

10

AS MEDIDAS DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (URGENCY MEASURES IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE)

Newton Teixeira Carvalho¹

RESUMO

O novo Código de Processo Civil trata da tutela provisória de urgência ou de evidência. As tutelas provisórias de urgência são as medidas cautelares e as antecipações de tutelas. As de evidência têm por escopo evitar abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, quando o direito da outra parte já estiver cabalmente demonstrado. Não há mais um processo cautelar autônomo. As medidas cautelares, requeridas em caráter antecedente, nos próprios autos em que será ofertada a ação principal, é a antiga ação cautelar. Assim e no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da efetivação da medida deferida, o autor, nestes mesmos autos em que requerida a medida cautelar, entrará com a petição da ação principal, sem recolhimento de novas custas. Não sendo caso de requerimento de medida cautelar antecedente, no curso do processo principal, se necessário, poderá, por petição também a ser entranhada nos autos da ação em andamento, ser requerida tutela cautelar. Com relação à tutela antecipada, o advogado poderá

¹ Especializado em Direito de Empresa pela Fundação Dom Cabral. Mestre em Direito Processual Civil. Doutorando pela PUC/RJ. Desembargador da 13ª Câmara Cível do TJMG. Professor de Direito das Famílias da Escola Superior Dom Helder Câmara. Membro do IBDFAM.

limitar-se, na inicial, ao requerimento desta tutela, hipótese em que, se deferida e se o réu não a contestar, tornar-se estável, levando à extinção do processo. Para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, deverá ser ofertada ação própria. Entretanto e para evitar esta possível estabilização, necessário ajuizar ação principal e, na petição inicial dessa ação, requerer antecipação de tutela, como um capítulo daquela peça.

Palavras-chave: tutela provisória de urgência e evidência; medidas cautelares; antecipação de tutela; estabilização.

ABSTRACT

The new Civil Procedure Code refers to the temporary guardianship of urgency or evidence. The temporary guardianships of urgency are the protective measures and the anticipations of guardianships. The one of evidence has for scope to avoid abuse of defense rights or to manifest the procrastinating purpose. There is not a autonomous protective procedure. The protective measures, required in a antecedent character is the previous protective action. Thus, within thirty days, starting of the effectuation of the issued measure, the author, in the same judicial process which it was required the protective measure. If it is not the case of an application of a antecedent protective measure, during the main process, if it is necessary, it would be possible, by petition to be embedded in the judicial process in progress, to be required in the protective guardianship. Regarding the anticipated guardianship, the lawyer could be limited to the application of this guardianship, hypothesis in which, if issued and if the defendant does not contest, will become stable resulting in the process extinction. To review, reform or invalidate the stabilized anticipated guardianship, it should be offered a proper action. However, to avoid this possible stabilization, it is necessary to open the process with a main action and, in the initial petition of this action, to require the anticipation of the guardianship, as a chapter of this process.

Keywords: temporary guardianship of urgency and evidence; protective measures; anticipation of guardianship; stabilization.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Disposições gerais às tutelas antecipadas e cautelares. 3. Da tutela de urgência. 4. Do procedimento da tutela

antecipada requerida em caráter antecedente. **5.** Da estabilização da tutela antecipada. **6.** Da tutela de evidência. **7.** Do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente. **8.** Conclusão. **9.** Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

No direito das famílias, a compreensão sobre as tutelas de urgência, cautelar ou antecipada no novo Código de Processo Civil será de suma importância, uma vez que para evitar prejuízos a um dos cônjuges ou companheiro, bem como agressões físicas ou até morte, o manejo rápido e correto, principalmente das medidas cautelares, é necessário e também contribuirá para possível acordo na ação principal porque diminuiu, sobremaneira, as chances de prejuízos de um cônjuge com relação ao outro, além de encurtar o tempo do processo.

Exemplifica o dito no parágrafo anterior possível cautelar de separação de corpos, com a retirada do companheiro agressor do lar c/c de arrolamento de bens c/c bloqueio de 50% de saldo credor existente em conta bancária ou aplicação financeira c/c pedido de proibição de venda de bens imóveis c/c com alimentos provisionais ou provisórios em favor do companheiro necessitado e/ou dos filhos, quando se tratar especialmente de dissolução de união estável, já que, nesta convivência, não há modificação de estado civil. Assim, o homem, solteiro, por exemplo, que vive em união estável, poderá dilapidar todo o patrimônio adquirido durante essa convivência e que, por conseguinte, pertence, salvo documento escrito dispensando a comunicabilidade, aos conviventes, meio a meio, caso não requeridas tais medidas cautelares, aqui exemplificadas, dentre outras, que podem ser cumuladas.

Veremos que o NCPC simplificou principalmente as tutelas cautelares, ao acabar com a exigência de que tal postulação se concretizasse em autos apartados, antes ou durante a tramitação da ação principal e, com relação à antecipação de tutela, em permitir, se do interesse da parte e caso não haja recurso de agravo de instrumento por parte do réu, que a mesma se estabilize, ou seja, mantenha-se por si só, desde que o advogado redija petição inicial, requerendo apenas a antecipação da tutela e, depois, adite a inicial, incluindo os demais dados exigidos pelo artigo 319 do NCPC.

2. DISPOSIÇÕES GERAIS ÀS TUTELAS ANTECIPADAS E CAUTELARES

O NCPC trata da tutela provisória nos artigos 294 a 311, esclarecendo, no artigo 294, que a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. E, no parágrafo único deste aludido artigo, deixa expresso que a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. Porventura requerida a tutela provisória em caráter incidental, não há que se falar em pagamento de custas (art. 295).

Nota-se que, embora não exista mais um livro próprio para o processo cautelar, a tutela de urgência cautelar no Novo Código de Processo Civil será pleiteada nos próprios autos da ação principal, com racionalização de serviços, com economia de custas e com diminuição do número de ações já que não mais haverá o processo cautelar em apenso.

Assim e conforme doutrina Marinoni:

O novo Código não está organizado do ponto de vista estrutural como o Código Buzaid – no que agora interessa, não prevê um processo cautelar, isto é, um processo destinado a prestar tão somente tutela cautelar (ou, pelo menos, tutela tida como cautelar). No novo Código, o procedimento comum e os procedimentos diferenciados podem viabilizar tanto a prestação de tutela satisfativa como de tutela cautelar de maneira antecedente ou incidental (art. 94, parágrafo único, CPC).²

A respeito do tema posto, destacamos o enunciado nº 28 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Tutela antecipada é uma técnica de julgamento que serve para adiantar efeitos de qualquer tipo de provimento, de natureza cautelar ou satisfativa, de conhecimento ou executiva.”³

² MARINONI, Luiz Guilherme. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 306.

³ *Apud* NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105/2015: referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente

A tutela provisória, neste novo Código, conserva sua eficácia na pendência do processo. Porém, pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo. E, no caso de suspensão do processo, a tutela provisória também conservará a eficácia, salvo decisão judicial em contrário (art. 296).

Pelo enunciado nº 140 do FPPC: “A decisão que julga improcedente o pedido final gera a perda de eficácia da tutela antecipada.”⁴

Deferida a tutela provisória, o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para que a decisão seja efetivada, aplicando, para tanto, as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença (arts. 520 a 522), no que couber, conforme determinação do artigo 297 e respectivo parágrafo único.

Das decisões, deferindo ou indeferindo tutelas provisórias, o recurso cabível a ser ofertado no prazo de 15 (quinze) dias úteis (art. 1.003, § 5º), será o de agravo de instrumento, conforme prevê o art. 1.015, I, do NCPC.

Ressalte-se que são comuns decisões pré-fabricadas ou padronizadas, com relação ao deferimento ou não da tutela provisória, de maneira que uma única decisão serve para inúmeros outros indeferimentos ou deferimentos de tutela antecipada. O NCPC proíbe essa prática viciada. Também não basta, no NCPC, como acontece atualmente com frequência, o juiz dizer que está indeferindo a tutela provisória, já que ausentes estão os requisitos legais para tanto. O art. 298 c/c o art. 489, § 1º, incisos I, II e III do NCPC não permite mais tais praxes equivocadas, verdadeira burla à necessidade de motivações das decisões judiciais, exigência constitucional (art. 93, inciso IX, CF/88).

Com efeito, determina o art. 298 do NCPC que na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso. Por sua vez, o

de Processualistas Civis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 145.

⁴ *Apud* NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105/2015: referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 146.

art. 489, § 1º, dá exemplo do que não é decisão, sentença ou acórdão não fundamentado, ou seja, os que se limitarem à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida (art. 489, § 1º, inciso I); os que empregarem conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (art. 489, § 1º, inciso II); os que invocarem motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (art. 489, § 1º, inciso III); os que não enfrentarem todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (art. 489, § 1º, inciso IV); os que se limitarem a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, § 1º, inciso V); os que deixarem de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, § 1º, inciso VI).

Nota-se, portanto, que o NCPC está determinando que as decisões sejam realmente fundamentadas e que cada caso seja analisado em sua individualidade, com observância dos fatos e sua adequação à legislação. Enfim, o NCPC exige respeito aos advogados e aos jurisdicionados que têm o direito de saber por qual razão o juiz chegou a determinada conclusão, deferindo ou indeferindo a tutela cautelar ou antecipatória.

Com relação à competência para a postulação da tutela provisória não houve nenhuma novidade. O artigo 299 determina que será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal. O parágrafo único deste mesmo artigo afirma que, 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. Para a ação rescisória, portanto, o relator desta ação é que deferirá tutela provisória e, se ofertado recurso de apelação, também será o relator o competente, mesmo que os autos ainda não tenham chegado ao Tribunal.

3. DA TUTELA DE URGÊNCIA

O art. 300 afirma que 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. E, para concedê-la, o § 1º do art. 300, permite ao juiz, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea (contracautela) para fins de ressarcimento de danos que a outra parte possa vir a sofrer. Evidentemente que tal caução poderá ser dispensada, em se tratando de parte economicamente hipossuficiente que, por conseguinte, não tem condições de oferecê-la.

O § 3º do art. 300 determina, repetindo o art. 273, § 2º, do Código de 1973, que a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Pelo enunciado nº 419 do FPPC: “Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis”,⁵ principalmente, acrescentamos, no direito das famílias, em razão de sérios fatos que podem comprometer integralmente o processo principal, caso medidas urgentes não sejam tomadas de imediato, independentemente de serem ou não irreversíveis.

O § 2º do art. 300, permite que a tutela de urgência seja concedida liminarmente após justificção prévia. Assim, seja tutela de urgência antecipada ou cautelar, faltando os requisitos do art. 300, *caput*, em vez do indeferimento liminar, necessário, primeiro, que haja audiência para comprovação do alegado, que poderá se realizar sem a oitiva da parte contrária, para que não se perca a eficácia da medida. No Código de 73, a audiência de justificção prévia existia apenas quando se tratava de medida cautelar. Para a antecipação de tutela, esta audiência não era prevista, não obstante nada impedisse que o juiz a realizasse.

Ressaltamos que, principalmente no direito das famílias, não é correto afirmar que não se pode deferir antecipação de tutela ou medida cautelar sem oitiva da parte contrária, ao argumento de que o contraditório estaria desrespeitado. Ora, se há agressão, se existe ameaça de morte, se o pai está praticando atos graves contra o filho, dentre vários outros casos urgentíssimos que acontecem nas Varas das Famílias, o juiz, após ouvir a parte autora e as testemunhas, poderá

⁵ *Apud* NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105/2015: referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 148.

conceder, *inaudita altera pars*, a medida de urgência. O contraditório não pode ser sacralizado, como querem alguns teóricos do direito. Depois, e como princípio, o contraditório também deve ser ponderado frente ao caso concreto.

Ademais e apesar de o artigo 9º do NCPC proibir a prolação de decisões surpresas, nota-se que uma das exceções a tal exigência está prevista no inciso I, deste mesmo artigo, ou seja, quando se tratar de tutela provisória de urgência.

Ressalte-se que o art. 301 encampou tanto as cautelares nominadas como as inominadas em um só artigo, que é apenas exemplificativo, ao determinar que “a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”.

Pelo enunciado nº 31 do FPPC: “O poder geral de cautela está mantido no CPC”.⁶

E o artigo 302 prevê os casos que permitem reparação de danos causados pela efetivação da tutela de urgência, no caso de a sentença não acolher a pretensão do requerente, bem como de não haver a citação do requerido, no prazo de 05 (cinco) dias, a partir do deferimento da liminar, se o requerente não fornecer os meios necessários, bem como no caso de ocorrer a cessação da eficácia da medida ou o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Tais prejuízos, que são independentes da reparação por dano processual, serão liquidados nos autos em que concedida a medida, sempre que possível. Não o sendo, poderão ser discutidos em ação própria.

Estabelecidas as disposições gerais às tutelas de urgência, cautelar ou antecipada, o NCPC, nos artigos 303 e 304, dita o procedimento da tutela antecipada, requerida em caráter antecedente, e traz grandes modificações, que serão analisadas abaixo.

⁶ *Apud* NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105/2015: referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 148.

4. DO PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

O art. 303 efetivamente determina que, 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.

Portanto, a escolha em assim proceder é do advogado da parte. E, no direito das famílias, não é conveniente que o advogado assim o faça, eis que, conforme será analisado abaixo, a estabilização apenas da tutela geralmente não é o suficiente porque não dissolverá o vínculo matrimonial ou de união estável, hetero ou isoafetiva, por exemplo. Assim, a inicial, no direito das famílias, deverá ser redigida e a tutela antecipada será, como é feito atualmente, um capítulo desta peça.

Dessa forma, o art. 303 permite que o advogado requeira, inicialmente, apenas a tutela de urgência, sem preocupar-se com a ação principal, se para o causídico for suficiente apenas a antecipação de tutela. Os requisitos da petição inicial são os previstos no art. 303, na hipótese de haver apenas requerimento de tutela antecipada, acrescido dos dispostos nos §§4º e 5º, do art. 303, ou seja, na petição inicial o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final e que pretende valer-se do benefício previsto no *caput* do artigo 303, ou seja, de inicialmente requerer apenas a tutela antecipada.

Optando o advogado pela observância do *caput* do art. 303, ou seja, limitando-se ao requerimento de tutela antecipada, se concedida, o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de 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. Neste caso, ao aditar a inicial, nos mesmos autos e sem incidência de novas custas (§ 4º, do art. 303), agora sim o advogado observará os requisitos daquela peça, ditados pelo art. 319. Em seguida, estando perfeita a petição, o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma preconizada pelo artigo 334. Ressalte-se que, nas ações de família, de procedimento especial, não é permitida a opção do autor pela não realização de

conciliação ou de mediação. Não existindo composição, o prazo para contestação será o ditado pelo art. 335.

Não sendo caso de concessão de tutela antecipada e o autor tenha optado pelo disposto no *caput* do art. 303, ou seja, limitou-se apenas ao requerimento da tutela antecipada, ao indeferir a antecipação, o juiz determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de extinção do processo, sem resolução de mérito.

Nota-se, portanto, que há duas hipóteses diferentes para o aditamento da inicial. A primeira, no caso de deferimento da tutela, hipótese em que se aplica o § 1º, do artigo 303, ou seja, o autor terá o prazo de 15 dias ou outro maior, a ser fixado pelo juiz, para aditar a peça vestibular. A segunda, no caso de indeferimento da tutela, com aplicação do disposto no § 6º, do art. 303, o autor terá o prazo de até 05 dias para aditamento daquela peça.

No caso de extinção dos autos do processo, por falta de emenda da inicial, nada impede que o autor ajuíze ação principal e requeira a tutela provisória, em caráter incidental.

5. DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

O art. 304 traz também outra novidade, que exige do advogado reflexão sobre a conveniência ou não da utilização do disposto no *caput* do art. 303, ou seja, de limitar-se a petição inicial ao requerimento da tutela antecipada. É que a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto agravo de instrumento (art. 1015, I), hipótese em que os autos serão extintos. Dessa forma, se para o autor a antecipação de tutela for suficiente, basta utilizar-se da permissão do art. 303 do NCPC, ou seja, limitar-se a petição inicial ao requerimento de tutela antecipada e esperar para verificar se o réu recorrerá ou não da decisão. Não havendo recurso, os autos serão extintos, em razão da estabilização da tutela.

Nota-se que a estabilização da tutela antecipada ocorre somente para os casos em que ela for requerida em caráter antecedente, ou seja, preparatória e deve ser concedida integralmente. Por outro lado, para que não ocorra a estabilização, necessário é que o réu sempre oferte

agravo de instrumento, o que acaba motivando o manejo deste recurso ou do agravo interno, se a tutela antecipada antecedente for de competência originária do Tribunal (art. 1.021).

Pelo enunciado nº 420 do FPPC: “Não cabe estabilização de tutela cautelar.”⁷ A estabilização, portanto, é com relação apenas à antecipação de tutela.

Ressalte-se que se ao autor não interessar apenas a estabilização da tutela, seu advogado não deverá se socorrer do disposto no *caput* art. 303, ou seja, já deverá trazer a inicial da ação principal pronta e pleitear, conjuntamente, a antecipação de tutela. Nesta hipótese, não há que se falar em aplicação do disposto no art. 304 do NCPC, ou seja, não há estabilização da tutela antecipada.

Mais uma vez ressalta-se a responsabilidade do advogado na escolha do disposto no art. 303 do NCPC, qual seja deixar para depois do deferimento ou não da tutela antecipada o aditamento da inicial, pois na ausência de recurso do réu, a tutela antecipada se estabiliza com a extinção do processo e aí surgem outros desdobramentos.

De acordo com o que dispõe o § 2º do art. 304, qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada deferida nos termos do *caput* do art. 303. Evidentemente que a tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º, conforme determina o § 3º do art. 304. Esta ação poderá ser rotulada, por exemplo, de “ação de modificação de tutela de urgência”.

E pelos §§ 4º e 5º do art. 304 qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da “ação de modificação de tutela de urgência”, referida no § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida. Mas, o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada

⁷ *Apud* NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105/2015: referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 151.

extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo. O prazo, portanto, é decadencial.

Ressaltamos que o § 6º, do art. 304, deixa expresso que a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a rever, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, no termos do § 2º do art. 304. Assim, ultrapassados os dois anos sem a propositura da “ação de modificação de tutela de urgência”, penso que, a partir daí, é correto falar-se sim em coisa julgada. Entretanto, não cabe ação rescisória, em razão da caducidade do direito, justamente pela ausência de oferta da ação, no prazo de 02 (dois) anos.

6. DA TUTELA DE EVIDÊNCIA

Trata-se da tutela de urgência despida da necessidade de demonstração do *periculum in mora*, desde que presente umas das hipóteses previstas nos quatro incisos do art. 311. E o parágrafo único deste aludido artigo permite a decisão liminar, *inaudita altera pars*, nos seguintes casos: inciso II: se as alegações de fato puderem ser comprovadas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; inciso 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. É mais uma das exceções ao disposto no art. 9º, que veda decisões surpresas.

Assim e nas demais hipóteses previstas no inciso I, ou seja, ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte ou se, no caso do inciso 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, para concessão da tutela da evidência necessária será, primeiro, a oitiva da parte contra quem será proferida.

Conforme doutrina Marinoni quando fala sobre a tutela de evidência:

O legislador procurou caracterizar a evidência do direito postulado em juízo capaz de justificar a prestação da ‘tutela provisória’ a partir das quatro situações arroladas no art. 311, CPC. O denominador comum capaz de amalgamá-las é a noção de

defesa inconsistente. A tutela pode ser antecipada porque a defesa articulada pelo réu é inconsistente ou provavelmente o será. A tutela de evidência é fundada em cognição sumária e sua decisão não é suscetível de coisa julgada.⁸

Sobre a tutela de evidência destacamos, ainda, o enunciado 217 do FPPC: “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”,⁹ bem como o de nº 422: “A tutela de evidência é compatível com os procedimentos especiais”¹⁰ e o de nº 423: “Cabe tutela de evidência recursal”.¹¹

7. DO PROCEDIMENTO DA TUTELA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Pelo 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.

O § 1º do art. 308 faculta ao autor formular o pedido principal conjuntamente com o pedido de tutela cautelar, simplificando as coisas para o advogado que assim o desejar.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 322.

⁹ *Apud* NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105/2015: referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p.153.

¹⁰ *Apud* NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105/2015: referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 154.

¹¹ *Apud* NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105/2015: referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 154.

Nota-se que a tutela de urgência é uma só, não obstante possa ser em caráter antecipatório ou cautelar, razão de o parágrafo único do art. 305 permitir ao juiz que, caso entenda que o pedido de tutela cautelar tenha natureza antecipatória, observar o disposto no art. 303, ou seja, analisar o pedido como de tutela antecipada.

O prazo para contestação da cautelar antecedente será de 05 dias, contados da juntada nos autos do aviso de recebimento da citação ou do mandado cumprido. Não havendo contestação, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias (art. 307). Contestado o pedido, observar-se-á o procedimento comum (parágrafo único do art. 307), regulado pelo artigo 318 e seguintes.

Efetivada a tutela cautelar, o autor deverá formular o pedido principal no prazo de 30 (trinta) dias, nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar. Assim, não haverá distribuição, mas mero protocolo e também não poderá haver cobrança de novas custas (art. 308).

Permitido é o aditamento da causa de pedir, no momento de formulação do pedido principal (§ 2º do art. 308). E, apresentado o pedido principal, que não precisa ser concomitante ao pedido de tutela cautelar, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma preconizada pelo art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

O art. 309, praticamente repetindo o artigo 808 do Código de 1973, afirma que cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: a) o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal, ou seja, em 30 dias, após a efetivação da tutela cautelar; b) não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias; c) o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito. E, pelo parágrafo único do art. 309, também repetindo o parágrafo único do art. 808 do Código de 73, se por qualquer motivo cessar a medida é defeso à parte repetir o pedido, salvo se por novo fundamento.

O art. 310 repete o art. 810 do Código de 73 ao afirmar que o indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento deste, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

8. CONCLUSÃO

Sobre a extinção do processo cautelar pelo NCPC há algumas críticas no sentido de que o novo código baralhou as coisas, confundindo medida cautelar com antecipação de tutela. Mas, na prática, já era comum postular, na própria inicial da ação principal, medida cautelar. Na verdade o NCPC encampou tal praxe porque, principalmente no direito das famílias, a urgência e a praticidade sobrepõem-se a qualquer formalidade ou entendimento teórico burocratizante. Depois e em assim procedendo, evita-se duplicidade desnecessária de processos e de recolhimento de custas.

Lado outro, vale ressaltar que, principalmente no mundo jurídico, somos escancaradamente contrários ao novo. Entretanto, o momento de crítica, de discussão e de sugestões desconstrutivas já restou superado com a aprovação do NCPC. A obra está pronta e a nós que a elaboramos, num linguajar habermasiano, compete aplicá-la, de maneira a tirar o melhor proveito em favor dos que aportam ao judiciário, principalmente levando em consideração as normas fundamentais do processo civil, ditadas pelos arts. 1º ao 12, com destaque para o art. 4º,¹² art. 5º,¹³ art. 6º,¹⁴ a exigir tempo razoável de duração do processo, com análise de mérito, sem desprezar um sadio relacionamento entre as partes ao destacar o princípio da boa-fé e o da cooperação entre todos os sujeitos do processo.

Por conseguinte e principalmente no direito das famílias a observância das normas fundamentais do processo civil será de fundamental importância, posto que são de cunho eminentemente ético, com a pretensão de fazer um processo justo e com uma duração razoável. As medidas de urgência contribuem, sobremaneira, para efetivação dessas normas, ao permitir, de chofre, uma decisão de mérito e também ao coibir modificação do estado das pessoas ou coisas, enquanto em discussão os direitos das partes.

¹² Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

¹³ Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

¹⁴ Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão justa e efetiva.

Depois e mesmo no Código de Processo Civil de 73, se fosse observado o § 7º do art. 273,¹⁵ acrescentado pela Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, o processo cautelar, na prática, já não mais existiria. Bastava ao advogado pleitear como antecipação de tutela a medida cautelar.

Assim, não há nenhum obstáculo para que esta nova proposta, de se postular medida cautelar nos próprios autos da ação principal, seja encampada plenamente. Não há mais que se falar em processo cautelar autônomo, portanto. As medidas cautelares deverão ser pleiteadas, antecedentemente, nos autos em que serão ofertadas, posteriormente, as ações principais. Ou, se assim o desejar o advogado, na própria petição inicial da ação principal já poderá ser requerida medida cautelar.

E, com relação a possível cautelar incidental, por simples petição, nos próprios autos da ação principal, poderão ser postuladas.

No que diz respeito à antecipação de tutela, poderá o advogado apenas requerê-la, sem necessidade de ofertar a ação principal. Neste caso, não havendo recurso de agravo por parte do réu, esta medida antecipada se estabiliza e somente poderá ser rediscutida em ação própria. Entretanto, na Vara de Família, considerando que apenas a antecipação de tutela não põe fim ao casamento ou à união estável, por exemplo, necessário é que o advogado proponha a ação principal e peça a antecipação de tutela, na petição inaugural daquela ação, evitando a estabilização da antecipação de tutela. A escolha é do causídico.

Por todo o exposto e sinceramente, não vislumbramos maiores dificuldades na oferta pelos advogados das medidas de urgência, cautelares ou antecipatórias. Prevemos, na verdade, racionalização de serviços e que também deixará de existir números de autos de processos que não representam a realidade de uma Vara, posto que as medidas cautelares contavam também como processos em andamento, não obstante, deferida a liminar permanecessem inertes, aguardando a sentença nos autos principais, oportunidade em que eram extintas.

¹⁵ § 7º do art. 273 do CPC de 73: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Também a proposta do novo Código evita o recolhimento, em duplicidade, de custas. Antes se recolhia custas tanto no processo cautelar como no processo principal. Doravante tal exigência não mais prevalece, na ausência de processo cautelar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Newton Teixeira. *Do procedimento da Tutela Antecipada requerida em caráter antecedente*. 2015. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/colunas/detalhes.php?artId=5471>>. Acesso em: 31 dez. 2015.

CARVALHO, Newton Teixeira. *Da tutela provisória*. 2015. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/colunas/detalhes.php?artId=5454>>. Acesso em: 31 dez. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da; ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *O Novo Código de Processo Civil Comparado*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015.

NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105/2015: referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

Recebido em 14/1/2016

Aprovado em 20/6/2016

