar pedido contido em ação principal, não julgando a lide, contendo requisitos cognominados de fumaça do bom direito, que corresponde ao mínimo resquício de aparência de congruência argumentativa, razão e existência do direito, bem como o perigo da demora, que corresponde ao perigo de dano no atraso da prestação jurisdicional.

O pedido liminar traduz a ideia de algo que deve ser concedido *ab initio*. Possui relação temporal, e não quanto à natureza da medida. É utilizado como modalidade de pedido, a fim de designar ao pedido realizado a característica de urgência, portanto, é um tipo de pedido utilizado para solicitar tanto a tutela cautelar quanto a tutela de antecipada. Corresponde à denominação genérica referente a pedido realizado no início do processo para que seja analisado e concedido também no início.

Portanto, tanto a tutela cautelar, quanto a tutela antecipada, por conterem as características conforme constam no parágrafo acima, são traduzidas e realizadas através de um pedido liminar.

A fim de facilitar a visualização do que acima se posta, vale trazer à tona a tabela abaixo constando os detalhes básicos de cada um dos institutos elencados:

| TUTELA ANTECIPADA | TUTELA CAUTELAR | PEDIDO LIMINAR |
|---|--|--|
| Natureza jurídica: tutela de urgência/pedido dentro da ação; | Natureza jurídica: tutela de urgência/; no CPC de 1973 era considerado modalidade de processo; | Natureza jurídica: pedido de providência provisória/urgente em sentido geral; pedido preambular; |
| Características: antecipação dos efeitos da sentença; o pedido estará relacionado c/ o objeto da ação; | Características: assegura o direito material da ação principal; é assessório; refere-se à providência colateral; possuía autos próprios pela lei de 1973; | Características: pedido realizado para solicitar a tutela antecipada ou a tutela cautelar; denomina-se pedido liminar em razão do caráter de urgência preambular; |
| Normatização Legal: art. | Normatização Legal: art. | Normatização Legal: não |

| | | |
|--|--|---|
| 273 e seguintes do CPC de 1973 ² ; | 796 e seguintes do CPC de 1973; ³ | consta por tratar-se de mera denominação; |
| Requisitos: verossimilhança da alegação, prova inequívoca, possibilidade de reversibilidade, receio de dano irreparável ou difícil reparação ou abuso do direito de defesa ou propósito protelatório do réu. ⁴ | Requisitos: <i>periculum in mora</i> e <i>fumus boni iuris</i> . ⁵ | Requisitos: valer-se-á dos requisitos da tutela pretendida (antecipada ou cautelar). |

Em resumo, pode-se dizer que: um é pedido de antecipação de tutela pretendida, ou do objeto pretendido (exemplo: ação de guarda com antecipação da própria guarda, que é o objeto da ação); outro era ação judicial que visava garantir situação colateral ao objeto de outra ação principal (exemplo: ação cautelar de arresto, visando impedir dilapidação de patrimônio, garantindo assim o possível adimplemento de dívida discutida na ação principal), e o último é modalidade de pedido que classifica os demais.

Desta forma, nota-se que, a ideia dos institutos processuais civis em questão continuam a mesma, podendo ainda valer-se de suas considerações teóricas de base para compreender e diferenciar um do outro.

Entretanto, questões procedimentais foram severamente alteradas, necessitando assim séria análise para que a utilização de cada figura processual não resulte em indeferimentos por mero erro material, procedimental ou imperícia.

2.2 CLASSIFICAÇÕES E CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS CAUTELARES - CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

² No CPC de 2015: art. 300 a 304.

³ No CPC de 2015: art. 300 a 302 e 305 a 310.

⁴ No CPC de 2015: probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

⁵ No CPC de 2015: probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

A tutela cautelar corresponde aos cuidados de caráter acautelatórios, ou seja, tal expressão relaciona-se ao tutelar daquilo que possui as características de garantia colateral ao direito material de ação principal visando garantir a existência e possibilidade de discutir e obter este próprio direito material.

Dentro desta matéria denominada tutela cautelar, deve-se considerar a existência da denominada medida cautelar, também chamada de providência cautelar, que é a forma com a qual a tutela cautelar será realizada, ou seja, a maneira que será utilizada para garantia do direito material.

Desta forma, os procedimentos, diretamente atrelados ao tipo da medida a ser utilizada, ao momento de manejo do procedimento, bem como sua classificação legal possuem classificações que abaixo seguem.

No Código de Processo Civil de 1973, a medida cautelar podia ser postulada de modo preparatório, anteriormente à ação principal (sendo que assim terá o autor 30 dias de prazo para ajuizar a ação principal), ou incidentalmente, durante o processamento da ação principal. O que definia se o processo era preparatório ou incidental era a necessidade. Algo parecido vigora na nova lei processual, entretanto, não como modalidade de processo como aqui se trata.

Por exemplo: a cautelar de produção antecipada de provas podia ser realizada tanto antes do processo principal quanto em seu decorrer, de acordo com a necessidade desta produção, posto que esta necessidade pode surgir em momentos diversos. O mesmo ocorre para a exibição de documentos, considerando ainda a possibilidade do que versava o art. 355 do Código de Processo Civil de 1973. E também com a cautelar de sustação de protesto, posto que pode um título ser protestado tanto no decorrer de uma discussão (contratual, pecuniária, mercantil etc.) quanto antes de iniciada tal discussão.

As cautelares eram classificadas também quanto a sua nomeação pela lei ou não. Em outras palavras, existiam medidas com procedimentos definidos expressamente pelo

código e outras que não possuíam tais especificações, utilizando-se apenas da parte geral direcionada a tal procedimento.

As inominadas eram utilizadas de acordo com a verificação da necessidade do pedido liminar que se enquadre dentro das cautelares, por exemplo: a vistoria, sustação de protesto de títulos, medidas destinadas a prevenir riscos de dilapidação de fortuna, proibição de utilização de nome comercial, que são medidas comumente vistas na prática, mas pode-se perfeitamente “criar” a o nome da ação ou da providência de acordo com o pedido a ser realizado, ou podendo apenas chama-la de inominada.

Toda medida cautelar pressupunha um processo principal ordinariamente contencioso. Contudo nem sempre havia controvérsia ou disputa entre as partes quanto à medida preventiva (cautelar).

Entretanto, era possível existir litígio no ínterim do próprio processo cautelar, mesmo que se passasse em âmbito que não se confundisse com o processo principal, sendo necessário o contraditório, definindo-se assim o litígio na sentença final.

Desta forma, tinha-se como exemplos de medidas cautelares contenciosas o sequestro, o arresto e a busca e apreensão, onde há bens envolvidos, e sempre que se discute pecúnia na esfera judicial, há litígio.

As medidas não-contenciosas também chamadas de administrativas, muito embora o fato de que o processo principal pressupunha litígio, não encontram a resistência do adversário. As vistorias *ad perpetuam rei memoriam*⁶, os depósitos espontâneos e a produção de provas antecipadamente eram exemplos clássicos de medidas não-contenciosas.

As medidas deviam ser classificadas sempre como não-satisfativas, posto que, legalmente considerava-se o pressuposto de existência de um processo principal para que

⁶ Vistorias *ad perpetuam rei memoriam* (para perpétua memória do fato; gravar a existência da situação antes que se modifique): determinação de vistoria do que for necessário (imóvel, móveis, locais), visando resguardar direitos; é uma forma de produzir provas, posto que, poderia ser considerada até mesmo uma modalidade da ação de cautelar de produção antecipada de provas.

fosse mantida a medida cautelar, conforme art. 806 do Código de Processo Civil de 1973, ou seja, não possuíam um fim em si mesmas, servindo-se ao processo principal, sendo que apenas este teria o caráter satisfativo.

Entretanto, sabe-se que na prática poderiam existir medidas cautelares que por si só já alcançariam o intuito almejado, como por exemplo a busca e apreensão e a exibição de documentos.

Diante de todo esse contexto, em razão de tratar-se de uma modalidade de processo atrelada a outra ação, vale ressaltar as características do procedimento cautelar e de suas medidas que tanto o diferenciavam e o tornavam tão único:

a) Dependência: o processo cautelar podia ser instaurado antes ou no ou no curso da ação principal, e desta sempre era dependente (art. 796 do Código de Processo Civil de 1973);

b) Instrumentalidade: a medida cautelar não se finalizava em si própria (eram exceções à regra as medidas cautelares satisfativas), pois apenas auxiliavam a ação principal. Deste modo, presumia-se que a ação principal seria proposta 30 dias após a ação cautelar (art. 806 do Código de Processo Civil de 1973) e a ação cautelar incidental pressupunha uma ação principal já em curso; era um instrumento que visava garantir algo colateralmente;

c) Urgência: a cautelar só se deveria ser ajuizada uma cautelar se houvesse algum risco de perigo que ameaçasse o resultado do pedido da ação principal;

d) Sumariedade da cognição: não havia análise aprofundada e detalhada das matérias que eram alegadas, apenas superficial;

e) Provisoriedade: a medida cautelar tinha seu tempo de duração limitado, não sendo definitiva, pois poderia ser concedida liminarmente em qualquer momento do processo cautelar ou do processo principal (nesse caso após cognição exauriente);

f) Revogabilidade: podiam (e ainda podem) ser revogadas a qualquer tempo. É efeito da provisoriedade;

g) Inexistência de coisa julgada material: tem caráter provisório, portanto não faz coisa julgada material, pois não se julga o mérito, faz-se coisa julgada formal apenas e isso significa que a providência definida na sentença pode ser alterada por outro processo (art. 807 do Código de Processo Civil de 1973);

h) Fungibilidade: consiste na faculdade que o juiz possuía de conceder à medida que lhe aparentasse mais conveniente para resguardar o direito do requerente, ainda que não fosse a medida solicitada;

i) Poder Geral de Cautela do Juiz: era facultado ao solicitante requerer qualquer medida assecurativa e acautelatória, ainda que não estivesse prevista na legislação. Tais providências eram chamadas medidas cautelares inominadas (art. 798 do Código de Processo Civil de 1973);

j) Medida liminar inaudita altera parte: a medida cautelar poderia ser outorgada pelo juiz sem que o réu fosse ouvido, quando constatasse que este pudesse torna-la ineficaz (art. 804 do Código de Processo Civil de 1973);

k) Contracautela: a parte solicitante da providência poderia ser compelida a oferecer caução real ou fidejussória, por ordem do juiz, como prevenção de que a outra parte fosse ressarcida por eventuais danos que a medida cautelar pudesse causar caso não fosse constatado, após seu deferimento e cumprimento, que não era merecedora de concessão;

L) Autonomia: em que pesasse sua instrumentalidade, acessoriedade e dependência, o processo cautelar possuía autonomia procedimental, visto tratar-se de um procedimento em separado, com peculiaridades próprias, onde o que ocorre em seu ínterim era de caráter particular de seu procedimento.

2.3 REQUISITOS DAS TUTELAS DE URGÊNCIA - CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

De tema bastante delicado ainda são os requisitos das tutelas de urgência, que por muita semelhança possuírem causavam confusão suficiente a ponto de acarretar equívocos severos em sua utilização prática, assim como os próprios institutos em si.

Sendo assim, vale tecer algumas considerações a respeito, inicialmente quanto à tutela antecipada, que possuía como requisitos obrigatórios cumulativos a prova inequívoca, verossimilhança de alegação e reversibilidade, e como pedidos alternativos o perigo de dano ou abuso de direito de defesa.

A expressão verossimilhança traduz a ideia de que a alegação deve conter atributo daquilo que parece intuitivamente verdadeiro, isto é, verossímil é aquilo a que é atribuído uma condição de aparência ou probabilidade de verdade.

Já a exigida prova inequívoca subentende-se pela prova que permitisse ao juiz perceber o quão concreto é o direito da parte, corroborando com o requisito acima.

A necessidade de caráter de reversibilidade deve ser entendida como condição de possibilidade de que fosse revertida a situação ou estado da coisa caso revogada a concessão liminar. Este requisito, por vezes não é encontrado denominado como requisito na doutrina, e sim como condição, entretanto vale dizer que, em sendo exigido, pode ser considerado requisito.

Estes requisitos acima citados encontravam-se no patamar de cumulativos, ou seja, todos deveriam estar presentes conjuntamente para que houvesse a concessão da tutela antecipada. Já os dois requisitos que abaixo seguem, tratavam-se de requisitos de caráter alternativo, ou seja, em existindo apenas um destes somados aos cumulativos acima postos seria suficiente para a concessão da antecipação de tutela.

Sendo assim, inicialmente, posta a petição de inauguração do processo, valer-se-ia do receio de dano irreparável ou de difícil reparação para fundamentar a necessidade de antecipação, que é compreendido como a mera possibilidade de ocorrência de dano. Este requisito poderia ser suscitado também posteriormente no decorrer do processo a qualquer momento.

Já o abuso de direito de defesa ou propósito protelatório do réu encontrava-se em momento posterior, posto que, só seria possível sua verificação posteriormente à apresentação de defesa por parte do demandado, em que pese é claro poder ser solicitado na petição inicial, mas sua verificação ocorreria quando do contraditório. Este requisito alternativo ocorria quando o réu utilizasse de defesa sem fundamentos, contestando por contestar, com intuito protelatório, apenas para exercer o direito do contraditório, ou apresentasse contestação com falta de nexo e compatibilidade lógica.

Em sequência, quanto à tutela cautelar cumpre destacar seus requisitos, que, em que pesem não se encontrarem devidamente positivados na lei processual civil de 1973 de forma específica, extrai-se do texto legal suas ideias, e doutrinariamente são desenvolvidos.

O *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito): traduz-se pela ideia de que a solicitação de caráter liminar deve conter indícios de que o solicitante possui direito ao que está pedindo. O nome peculiar desse requisito vem do ditado popular que diz que “onde há fumaça, há fogo”, ou seja, se existe fumaça/aparência de direito, provavelmente pode existir fogo/direito. Em outra colocação, o magistrado não estaria julgando se o solicitante tem direito em si (isso apenas ocorreria quando da sentença final, quando decidisse o processo principal), mas sim se ele parecia ter o direito que alegava em sentido acautelatório do direito que se discute em ação principal.

Outra forma de compreendê-lo é como um mínimo resquício de razão e aparência desta, para que o pedido possa ser deferido. Deveria existir a probabilidade ou possibilidade de existir o direito pugnado pelo autor da cautelar.

O *periculum in mora* (perigo na demora): traduz-se pela ideia de que se o magistrado não concedesse a liminar imediatamente, mais tarde seria tarde demais, ou seja, o direito da parte já teria sido danificado. A mora na prestação jurisdicional poderia causar o dano, sendo que apenas seria evitado através da concessão do pedido liminar.

Postos todos os requisitos acima contemplados, nota-se que podem ser facilmente confundidos, principalmente quando se está em pauta a aplicação da cautelar ou da tutela antecipada. O próprio conceito dessas tutelas, como já dito, vinha e ainda vem a confundir sua aplicação prática. Agora neste ponto, nota-se que também os requisitos possuem este caráter de ocasionar confusão, principalmente em razão de ser possível realizar uma comparação de similaridade entre os requisitos das duas tutelas de urgência.

Neste ponto, impende ressaltar que o *fumus boni iuris* era facilmente confundido com a ideia de verossimilhança ou prova inequívoca, e o *periculum in mora* era facilmente comparado ou confundido com o receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Entretanto, é essencial perceber que, a tutela antecipada antecipa o próprio mérito, ou seja, o próprio objeto da ação, aquilo que seria apenas deferido em sentença final e para isso teria que perpassar por todo o procedimento judicial, portanto, seus requisitos eram dotados de caráter mais exigentes do que os da tutela cautelar, que visava e ainda visa acautelar situação colateral ao direito que se discute, ao mérito da ação principal.

2.4 OUTRAS CONCEITUAÇÕES A SEREM CONSIDERADAS

Sabe-se bem que na seara jurídica as terminologias são de essencial importância para auxiliar na definição dos institutos de cada disciplina, e em se tratando de processo civil, é notória a necessidade de colocações quanto a esta questão.

Em se tratando de tutelas de urgência é essencial realizar a diferença entre temporário e provisório.

Aquilo que é temporário não é eterno, mas pode ser definitivo. Exemplo: pensão arbitrada até os vinte anos de idade. A decisão é definitiva e não pode ser revogada, mas é temporária, pois é devida apenas até que o alimentante complete vinte anos de idade.

A tutela judicial, portanto, pode ser definitiva e temporária, mas nunca definitiva e provisória ao mesmo tempo. Portanto, a diferença entre definitivo e provisório é a estabilidade, mas não a eternidade.

A medida cautelar, por exemplo, é definitiva ou provisória, mas sempre temporária.

Diferença entre Satisfativa e Cautelar: a Tutela satisfativa: está relacionada à antecipação do direito que se tutela. A Cautelar: visa o direito à segurança do direito material tutelado.

Neste ponto, é possível refletir quanto a uma necessidade de alteração de terminologia, principalmente em razão de que no Código de Processo Civil de 2015 a expressão tutela antecipada continua sendo usada. A reflexão se encontra revolve ao fato de ambas as tutelas de urgência, antecipada e cautelar, possuem o caráter antecipatório, posto que, destarte, a tutela antecipada poderia ser denominada como tutela satisfativa, em razão de satisfazer momentaneamente a pretensão.

3 BREVE CONSIDERAÇÃO HISTÓRICA

Anteriormente ao ano de 1994, como não era possível obter a tutela provisória satisfativa em situações genéricas, assim como é possível com a tutela cautelar, passou-se a requerer, de maneira distorcida, a tutela cautelar mas, com caráter satisfativo, solicitada em processo apartado cautelar mas para solicitar tutela satisfativa.

Isso gerou um problema, que era a duplicidade de ações, uma como cautelar e a outra como procedimento comum, mas com praticamente a mesma petição, explicando a situação.

Portanto, em 1994, o art. 273 do Código de Processo Civil de 1973 fora reescrito para prever uma tutela satisfativa provisória genérica visando solucionar esta situação. Portanto, em sede do Código de Processo Civil de 1973, tutela cautelar seria via art. 804, e tutela satisfativa via art. 273.

Isso gerou certa complicação prática formal, posto que existia muita discussão entre as duas situações quanto ao enquadramento de cada uma, sendo que eram indeferidos pedidos que eram solicitados com o enquadramento legal incorreto.

Portanto, oito anos depois fora acrescentado o parágrafo sétimo do art. 273 do Código de Processo Civil de 1973, incluindo a possibilidade da fungibilidade entre esses pedidos, viabilizando assim que, caso fosse requerida tutela antecipada com caráter cautelar o pedido poderia ser deferido, sendo que o contrário não foi viabilizado pela redação, tendo-se em vista que, em sendo os requisitos da tutela cautelar mais brandos para comprovação, não teriam força para viabilizar a tutela satisfativa.

O que o Código de 2015 fez foi unificar as modalidades e viabilizar ainda que sejam requeridas, seja cautelar ou satisfativa, valendo-se dos mesmos requisitos, mas havendo aspectos que as diferenciam em alguns pontos. Basicamente o regime técnico é o mesmo.

O que se pode notar deste contexto histórico é que, o novo código aparentemente vale-se da ideia da fungibilidade do parágrafo sétimo, demonstrando que é desnecessário o uso de um procedimento para a tutela cautelar em separado, pois este parágrafo acrescido viabilizou solicitar a tutela cautelar diretamente no ínterim do processo principal, sendo que, posteriormente, o processo cautelar fora assim extinto do novo código.

4 TUTELA ANTECIPADA EX OFFICIO NO CASO DE ABUSO DE DIREITO DE DEFESA

Vale considerar também, a título de desenvolvimento aprofundado da matéria, a possibilidade de concessão da tutela antecipada de ofício no caso de abuso de direito de defesa.

Quando o réu valia-se de defesa sem fundamentos, “contesta por contestar”, com intuito protelatório, apenas para exercer o direito do contraditório, falta de nexos e compatibilidade lógica, a tutela antecipada era passível de ser deferida caso somada aos demais requisitos cumulativos conforme já explanado no primeiro tópico.

Em que pese inexistente a possibilidade positivada no Código de Processo Civil de 1973 para concessão de ofício para o caso em tela, é possível encontrar algumas justificativas para sua viabilização, assim como é possível também encontrar argumentos contrários de peso.

Destarte, alguns argumentos a favor podem ser: existência de pedido fundamentado no inciso I; inexistência de pedido por falha técnica, mas através da petição inicial o magistrado nota os requisitos implícitos da tutela antecipada, e verifica a necessidade de concessão visando a garantia do direito da parte; o abuso de direito de defesa representaria uma analogia à revelia, viabilizando a concessão provisória; como consequência punitiva do ato procrastinatório, pois não haverá revelia como consequência;⁷

Em sequência, os argumentos contrários: falta de respaldo legal e evitar flagrantes desrespeitos às normas processuais; principalmente pelos magistrados⁸; princípio da inércia do poder judiciário; poder, dever e responsabilidade: proibição de haver uma decisão surpresa no processo, decorrência da garantia instituída pelo princípio constitucional do contraditório, de forma que deve o juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo⁹; objetividade do caput do art. 273¹⁰; instituto, não foi criado precisamente com o escopo de

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*, p. 81.

⁸ FORNACIARI JUNIOR, Clito. Réplica: Já seria hora de respeitar o texto da lei, p. 87.

⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*, p. 222-223 e 229

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, p. 889.

resolver a morosidade da justiça, mas para dividir o ônus da demora processual, de modo que beneficie o requerente caso esse lograsse êxito em demonstrar a probabilidade da existência do direito e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação ou, ainda, o abuso no exercício do direito de defesa.¹¹

Em sentido conclusivo, ressaltam Guilherme Francisco Seara Aranega e Rodrigo Valente Giublin Teixeira:

[...] uma visão mais refinada da aplicação do objeto em explanação, que é a conclusão que se defende através da presente análise, seria vetar a banalização de seu uso, destinando tal prática processual para casos de determinada especificidade ou extrema urgência, como, por exemplo, relacionados à saúde, questões médicas e cirúrgicas, perigo de morte, invalidez, direitos perecíveis, visto que, sua banalização pode gerar danos procedimentais de monta inestimável e, conseqüentemente, avarias relacionadas ao direito material.¹²

No Código de Processo Civil de 2015 a aplicação para concessão da tutela antecipada no caso de abuso de direito de defesa fora repaginada para uma nova modalidade de tutela provisória, qual seja, a tutela de evidência, conforme explana o subtítulo 4.1.

5 TUTELAS PROVISÓRIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

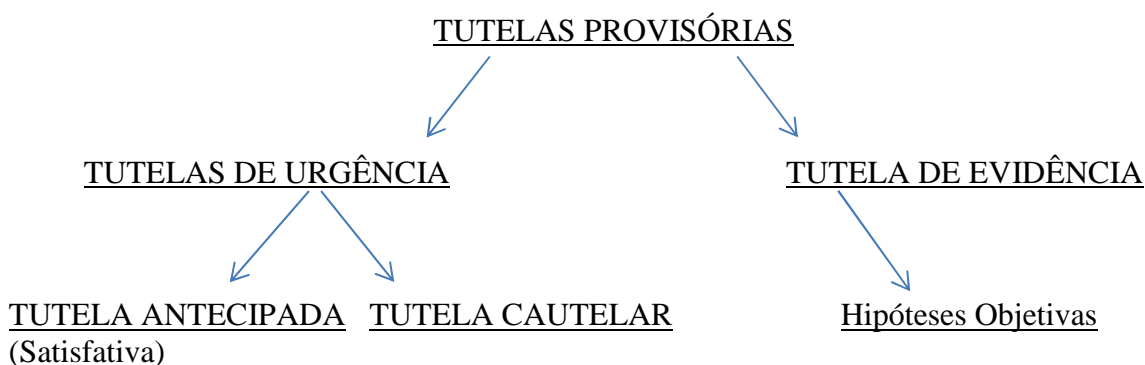
Inicialmente, algumas considerações podem ser necessárias a fim de facilitar a compreensão das modificações ocorridas quando da alteração legislativa em questão, como por exemplo, a inexistência da modalidade de processo cautelar na nova lei, ressaltar que foram mantidos alguns pontos técnicos, e outros unificados, como por exemplo, os requisitos

¹¹ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, p. 67-68.

¹² ARANEGA, Guilherme Francisco Seara; TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. A concessão da tutela antecipada ex officio no caso de abuso de direito de defesa. *Revista de Processo*. vol. 240/2015. p. 139-149. Fevereiro/2015.

das tutelas de urgência, e elencar a modificação do formato da classificação das tutelas em questão, que passaram em sentido de gênero a serem consideradas como tutelas provisórias, ramificando-se em duas espécies, quais sejam a tutela de evidência com suas hipóteses objetivas de aplicação, e as tutelas de urgência abarcando a tutela antecipada (satisfativa) e a tutela cautelar.

Para melhor visualização da estruturação classificatória, compõe-se o organograma abaixo com intuítos didáticos:



Desta forma, os institutos acima elencados, com o advento do novo código são considerados como tutelas provisórias.

5.2 PONTOS TÉCNICOS BÁSICOS RELEVANTES

Quanto às *tutelas de urgência* destacam-se alguns pontos conforme segue.

Quanto aos requisitos, estes são para ambas as tutelas, ou seja, tanto para a antecipada quanto para a cautelar serão utilizados os mesmos, que pela nova lei são taxados como probabilidade de direito e perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, que basicamente pode-se notar que exprimem a ideia dos requisitos positivados no Código de Processo Civil de 1973, entretanto, agora unificando-os entre ambas as tutelas de urgência, trazendo ainda expressões mais simplificadas e acessíveis.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Portanto, não são aplicadas mais as terminologias prova inequívoca, verossimilhança e conseqüentemente não se é mais necessário utilizar as terminologias *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Desta alteração, pode-se facilmente observar uma facilitação didática para compreensão dos requisitos.

Ainda como inovações das tutelas de urgência, nota-se a possibilidade de exigência de caução para tutela antecipada, que anteriormente era prerrogativa apenas das cautelares. E assim ocorre também com a possibilidade de justificação prévia, que com o advento da nova lei, ambas as tutelas podem ser concedidas liminarmente de forma sumária ou com audiência de justificação para assim serem concedidas em caráter liminar.

Em seqüência, cumpre traçar quanto à estruturação da utilização técnica e prática.

A tutela antecipada é dividida em duas, tutela antecipada antecedente e tutela antecipada incidental.

A chamada 'antecedente' é protocolada anteriormente ao processo principal e a incidental durante. Esta possibilidade é visualizada no código de 1973 apenas para as cautelares, entretanto, a diferenciação contida no Código de Processo Civil de 2015, está no fato de que inexistente um procedimento em apartado para tanto.

Para aplicação da tutela antecipada antecedente, protocola-se a inicial com cognição sumária apenas para analisar a tutela antecipada e em seqüência emenda-se esta mesma inicial com o conteúdo completo da ação no prazo de 15 dias.

Destarte, nota-se que de fato não se trata de um processo próprio apenas para análise da tutela antecipada. Obviamente que possui um ritual inovador a ser seguido contemplando só a análise inicial da tutela provisória em questão, entretanto, com a preferência legislativa por emenda à inicial para juntada do conteúdo integral da ação. Percebe-se que os autos são os

mesmos, com mesma numeração, havendo ainda apenas uma cobrança de custas processuais, e complementação posterior destas, caso necessário.

Quanto à tutela antecipada incidental, ressalta-se que esta, pela redação dada pela nova lei processual civil, pode ser realizada conjuntamente com a petição inicial ou durante o curso do processo, não possuindo custas, obviamente.

A *tutela cautelar* prosseguirá de maneira equivalente, com tutela cautelar antecedente e tutela cautelar incidental, e o procedimento será também similar.

Para tutela cautelar antecedente, ajuíza-se a petição exordial com cognição sumária apenas para analisar a tutela cautelar e emenda-se esta inicial com o conteúdo completo no prazo de 30 dias, onde se encontra a diferenciação quanto à tutela antecipada antecedente. Para a tutela cautelar incidental, esta poderá ser requerida conjuntamente com a petição inicial ou durante o curso do processo, também não possuindo custas processuais.

Portanto, percebe-se que dispensa-se o processo cautelar autônomo, e na tutela antecipada autoriza-se o pedido apenas em cognição sumária sem a juntada completa do conteúdo da ação pretendida como formas de inovação.

Quanto à *tutela de evidência*, esta, como o próprio nome já diz, relaciona-se com a própria evidência em si, ou seja, com o direito já evidente, não havendo os requisitos que envolvem a aparência do direito. Em outras palavras, haverá evidência quando o direito puder ser verificado de plano, e assim sendo, deferir-se-á a liminar.

Com estas características, entendeu por bem o legislador considerar suas possibilidades através de hipóteses objetivas de aplicação que se encontram taxativamente positivadas no código de 2015, sendo elas:

1ª hipótese: Se o juiz notar que há prática de abuso de direito de defesa ou conduta procrastinatória do réu, poderá conceder tal tutela.¹³

¹³ Nota: no Código de Processo Civil de 1973 encontrava-se no inciso II do art. 273, conforme tratado no tópico de número 3 do presente trabalho.

A concessão não precisa ser total. É possível o deferimento parcial dos pedidos, por exemplo, quando se solicita diversos pedidos cumulativos, mas apenas dois possibilitam a concessão da tutela de evidência, então conceder-se-á o que for possível, mas os demais pedidos serão analisados apenas na sentença. A decisão é recorrida através de agravo de instrumento conforme autorizado taxativamente pelo novo código processual.

2ª hipótese: quando o direito do autor puder ser comprovado apenas documentalmente (se precisar de mais alguma outra forma não se enquadrará nesta modalidade de tutela provisória); constar firmado incidente de resolução de demanda repetitiva ou súmula vinculante. Apenas estas duas últimas ferramentas poderão ser base para o deferimento; súmula convencional não se aplica, nem mesmo recurso especial repetitivo, recurso extraordinário repetitivo e recurso com repercussão geral.

3ª hipótese: condenação para restituição de bem dado em contrato de depósito. Ou seja, réu depositário, autor ajuíza ação, junta o contrato, prova que o réu está na posse do bem e solicita a restituição deste em caráter liminar.

Em que pese não ser o foco do presente trabalho, vale destacar a possibilidade de inconstitucionalidade das últimas duas hipóteses em razão das peculiaridades do caso poderem gerar necessidades de manifestação do réu, sendo que, a forma como colocada pelo novo código de processo civil estaria contrária ao princípio do contraditório e ampla defesa.

Ainda, com intuitos finalizadores da base do presente tema, é necessário ressaltar a diferença primordial entre tutela de urgência e tutela de evidência, pois são diferentes tutelas provisórias que através dos fundamentos que a autorizam se diferenciam.

A tutela de urgência se fundamenta em perigo. A tutela de evidência se fundamenta independentemente de urgência/perigo. Elas serão sempre satisfativas, e não cautelares.

Portanto, nota-se que, a cautelar essencialmente possui perigo em sua característica de concessão, mas as tutelas satisfativas podem ser consideradas com perigo (tutela antecipada) ou sem perigo (tutela de evidência).

5.3 OUTRAS DISPOSIÇÕES RELEVANTES

Neste ponto, cumpre destacar objetivamente outras alterações de relevância para o procedimento das tutelas provisórias que devem ser observados principalmente para a vida prática do operador do direito.

Parágrafo único do art. 297 do Código de Processo Civil de 2015: a efetivação da tutela provisória acompanhará as normas referentes ao cumprimento provisório de sentença. Portanto, a efetivação da tutela provisória se dá sob a responsabilidade objetiva do beneficiário da medida (equivalente à redação do art. 811 do Código de Processo Civil de 1973).

Omissão do art. 797 do Código de Processo Civil 1973: não existe mais disposição que autorize a concessão da tutela cautelar de ofício conforme autorizava antes o artigo supracitado, e tal ponto possui relação com a responsabilidade objetiva. No código de 2015 a cautelar deve ser sempre requerida pelas partes, e assim se estará assumindo o risco da responsabilidade objetiva sempre.

Art. 298 do Código de Processo Civil de 2015: as decisões relativas às tutelas provisórias devem ser fundamentadas e motivadas. É uma característica do novo código e coaduna com o que versa o art. 489¹⁴ deste. O conhecimento empírico por muitas vezes levou ao contato com decisões como: “concedo a medida provisória em razão de constarem presentes os requisitos.”, ou o contrário em sentido de indeferimento, sendo que isso não será mais possível com o advento da nova lei, obrigando específica e positivamente a fundamentação da concessão, o que com certeza demonstra um grande avanço legislativo.

¹⁴ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

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

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

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

A fungibilidade fora mantida, conforme se denota do parágrafo único do art. 305¹⁵ do novo código.

Ainda, quanto à tutela cautelar antecedente ou antecipada antecedente, em relação à análise do prazo de emenda à inicial, e considerando à citação do réu, foi possível suscitar relevante dúvida no seguinte sentido: se o réu é citado neste meio tempo, antes de emendada a inicial com o conteúdo completo, como poderia ele contestar a ação?

Desta forma a própria lei positiva a solução resolvendo o ponto a priori obscuro.

Para tutela antecipada antecedente ressalta-se que o réu será citado e intimado para audiência de conciliação ou mediação¹⁶, sendo que não havendo acordo o prazo de contestação se iniciará na forma do art. 335¹⁷ do novo código processual civil.

¹⁵ Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

¹⁶ 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:

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

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

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

¹⁷ Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:

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

II - do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso I;

III - prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos.

§ 1º No caso de litisconsórcio passivo, ocorrendo a hipótese do art. 334, § 6º, o termo inicial previsto no inciso II será, para cada um dos réus, a data de apresentação de seu respectivo pedido de cancelamento da audiência.

§ 2º Quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso II, havendo litisconsórcio passivo e o autor desistir da ação em relação a réu ainda não citado, o prazo para resposta correrá da data de intimação da decisão que homologar a desistência.

E assim também será realizado para a tutela cautelar antecedente, apenas considerando suas peculiaridades de prazo conforme já acima tratado e conforme artigos 306 e 308 da nova lei¹⁸.

CONCLUSÃO

O intuito de alterar a legislação deve sempre estar pautado de bom senso, boas intenções, evolução e acompanhamento das alterações e evoluções da sociedade. Este caso de alteração processual, ao menos no ínterim do assunto ora analisado, aparenta claramente encontrar-se com tais características.

O inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal Brasileira elenca que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Além do princípio do acesso à justiça, é possível também notar que essa prestação jurisdicional deve ser prestada de maneira efetiva, incidindo, desta forma, o princípio da efetividade da prestação jurisdicional.

Destarte, da análise posta quanto às tutelas de urgência, ou tutelas provisórias em geral como agora se encontram reclassificadas, denota-se que pode-se perceber facilmente que as inovações trazidas pela nova lei processual civil convergem com o caráter constitucional que obrigatoriamente devem possuir.

Além disso, é possível dizer que foi certo o legislador, em sentidos constitucionais, ao ponto de exprimir com as inovações técnicas a ideia dos princípios da economia e celeridade processual em razão da simplificação do procedimento das tutelas

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

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

§ 2o A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal.

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

§ 4o Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

provisórias, das terminologias, e da supressão de artigos, sendo ainda possível dizer que corrobora definitivamente com o alcance de uma maior efetividade do princípio do acesso à justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AASP. **Código de processo civil anotado** / OAB. São Paulo: OAB PR, atualizado em 14/1/2016.

ARANEGA, Guilherme Francisco Seara; TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. **A concessão da tutela antecipada ex officio no caso de abuso de direito de defesa.** *Revista de Processo*. vol. 240/2015. p. 139–149. Fevereiro/2015.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2.

MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação**. Curitiba: Juruá, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso de direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

RODOVALHO, Thiago. **Abuso de direito e direitos subjetivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas do Direito Processual Civil**. 27. ed. atual. Por Beatriz Amaral dos Santos Kohnen. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: execução**. Volume 2. 15ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAVASCKI, Teori. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.