**Universidade de Brasília - UnB**

Faculdade de Direito – FD

Teoria Geral do Processo 2

Professor Vallisney Oliveira

Aluna Fernanda Lago Monteiro– 14/0138986

**TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CPC**

**1. Introdução**

O objetivo da jurisdição no Estado Democrático de Direito é de prestar a tutela jurisdicional ao direito material em conflito. No entanto, fala-se em tutela não só como função da Justiça, mas também como uma técnica de que se serve o Poder Judiciário para realizar, nas situações litigiosas, a tutela adequada. Portanto, o termo "tutela" possui essas duas acepções. No presente trabalho, analisar-se-á a sua segunda acepção, de forma a comparar seu tratamento no antigo e no novo CPC e elucidar os critérios exigidos para a sua ocorrência.

A tutela provisória pode ser de urgência ou de evidência, conforme o art. 294 do NCPC. Essa distinção já existia no CPC de 73, contudo, não era explícita. Esses dois tipos de tutela possuem como traços comuns a sumariedade do procedimento e a provisoriedade da tutela. A sumariedade do processo civil pode ser substancial - as decisões revestem de autoridade de coisa julgada -, ou processual - simplifica o procedimento apenas para atender a uma emergência do caso concreto, sem, contudo, dar solução definitiva ao litígio. A sumariedade presente nas tutelas de urgência e evidência consiste nessa última modalidade. O outro traço em comum relaciona-se a essa primeira característica, uma vez que a provisoriedade significa que as tutelas não se revestem de caráter definitivo, pelo contrário, tem duração temporal limitada, conforme disposto no art. 296 do NCPC, sendo passíveis de revogação ou modificação a qualquer tempo, desde que fundamentadas.

Outro aspecto em comum entre as duas tutelas é a necessidade de serem requeridas pelas partes (NCPC, art. 299). Admite-se a iniciativa do juiz somente em situação de vulnerabilidade da parte e sério risco de comprometimento da efetividade de tutela jurisdicional. Ademais, são recorríveis por meio de agravo de instrumento (NCPC, 1.015, I). O novo CPC, outrossim, determinou um poder tutelar geral do juiz mais amplo do que o antigo poder geral de cautela, visto que se estende a todas as tutelas, de urgência ou de evidência, não se restringido apenas a hipóteses estabelecidas em lei. Evitou-se, até mesmo, o estabelecimento de medidas cautelares típicas, deixando a determinação de acordo com o caso concreto e suas peculiaridades.

As medidas provisórias, tanto de urgência como de evidência, são mandamentais, devem ser cumpridas, caso contrário, pode-se ter a utilização de medidas judiciais de coerção para efetivá-las. Esse caráter mandamental buscar garantir a máxima efetividade da prestação jurisdicional.

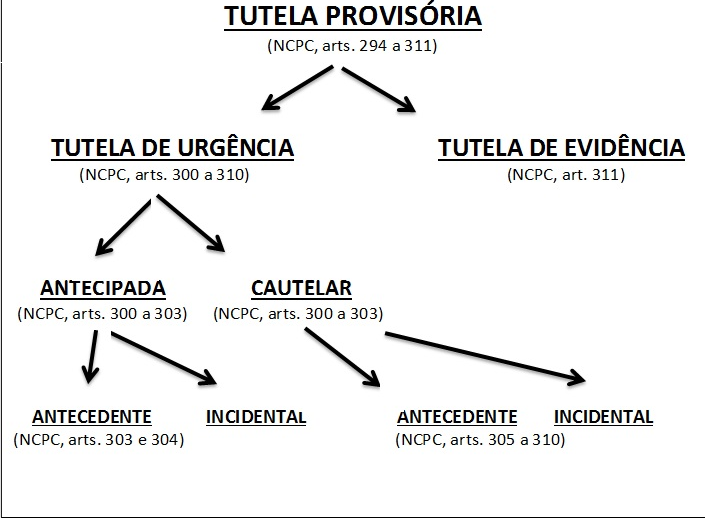
**2. Desenvolvimento**

**2.1 Tutela de urgência**

A tutela de urgência, com o novo CPC, subdivide-se em tutela cautelar (conservativa) e tutela antecipada (satisfativa). Ambas destinam-se a evitar eventuais danos decorrentes da demora na duração dos processos. O novo CPC confere o mesmo tratamento jurídico para as duas, possuem, destarte, os mesmos pressupostos e procedimentos. Já o CPC de 73 estabelecia regimes distintos a cada uma delas, cada uma com suas peculiaridades.

Essas duas podem ainda ser classificadas como antecedente ou incidental conforme o momento em que são deferidas. A tutela de caráter antecedente consiste naquelas que precedem o pedido principal, este somente é formulado após efetivada a tutela. Já a tutela incidente refere-se àquelas que surgem no curso do processo, como incidente das ações principais, podendo ser requeridas por simples petição nos autos. A competência para o deferimento da tutela será do juízo da causa ou, quando requerida em caráter antecedente, do juízo competente para o pedido principal (art. 299), podendo o juiz determinar medidas adequadas para a sua efetivação (art. 297).

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.



**(imagem 1)**

Uma grande modificação no novo CPC diz respeito à extinção da dualidade de regime processual. De acordo com o CPC de 1973, as medidas cautelares deviam ser objeto de ação apartada do processo principal - ação cautelar. Hoje tanto a tutela antecipada como a cautelar devem ser suscitadas no mesmo processo.

**2.2 Requisitos da tutela provisória de urgência**

As tutelas de urgência - cautelares e antecipadas - fundam-se nos mesmos requisitos: existência de um dano potencial (*periculum in mora*) e a probabilidade do direito substancial invocado (*fumus boni iuris*). "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."

O *periculum in mora* traduz a necessidade de demonstrar a possibilidade de ocorrer um dano grave e de difícil reparação em decorrência da demora da prestação tutela definitiva. Esse dano se ocorrido poderá prejudicar a efetividade da tutela jurisdicional demandada, devendo-se, assim, adotar as tutelas provisórias de urgência a fim de preservar o direito pleiteado de forma a garantir uma tutela jurisdicional plena e eficaz.

O outro requisito (*fumus boni iuris*) consiste na suposição de verossimilhança do direito pleiteado, ou seja, refere-se à efetiva possibilidade do direito existir no caso concreto. Portanto, não é necessário demonstrar a existência cabal do direito material, este só será comprovado e declarado ao final do processo, é suficiente apenas que ele seja possível.

**2.3 Distinções da tutela de urgência cautelar e antecipada**

Na vigência do antigo Código de Processo Civil, o objetivo da tutela de urgência antecipada era o de antecipar, conforme o próprio nome já expressa, o mérito da demanda. Seus requisitos eram: a verossimilhança das alegações, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Já a cautelar tinha como requistos o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, objetivando garantir a eficácia de uma demanda principal ainda a ser ajuizada. Conforme já exposto, o novo CPC estabeleceu o mesmo regime jurídico às duas tutelas, que passaram a ter os mesmos requisitos, já descritos no item anterior. As duas são agora espécie do gênero tutela provisória.

As tutelas de urgência cautelares têm caráter instrumental. Elas não recaem sobre o mérito em si, mas sim sobre os instrumentos que asseguram a efetividade do mérito e do processo, destina-se, portanto, a conservação da utilidade do processo. Quase sempre representam restrições de direito e imposição de deveres ao requerido. São exemplos o arresto e o sequestro.

Já as tutelas de urgências antecipadas garantem, de forma imediata, as vantagens de direito material para a qual se plateia a tutela definitiva, permite a fruição do direito material. Dessa forma, a cautelar, ao contrário da satisfativa, não traz satisfação direta, apenas cria condições para que ocorra essa satisfação, caso o pedido principal seja acolhido.

Com a adoção do mesmo regime, aumentou-se a dificuldade de elucidar as diferenças entre essas duas tutelas, passando a ser, para alguns, quase uma questão meramente nominal, principalmente devido à fungibilidade entre elas, uma vez que se houver escolha errônea da forma, não se anula o procedimento, o equívoco pode ser corrigido pelo juiz. Outra distinção entre elas é a possibilidade de estabilização da tutela satisfativa, de modo que não seja possível reformá-la, na ausência de recurso da parte contrária, o que não ocorre com a tutela conservativa.

**2.4 Medidas liminares**

Comumente confunde-se liminar com medida cautelar, contudo, essas duas não se identificam. Liminar é um provimento judicial emitido no limiar, isto é, no início do processo, antes de se realizar ou completar o contraditório. Os fundamentos para as liminares nem sempre são os mesmos de uma cautelar, elas podem fundar-se apenas na conveniência da tutela do direito evidente, sem exigir o pressuposto do periculum in mora. Em outras situações, exige-se a verossimilhança do direito da parte, não se contentando com a aparência de bom direito.

São múltiplos os motivos que a lei autoriza as liminares, elas, portanto, não se restringem às cautelares, podendo ter tanto cunho satisfativo como cautelar. As liminares podem também ser realizadas na tutela de evidência.

**2.5 Limites às tutelas**

O art. 300 §3º dispõe: ''A tutela de urgência, de natureza antecipada, não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão." Demonstra-se, destarte, a impossibilidade do *periculum in mora* ser evitado à custa do réu, este não pode ser obrigado a suportar o perigo. Deve-se, portanto, preservar o direito do réu de reverter o provimento, uma vez, que ao final, ele pode ser o vitorioso do julgamento da lide. Deve ser possível, assim, a restauração do *status quo*. Casa seja necessária, para o restabelecimento pleno, ação de indenização de perdas e danos, não se admite a adoção da tutela de urgência. Em casos excepcionais, porém, essa regra da reversibilidade não é observada, "se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador - entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência, esta última solução torna-se perfeitamente legítima.'' (DA SILVA, 1996)

Outrossim, é vedado o perigo de dano reverso, que consiste em transferir o *periculum in mora* do requerente para o requerido, que suporta risco igual ou maior, decorrente da providência emergencial adotada. A função da tutela é eliminar o perigo de dano, seja para o autor seja para o réu, afinal, é dever de o magistrado conferir tratamento igualitário às partes, não se permitindo, dessa forma, essa transferência.

A tutela de urgência ao operar-se quase sempre impõe restrições mais ou menos graves a direitos do promovido. O Estado defere essas limitações pressupondo que são necessários ao requerente, que aparentemente deve ter resultado favorável ao fim do processo. No entanto, nada há de definitivo, o requerente pode vir a perder a causa, a lei exige que o requerente assuma todo o risco gerado pela execução da tutela. É recorrente a afirmação de que "a tutela de urgência é sempre praticada por conta e risco do promovente''. O CPC, em consonância com o descrito, impõe ao requerente o dever de responder pelo prejuízo que a execução da tutela causar à parte diversa nos seguintes casos:

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 autor.

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

Portanto, conforme dispõe o parágrafo único supracitado, o prejudicado não precisa propor ação de indenização contra o requerente para obter a reparação de seu prejuízo, uma vez que a indenização, sempre que possível, já será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedia. Essa obrigação para se tornar exequível depende de ocorrência efetiva de prejuízo e a determinação do quantum líquido desse prejuízo. A responsabilidade civil, nesse caso, é puramente objetiva, não se questiona o dolo ou culpa do requerente, apenas se analisa o nexo causal entre a medida e o dano.

**2.6 Tutela de evidência**

A tutela de evidência diferencia-se da tutela de urgência, uma vez que não se funda na demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, mas sim no fato de se apoiar em comprovação suficiente do direito material da parte. É possível aferir a liquidez e certeza do direito material, reunindo, desde o estágio inicial do processo, elementos suficientes para o juízo de mérito em favor de uma das partes. Visa, portanto, a combater eventuais prejuízos pela demora do processo para a parte que comprovadamente reúne as melhores condições para ser a vencedora da causa.

A tutela de evidência pressupõe demanda principal já ajuizada, pois é por meio da pretensão já ajuizada, com todos os seus fundamentos e provas disponíveis, que se pode analisar a evidência do direito arguido. Essa medida pode ser requerida cumulativamente com o pedido principal na petição inicial ou poderá ser pleiteada posteriormente, ao longo do processo. Pode ser, portanto, deferida tanto em liminar como em decisão incidental. Não se pode, contudo, ser declarada de ofício pelo juiz.

A concessão em liminar (art. 311, parágrafo único) poderá ocorrer quando "as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante" e quando ''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". A liminar poderá ser obtida antes mesmo da citação do réu.

Já a concessão incidental (art.311, I e IV) ocorrerá quando "ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte" e quando "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".

Como já analisado, a tutela provisória tem como característica a provisoriedade, assim, a tutela de evidência, como espécie, mantém também essa qualidade. Não se confunde, destarte, a tutela de evidência com o julgamento antecipado do mérito. A tutela de evidência, muitas vezes, antecipa os efeitos da resolução da lide, mas o faz provisoriamente, por meio de decisão interlocutória, não põe fim, assim, ao procedimento cognitivo, que prossegue em busca de instrução adequada e da sentença final. Ao contrário, portanto, do julgamento antecipado da lide, que a resolve de forma definitiva, encerrando o processo.

A tutela de evidência, embora não se apoie no *periculum in mora*, seguem o mesmo procedimento cognitivo e executivo aplicável às medidas de urgência. Todas são resolvidas, destarte, por meio de decisão interlocutória, sujeitas a recurso de agravo de instrumento. Ademais, todas pertencem, segundo o novo CPC, ao gênero tutelas sumárias, cujo traço básico é a simplificação do procedimento em busca da maior efetividade dos provimentos, permitindo a imediata realização das decisões.

As medidas tutelares firmada na evidência podem ter caráter de medidas cautelares ou satisfativas, diferenciando-se destas apenas pelo fato de dispensarem o requisito do *periculum in mora*. Em geral, possuem caráter de satisfativa, uma vez que se protege diretamente a própria fruição do direito material e não a conservação do processo.

**2.7 Hipóteses de tutela de evidência**

A primeira hipótese de concessão da tutela de evidência, conforme o art. 311, inciso I do NCPC, ocorre quando ficar caracterizado o abuso do direito ou manifesto meramente protelatório de uma das partes. No entanto, essas hipóteses de dolo processual não são suficientes por si mesmas, é apenas um reforço da plausibilidade do direito. São necessários, ainda, elementos de convicção do direito. A defesa abusiva e procrastinatória atuam como um salto de verossimilhança para a certeza do direito, trata-se, porém, de uma presunção relativa, que pode ser desfeita por prova contrária.

O inciso II exige dois requisitos: que as alegações de fato possam ser comprovadas apenas documentalmente; e que os fundamentos de direito do pedido sejam apoiados em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Não se exige, contudo, que a prova seja irrefutável, visto que a tutela é prestada mediante apuração provisória do pedido, sendo sempre suscetível de alteração ou revogação. O segundo requisito retrata a valorização do novo CPC em relação ao precedente jurisprudencial. Portanto, o propósito desse inciso é de condicionar a concessão de tutela a um elevado grau de grau de certeza fática e de direito.

O inciso III destina-se à tutela de pretensão fundada em contrato de depósito. Substitui a medida liminar que antigamente se obtinha por meio de ação especial de depósito. Para essa tutela, é necessário prova documental adequada para comprovar a existência do contrato de depósito entre as partes. Haverá, a partir disso, a entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa. Assume, portanto, a feição de uma injunção ou de um mandado para que o objeto seja entregue imediatamente, sob pena de busca e apreensão. O autor, com isso, retoma a posse do objeto, mas em caráter provisório, uma vez que, como já analisado, a tutela tem caráter de provisoriedade, a ação, assim, prossegue até que a sentença de mérito seja pronunciada definitivamente.

Por fim, o inciso IV exige que a petição inicial seja instruída com prova documental suficiente que comprove o direito do autor, a que o réu não seja capaz de opor prova apta a gerar dúvida razoável. Assim, destina-se a tutela de interesses apenas do autor, que somente pode ser deferida em caráter incidental, depois de ouvida a defesa do réu, pois somente após ouvi-lo, o juiz poderá analisar se a documentação do autor foi enfraquecida ou até mesmo negada pela contraprova do demandado.

**3.0 Conclusão**

Observa-se, portanto, a suma importância da tutela sumária para a garantia da efetividade da prestação jurisdicional. Visam a combater os riscos de injustiças ou de dano, decorrentes de longa espera da solução judicial da lide. São provimentos imediatos que minimizam os inconvenientes derivados da duração do processo.

O novo CPC organiza as tutelas de uma forma mais clara e simples, uma vez que reúne todas no mesmo gênero de tutela provisória. Ademais, classificou a tutela cautelar e a antecipada como sendo de tutela de urgência, dando o mesmo tratamento jurídico a elas, submetendo-as aos mesmos requisitos e procedimentos, o que torna mais fácil a compreensão desses institutos. A cautelar, conforme visto, é limitada à conservação de bens ou direitos indispensável à boa e efetiva prestação final, isto é, a composição da lide. Já a antecipada antecipa provisoriamente resultados materiais do direito demandado em juízo.

Além da tutela de urgência, no mesmo gênero da tutela provisória, há a tutela de evidência, que não tem como objetivo propriamente afastar algum risco econômico ou jurídico decorrente da demora processual, mas sim combater a injustiça ao qual uma parte está submetida, visto que possui um direito material evidente, porém, é privada da usufruição deste, diante da resistência do adversário. Protegem-se, com isso, situações jurídicas substanciais reveladores de direitos subjetivos evidentes.

**4.0 Análise do livro utilizado para o trabalho**

O livro escolhido para esse trabalho é o "Curso de Direito Processual Civil" de Humberto Theodoro Júnior. O tema concernente à tutela provisória é tratado em seis capítulos distintos da obra, assim, o assunto é analisado em suas diversas nuances e com profundidade. Essa temática é abordada nos capítulos XV ao XX do livro, porém, concentro meu trabalho nos capítulos XV, XVI, XVIII e XIX.

Achei que o autor transmitiu esse complexo assunto de maneira fácil e compreensível, tornando a leitura bastante enriquecedora e proveitosa. Além disso, o autor traz diversos esquemas, o que contribuiu para esclarecer melhor ainda o tema. Os esquemas dizem respeito, sobretudo, às fases dos procedimentos e às classificações da tutela.

No entanto, o livro carece de exemplos, o que tornaria entendimento melhor. Ademais, diversas partes, há apenas a citação do artigo correspondente ao tema no CPC, sem maiores explicações acerca dele. Considero que o trabalho da doutrina é justamente explicar o que está positivado, fornecendo a melhor interpretação possível, assim, citar apenas o artigo não contribui para tornar o conhecimento mais fácil de ser apreendido.

No mais, achei bastante interessante a correlação que o autor fez com o antigo CPC, mostrando as mudanças de maneira bastante imparcial, não proferindo juízo de valor sobre essas alterações. Destarte, o leitor pode compreender de uma maneira que não seja induzido a tomar determinada posição.

**5.0 Referência bibliográfica**

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual** civil. 57.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.