

## Tutela antecipada e cautelares no CPC e no projeto de CPC

*Décio Luiz José Rodrigues<sup>1</sup>*

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

A tutela antecipada foi introduzida na ordem jurídica tendo como escopo a busca da solução mais justa e em prazo adequado e razoável para satisfazer a pretensão de quem vai a juízo litigar, sendo, o acesso à Justiça, norma inserta no rol do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (princípio da inafastabilidade da jurisdição).

Celeridade, eficácia e utilidade do processo, mesmo que temporária e provisoriamente, são os objetivos que foram levados em consideração na criação da tutela antecipada, sem os quais o acesso à Justiça seria inútil e, em última “ratio”, injusto.

Assim, a satisfação da pretensão da parte que somente ocorreria com a sentença final no processo passou a poder ocorrer desde o início do processo e/ou em qualquer fase dele e antes da sentença final, tornando a sua pretensão rápida, útil e eficaz e cada vez mais confirmando a instrumentalidade do processo a favor de quem se vale da Justiça.

Portanto, a tutela antecipada, na verdade, antecipa os efeitos da pretensão da parte e que seria somente concedida na sentença final transitada em julgado e, como toda decisão judicial, deve ser fundamentada, “*ex vi*” do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e do § 1º do artigo 273 do CPC.

Os requisitos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela são bem descritos no CPC, artigo 273, incisos e parágrafos, “*id est*”, a prova inequívoca do alegado e a verossimilhança (resumindo-se: probabilidade quase verdadeira, sem apresentar dúvidas, não bastando o mero “*fumus boni iuris*”, não precisando ser, a prova, só documental), ambas imbuídas em urgência (evitando-se o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, dano concreto, tudo a evitar o justificado receio de ineficácia do provimento final) ou evidência (esta com abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu ou pela existência de parte incontroversa da ação).

Neste último caso, “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”, o direito invocado no pedido é de ser evidente, sem vacilos, sem discussão em termos de matéria de direito, com prova “*prima facie*”, sem necessitar de produção de provas a respeito, não havendo a mera probabilidade de sua existência, e sim certeza.

E, em todos os casos, a irreversibilidade no provimento jurisdicional antecipado não pode existir, ou seja, tem que haver a possibilidade fática e material do juízo voltar atrás na sua decisão, com retorno da situação ao “*statu quo ante*” e sem prejuízo em desfavor da parte contrária, o que se afigura muito difícil de acontecer, “*ad exemplum*”, quando a tutela antecipada se referir a direitos da personalidade ou a direitos

---

<sup>1</sup> Mestre e doutorando em Direito do Estado. Professor Substituto da EPM. Pesquisador vinculado ao CEDAU.

materiais/patrimoniais envolvendo parte contrária sem condições financeiras de repor numerário que tenha sido utilizado/gasto.

Aliás, se reversibilidade do provimento jurisdicional não houvesse, não se estaria tratando mais de tutela antecipada, e sim de tutela definitiva.

Daí serem aplicáveis, na tutela antecipada, as normas da execução provisória previstas nos artigos 475-I, § 1º e 475-O, ambos do CPC e do processo de ação de obrigação de fazer, não fazer e de dar coisa diversa de dinheiro, previsto nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil, inclusive acarretando ao exequente a obrigação de reparação de danos causados a outra parte na hipótese de revogação da tutela antecipada concedida a seu favor.

Em qualquer caso, deverá o juiz ponderar, presentes os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e levando em conta os bens e valores jurídicos inerentes ao caso, no momento de decidir se concederá ou não a tutela antecipada “**versus**” a irreversibilidade, sob pena de injustiças a favor de quem a antecipação da tutela, se não deferida, não mais será útil.

Já na tutela cautelar “**stricto sensu**”, o “**fumus boni iuris**”, aliado ao “**periculum in mora**”, não exige prova inequívoca, e sim plausibilidade da situação objeto da demanda cautelar.

Ainda, no CPC vigente, o processo cautelar está regulamentado em livro próprio, com um procedimento, digamos, geral (cautelares inominadas) e com cautelares específicas e com procedimentos próprios, podendo ser, a medida cautelar, incidental (proposta nos autos de um processo já em andamento) ou preparatória (ajuizada antes da existência de um processo principal e que assegura o resultado útil do processo principal que existirá no futuro obrigatoriamente).

Todavia, sempre a acessoriedade do processo cautelar mostra-se evidente, pois, na tutela antecipada, antecipa-se o próprio “**meritum causae**”, o mérito da própria demanda ajuizada, sem acessoriedade alguma a ser considerada.

Alcança-se, pois, na tutela antecipada, antes da sentença, o que somente se obtém com a prolação da sentença.

Outrossim, na dúvida entre pedido de natureza cautelar ou de tutela antecipada, o artigo 273, § 7º, do CPC, acrescentado pela Lei nº 10.444/02, veio consagrar a fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipada à medida que permitiu o deferimento de tutela cautelar em processo não cautelar, “**id est**”, em havendo erro no pedido, o Juiz poderá aceitar a cautelar no bojo de ação que envolva processo não cautelar, caso em que seria correto o pedido de tutela antecipada.

E a mudança veio a beneficiar a própria instrumentalidade e eficácia do processo, presente também o princípio da economia processual.

### **A tutela antecipada e o processo cautelar no Projeto do novo CPC**

O Projeto de Lei do novo CPC regulamenta a matéria no Livro V – Da Tutela Provisória – nos artigos 292 e seguintes do Texto Consolidado aprovado, deixando de existir o livro sobre processo cautelar especificamente e sem previsão de procedimentos cautelares nominados, mantido o Poder Geral de Cautela do Juiz e a execução das tutelas provisórias obedece às normas de cumprimento provisório (execução provisória) da sentença.

O Texto Consolidado trata, conjuntamente, a tutela cautelar e a antecipada como tutelas de urgência juntamente com a tutela de evidência, ambas (tutelas de urgência e de evidência) como espécies do gênero “tutelas provisórias”, podendo ser a tutela provisória revogada ou modificada a qualquer tempo e manterá sua eficácia durante a suspensão do processo, exceto ordem em contrário do Juiz do feito.

Há dois tipos de procedimentos para as **tutelas provisórias**, a saber: **o das medidas requeridas em caráter antecedente** (parecidas com as cautelares preparatórias, com citação do réu para contestar em cinco dias e com efeitos da revelia, seguindo-se o procedimento comum do novo CPC no caso de ter havido apresentação de contestação, com necessidade de ajuizamento da demanda principal em trinta dias, podendo o pedido principal ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar, com realização obrigatória de audiência de conciliação ou de mediação (autocomposição) com a presença dos advogados das partes ou destas pessoalmente e com cessação da eficácia da tutela concedida em caráter antecedente nas hipóteses de o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal referido; não for efetivada dentro de trinta dias e se o Juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito) e **o das medidas requeridas em caráter incidental**.

Como requisitos à concessão da tutela de urgência temos: elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, podendo haver exigência de caução real ou fidejussória e dispensa desta, se a parte não tiver condições de a oferecer.

A tutela de urgência (cautelar) continua podendo ser concedida liminarmente ou após justificação prévia e não pode ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, “*id est*”, sempre tem que haver a possibilidade de se voltar ao “*statu quo ante*” na hipótese de revogação da medida concedida como tutela de urgência.

Embora abolidas as cautelares nominadas, a tutela de urgência pode ser efetivada, “*ad exemplum*” e desde que preenchidos os requisitos legais, mediante as antigas cautelares nominadas de arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.

Passou a ser possível o pedido tão somente de tutela antecipada (esta quando houver perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, caso se espere o resultado final do processo) imbuída em autonomia, maior força e estabilidade, pois, se requerida tão somente e concedida a tutela antecipada, o autor deverá aditar a petição inicial em quinze dias ou em outro prazo concedido pelo Juiz, complementando o seu pedido e, se o autor não aditar a inicial, o feito será extinto sem resolução do mérito e, ainda, quando o requerido, após a efetivação integral da tutela antecipada, não recorrer da concessão dela, também o processo será extinto, mantendo-se a eficácia da tutela antecipada.

Portanto, são casos de autonomia e estabilidade da tutela antecipada e que terá força de coisa julgada material na hipótese de a parte contrária não pretender a revisão, reforma ou invalidação dela, por ação própria e no prazo de dois anos contados da ciência da decisão que extinguiu o processo porque a parte contrária não recorreu da concessão da tutela antecipada requerida em caráter autônomo.

Como **tutela da evidência** podemos entender que se trata de uma tutela antecipada sem se basear em urgência, mas sim na evidência do direito invocado pelas partes, não havendo a necessidade de demonstrar perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

Deve-se demonstrar, sim, para o seu deferimento a caracterização: **1** – do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; **2** – que as alegações de fato podem ser comprovadas apenas documentalmente e que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (caso em que o Juiz poderá decidir liminarmente); **3** – que se trata 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 (caso em que o Juiz poderá decidir liminarmente); **4** – que a petição inicial foi instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não opôs prova capaz de gerar dúvida razoável.

Como somente nas hipóteses dos números 2 e 3 o Juiz poderá decidir liminarmente quanto à tutela antecipada (tutela da evidência), entendemos que, **“a contrario sensu”**, para o Juiz conceder a tutela antecipada nos casos dos números 1 e 4 deverá, antes, ouvir a parte contrária.

Assim, a tutela da evidência do novo CPC pode ser considerada a tutela antecipada do atual CPC mais detalhada e especificada, sem necessidade de se fundar na urgência.

### Conclusão

O Texto Consolidado do novo CPC, então, extinguiu o processo cautelar, mantendo a tutela antecipada de outra maneira, tratando a matéria **“in totum”** como tutelas provisórias, entre estas as tutelas de urgência (satisfativas ou assecuratórias, antecedentes ou incidentais) e as da evidência (espécie de tutela antecipada).

Em qualquer caso, já que mantido o Poder Geral de Cautela do Juiz, entendemos possível a concessão de medida de urgência pelo Juiz, mesmo que **“ex officio”**, desde que presentes os requisitos do **“fumus boni iuris”** e do **“periculum in mora”**.