

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO -
PUC-SP
COGEAE – CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO: DIREITO
PROCESSUAL CIVIL

Igor Capelette Meneghim

*Tutela provisória da evidência documental concedida
em sentença e o afastamento do efeito suspensivo
da apelação: uma análise do art. 311, IV, CPC*

São Paulo
2018

Igor Capelette Meneghim

*Tutela provisória da evidência documental concedida
em sentença e o afastamento do efeito suspensivo
da apelação: uma análise do art. 311, IV, CPC*

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Processual Civil, sob orientação do Prof. Livre-docente **Sérgio Seiji Shimura**.

São Paulo

2018

Banca Examinadora

Dedicatória

Dedico este trabalho aos meus pais, por todo amor, apoio e incentivo aos estudos.

Agradecimentos

Primeiramente agradeço à Deus por bênçãos imerecidas e sem medidas derramadas sobre a minha vida, em especial a conclusão desta especialização.

Agradeço aos meus pais por toda privação de vida que se submeteram para que eu pudesse estudar, bem como por todo amor e incentivo aos estudos, desde minha tenra idade.

Agradeço à minha esposa por compreender as horas de estudos despendidas para a realização deste trabalho, bem como para todo o estudo desenvolvido durante o tempo em que o curso transcorreu. Agradeço também a ela por todo estímulo e apoio para a conclusão deste trabalho.

Por fim, agradeço a todos os professores desta renomada faculdade que contribuíram para meu crescimento teórico e prático sobre o processo civil, em especial ao Prof. Livre-docente Sérgio Seiji Shimura, orientador deste estudo.

RESUMO

O presente trabalho analisa a noção geral da tutela provisória, abrangendo o seu conceito, suas espécies, seus fundamentos, características, formas e legitimidade para requerimento, o momento processual de concessão e os efeitos antecipáveis, bem como tem o escopo principal de aprofundar os estudos em relação à tutela da evidência documental, fundamentada no art. 311, IV, do Código de Processo Civil, de modo a afastar o efeito suspensivo da apelação e ser possível promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença, nos exatos termos do art. 1.012, §1º, V e §2º, da lei processual civil vigente.

Palavras-chave: Tutela provisória da evidência – sentença – cumprimento provisório.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the general notion of provisional protection, covering its concept, its species, its foundations, characteristics, forms and legitimacy for application, the procedural moment of concession and the anticipated effects, as well as the main scope of deepening the studies in relation to the protection of documentary evidence, based on art. 311, IV, of the Code of Civil Procedure, in order to avoid the suspensive effect of the appeal and to be able to promote the petition for provisional execution after the sentence has been published, in the exact terms of art. 1.012, §1, V and §2, of the current civil procedural law.

Keywords: Temporary evidence stewardship - sentence - provisional sentence compliance.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	10
2. Noções gerais: tutela definitiva e tutela provisória.....	11
3. Tutela provisória	12
3.1. Conceito e finalidade.....	12
3.2. Características	14
3.3. Fundamentos: urgência e evidência	15
3.4. Espécies: cautelar e antecipada (satisfativa)	17
3.5. Formas de requerimento: incidental e antecedente	19
3.6. Legitimidade.....	20
3.7. Momento processual de concessão.....	21
3.7.1. Em decisão liminar	22
3.7.2. Na sentença	23
3.7.3. Em grau recursal	25
3.8. Preclusão	28
3.9. Fundamentação e não discricionariedade da decisão	28
3.10. Revogação ou modificação	30
3.11. Recursos.....	32
3.12. Efeitos antecipáveis	34
3.13. Forma de efetivação dos efeitos antecipáveis	35
3.14. Concessão <i>ex officio</i> da tutela provisória.....	37
3.15. Responsabilidade objetiva	38
4. Tutela provisória da evidência	39
4.1. Conceito e fundamentos	39
4.2. Tutela da evidência e julgamento antecipado da lide.....	41
4.3. Oportunidade e conteúdo.....	42
4.4. Pressupostos: hipóteses de cabimento.....	43

4.4.1. Tutela da evidência punitiva: abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte	44
4.4.2. Tutela da evidência documentada e tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante	46
4.4.3. Tutela da evidência de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito	48
4.4.4. Tutela da evidência documental: evidência em prova documental produzida pelo autor e ausência de contraprova do réu capaz de geral dúvida razoável	50
4.5. Tutela provisória de evidência liminar: hipóteses cabíveis.....	51
5. Tutela provisória da evidência documental concedida em sentença e o afastamento do efeito suspensivo da apelação: uma análise do art. 311, IV, do CPC.....	53
5.1. Noções gerais	53
5.2. Efeito suspensivo do recurso de apelação e a sua possibilidade de afastamento diante de uma tutela provisória <i>confirmada</i> , <i>concedida</i> ou <i>revogada</i> em sede de sentença.....	55
5.3. Sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória: produção imediata dos seus efeitos (inexistência de efeito suspensivo).....	58
5.4. Recorribilidade do capítulo da sentença que concede ou nega uma tutela provisória da evidência documental	62
5.5. Execução provisória.....	65
5.6. Responsabilidade objetiva	66
6. Conclusão.....	68
Referências Bibliográficas	70

1. Introdução

O Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) em seu Livro V, titulado como “Da Tutela Provisória”, trata das disposições gerais da tutela provisória e, especificadamente, aborda a tutela de urgência, em caráter antecedente ou incidente, cautelar ou satisfativa, bem como versa sobre a tutela da evidência, trazendo suas hipóteses de cabimento.

As preocupações e intenções dos legisladores inseridas no Livro V do Código processual civil foram de abrandar os efeitos danosos do transcurso do tempo do processo, de modo a antecipar os efeitos finais da tutela definitiva, seja ela *satisfativa* ou *cautelar*.

Diante disto, esse estudo tem por intuito abarcar a noção geral da tutela provisória, abrangendo o seu conceito, suas espécies, seus fundamentos, características, formas e legitimidade para requerimento, o momento processual de concessão e os efeitos antecipáveis, bem como tem o escopo principal de aprofundar os estudos em relação à tutela da evidência documental, fundamentada no art. 311, IV, do Código de Processo Civil, de modo a afastar o efeito suspensivo da apelação e ser possível promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença, nos exatos termos do art. 1.012, §1º, V e §2º, da lei processual civil vigente.

2. Noções gerais: tutela definitiva e tutela provisória

O resultado útil do processo civil de conhecimento é a tutela jurisdicional consistente em julgar as pretensões requeridas pelas partes processuais e, com isso, definir o preceito a ser observado pelos litigantes em relação ao bem da vida sobre o qual controvertem.¹

A tutela jurisdicional *deve* ser oferecida pelo Estado-juiz, pois é regra constitucionalmente estabelecida (CF, art. 5º, XXXV), uma vez que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Nesse sentido, cogente registrar que o que caracteriza a atividade jurisdicional é a tutela ao direito daquele que, em uma demanda judicial, se acha em uma situação vantajosa garantida pelo ordenamento jurídico.

Nota-se, portanto, que *tutelar os direitos* é a função da Justiça, sendo o processo o instrumento por intermédio do qual se alcança a efetividade da tutela.²

Este trabalho tem como um de seus intuitos estudar a noção geral da tutela provisória. Entretanto, para que se tenha a perfeita compreensão desta, necessário ter o conhecimento do conceito da tutela definitiva, uma vez que a tutela provisória é, em regra, a tutela que se pretende definitiva concedida em cognição sumária.

A tutela *definitiva* é aquela obtida com base em cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto da decisão, garantindo-se aos litigantes o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa³, sendo caracterizada, portanto, por um juízo de certeza e apta a solucionar o litígio⁴.

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3, p. 199.

² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 1, p. 629.

³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2, 11ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 575.

⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Cássio Scarpinella Bueno, 2ª triagem. Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 916.

No entanto, a entrega pelo Poder Judiciário de toda e qualquer tutela *definitiva* demora, necessariamente, uma vez que é imprescindível um lapso de tempo considerável para que se realize de forma correta o devido processo legal e todos os seus consectários.

Assim, aparentemente o transcurso do tempo é um mal necessário para a prestação jurisdicional apta a produzir decisões justas e imutáveis, garantindo verdadeira segurança jurídica aos litigantes, bem como à sociedade como um todo.

Entretanto, o tempo do processo não pode prejudicar uma das partes litigantes e beneficiar outra, já que o Estado, quando proibiu a justiça de mão própria, assumiu o compromisso de tratar os litigantes de forma isonômica e de tutelar de forma pronta e efetiva os direitos.⁵

Destarte, pela existência de uma histórica e eterna luta do sistema processual contra o tempo de tramitação do processo, o legislador instituiu uma importante técnica processual: a antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva, denominada pelo Código de Processo Civil vigente como “tutela provisória”, a qual será estudada de forma pormenorizada nos capítulos seguinte do presente estudo.

3. Tutela provisória

3.1. Conceito e finalidade

A tutela provisória é tratada no Código de Processo Civil vigente (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) em seu Livro V, titulado como “Da Tutela Provisória”.

⁵ MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 26.

Entre os artigos 294 e 311 da lei processual civil são expostos os regramentos das disposições gerais da tutela provisória e, especificadamente, a tutela de urgência, em caráter antecedente ou incidente, cautelar ou satisfativa, bem são dispostos os regramentos sobre a tutela da evidência, trazendo suas hipóteses de cabimento.

Necessário consignar que há discussão doutrinária sobre a terminologia “*tutela provisória*” utilizada pelo legislador brasileiro.

José Roberto dos Santos Bedaque⁶ compreende que a terminologia utilizada é adequada, sob o fundamento de que “a expressão ‘tutela provisória’ visa a identificar determinada categoria de tutela jurisdicional destinada não à proteção definitiva do direito, mas a adoção de providências, em caráter provisório, visando assegurar a efetividade da tutela final, tendo em vista a existência de algum acontecimento capaz de comprometer esse resultado ou fique caracterizado o alto grau de verossimilhança do direito afirmado na inicial. Trata-se, pois, de técnica processual, cuja denominação identifica perfeitamente sua natureza”.

Em sentido contrário, Daniel Mitidiero⁷ considera conservadora a denominação, pois “obscurece a relação entre técnica processual e tutela do direito, turvando os pressupostos que são necessários para prestar diferentes tutelas mediante a técnica antecipatória”.

Por sua vez e também entendendo pela inadequação da denominação, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁸ fundamentam que tecnicamente o correto seria a denominação “Tutela antecipada”, uma vez que “a tutela provisória é, isso sim, uma técnica processual de antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva,

⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Cássio Scarpinella Bueno. *Op. cit.*, p. 919.

⁷ MITIDIERO, Daniel. *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. 1ª ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, comentários ao art. 294, item 2.

⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. *Op. cit.*, p. 581.

sendo esta última (a tutela definitiva) a única que goza de autonomia necessária para ser designada de 'tutela', representando funções jurisdicionais próprias de certificação, a efetivação e o acautelamento do direito”.

Entretanto e excetuada essa divergência doutrinária em relação à denominação, cogente ter firme o conhecimento de que a tutela provisória – *como é denominada na lei processual civil vigente* – é uma técnica processual de antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva, apta a satisfazer ou a assegurar a tutela definitiva, seja ela satisfativa ou cautelar, respectivamente.

Como já asseverado quando tratado da tutela *definitiva*, esta pressupõe, necessariamente, um transcurso de tempo elevado para ser concedida judicialmente, uma vez que é imprescindível um lapso de tempo considerável para que se realize de forma correta o devido processo legal e todos os seus efeitos ou consequências.

Exatamente diante disso e com o objetivo de atenuar as consequências danosas do transcurso do tempo do processo, o legislador brasileiro instituiu a tutela provisória no Código de Processo Civil vigente.

Nota-se, portanto, que a principal *finalidade* da tutela provisória é exatamente abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição, isto é, os efeitos da tutela⁹, de modo a redistribuir, em estrito cumprimento ao princípio da igualdade, o ônus do tempo do processo, atenuando, assim, a crise do direito material.

3.2. Características

Em relação às características da tutela provisória, três são as

⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 581.

principais: (i) cognição sumária, (ii) precariedade e (iii) ser inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada.

A *cognição sumária* se refere ao fato de que a decisão judicial que versa sobre um pedido de tutela provisória se assenta em análise superficial do objeto em litígio, de modo que o magistrado decide a partir de um juízo de probabilidade. Em outras palavras, as tutelas provisórias são precedidas de cognições não exaurientes, aptas a revelar, tão somente, a verossimilhança e a plausibilidade do direito invocado pela parte que a pleiteia.

A *precariedade*¹⁰ ou *provisoriedade*, por sua vez, é verificada no art. 296, *caput*, do Código de Processo Civil. Nos termos de referido artigo, a tutela provisória conserva a sua eficácia durante a tramitação do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

Ademais, por ser fundada em cognição sumária e por seu caráter precário, a tutela provisória é *inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada*, isto é, não se reveste da autoridade da coisa julgada.¹¹

3.3. Fundamentos: urgência e evidência

Nos termos do art. 294, *caput*, do Código de Processo Civil, a tutela provisória pode fundamentar-se em *urgência* ou *evidência*.

Nota-se que a lei processual civil vigente, logo em seu primeiro artigo do livro que trata da tutela provisória, conferiu uma sistematização à técnica processual de antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva.

Ao oposto, o Código processual civil revogado de 1973 tratava deste tema de modo não sistemático, inclusive em relação ao procedimento, uma vez

¹⁰ Referida característica, pela sua importância e incidência, será tratado de forma mais detalhada em tópico próprio neste estudo.

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 638.

que regulava a tutela antecipada no artigo 273 e a tutela cautelar, a ser requerida em processo autônomo, nos artigos 796 a 889.

Deste modo, a antiga dicotomia do processo principal (de cognição ou de execução) e cautelar, existente no Código revogado, não mais persiste, como regra, na nova lei processual, uma vez que as tutelas provisórias arroladas pela legislação processual civil de 2015, também como regra, correspondem a incidentes processuais e não a processos autônomos ou distintos.¹²

Como já asseverado neste estudo, a principal *finalidade* da tutela provisória é exatamente abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição, redistribuindo o ônus do tempo do processo e atenuando a crise do direito material.

Assim, com o objetivo de atingir a sua finalidade, há dois fundamentos para se requerer uma tutela provisória: *urgência* e *evidência*.

O fundamento da *urgência* está previsto no artigo 300 do Código de Processo Civil, devendo ser concedida quando houver elementos que evidenciam a probabilidade do direito invocado pela parte processual (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

Já o fundamento da *evidência* está previsto no art. 311 da lei processual civil vigente e pressupõe que as afirmações de fato estejam comprovadas, tornando-se evidente o direito pleiteado nas hipóteses do texto legal (*fumus boni iuris*), independentemente da demonstração de perigo de danos ou de risco ao resultado útil do processo – *as hipóteses serão estudadas pormenorizadamente neste estudo em tópico adiante*.

Em outras palavras, a denominada tutela da evidência é fundamentada

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 630.

na existência de determinada situação que, ao ver do legislador, autoriza a imediata e provisória proteção do suposto direito pleiteado pelo autor.

Neste caso, não se verifica se há perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, mas sim a presença das circunstâncias legais previstas no artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015 que justificam a inversão das consequências suportadas, em regra, pelo autor, pela demora da tramitação do processo.

Diante disto, a tutela provisória, que se opõe à tutela final e definitiva, pode funda-se, portanto, na urgência (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) e na evidência (*fumus boni iuris*).

3.4. Espécies: cautelar e antecipada (satisfativa)

Nos termos do artigo 294, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015, a tutela provisória de *urgência*, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidentalmente.

Classifica o referido texto legal a tutela de urgência, quanto ao seu conteúdo, em duas espécies: cautelar e antecipada (satisfativa).

A tutela provisória de urgência *cautelar* caracteriza-se pela natureza meramente conservativa. Limita-se a proteger bens, pessoas ou provas, a fim de que, quando e se possível a concessão da tutela final e definitiva, momento em que a verossimilhança se transforma em certeza, possa o titular do direito dele usufruir.¹³

Adianta-se, nestes termos, a cautela a determinado direito. São exemplos de tutela de urgência cautelar o arresto, o sequestro, o arrolamento de bens e o registro de protesto contra alienação de bens (CPC/15, art. 301).

¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Cássio Scarpinella Bueno. *Op. cit.*, p. 922.

Já a tutela provisória de urgência *antecipada* (satisfativa) antecipa os efeitos da tutela definitiva satisfativa, conferindo eficácia imediata ao direito pleiteado pela parte processual requerente.

Adianta-se, assim, a satisfação do direito, com atribuição do bem da vida.¹⁴ São exemplos de tutela de urgência antecipada a sustação de protesto, os alimentos provisórios, a retirada de nome de cadastro de inadimplentes, realização de cirurgia, dentre outros.

Diante do exposto acima, dúvida não há quanto à existência das espécies cautelar e antecipada (satisfativa) do gênero tutela provisória de *urgência*.

No entanto, há respeitadas doutrinas que divergem quanto à existência das espécies cautelar e antecipada (satisfativa) do gênero tutela provisória de *evidência*.

Humberto Theodoro Júnior¹⁵, citando a existência de controvérsia, assevera que a tutela da evidência pode dar-se por qualquer provimento que se mostre adequado às circunstâncias do caso concreto, seja por meio de medida *satisfativa*, seja por intermédio de medida *conservativa* (cautelar).

Referido doutrinador assevera que não se pode, nada obstante, ser radical a ponto de se negar, em caráter absoluto, o cabimento e eventual medida cautelar dentro da sistemática da tutela da evidência, mesmo, na maioria das vezes, enquadrando-se os casos em concreto nas tutelas de urgência.

Neste sentido, indica o professor que o direito positivo prevê alguns casos de medidas cautelares que, sem o pressuposto do perigo de dano ou de risco ao resultado útil ao processo (*periculum in mora*), cuidam de proteção a

¹⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 582.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Op. cit.*, 715.

direito evidente, como, por exemplo: (i) o arresto de bens do devedor, quando este não é encontrado para a citação executiva (CPC/15, art. 830); (ii) o sequestro de receita pública na execução contra a fazenda pública, no caso de desobediência à ordem cronológica dos precatórios (art. 100, §6º, CF); (iii) a separação de bens do espólio, no processo de inventário, quando a habilitação de crédito se funda em título documental (CPC/15, art. 643, p. ú.) e quando a solução da habilitação de herdeiro for remetida para as vias ordinárias (CPC/15, art. 627, §3º).

No entanto, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira ¹⁶ asseveram que a tutela da evidência somente pode ser concedida em medida antecipada (satisfativa), de modo que não há que se falar em tutela provisória de evidência cautelar, uma vez que a urgência é inerente à tutela cautelar.

3.5. Formas de requerimento: incidental e antecedente

Em relação às formas de requerimento da tutela provisória, duas são encontradas na legislação processual civil vigente (CPC, art. 294, p. ú.): *incidental* e *antecedente*.

O requerimento de tutela provisória *incidental* é aquele pleiteado dentro do processo em que já se pediu ou se requer a tutela definitiva. Assim, é um requerimento que pode se dar contemporaneamente ou posteriormente ao pleito de tutela definitiva. Em outras palavras, o autor ajuíza uma ação e, desde logo, requer a tutela provisória, ou, após o ajuizamento da ação, pleiteia ao magistrado, por intermédio de petição protocolada nos mesmos autos, a concessão da tutela provisória.

Já a tutela provisória *antecedente* é aquela em que dá início a um processo em que se pretende, no futuro, requerer uma tutela definitiva (CPC, art. 303). Assim, é um requerimento necessariamente anterior à formulação do

¹⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 584.

pedido de tutela definitiva: o autor primeiramente pede uma tutela provisória e, somente posteriormente, requer uma tutela definitiva.

Cogente registrar que nos preceitos do já citado parágrafo único, do artigo 294, da legislação processual vigente, apenas a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidente.

Nestes termos, há doutrina que entende que apenas as tutelas provisórias de urgência podem ser requeridas em caráter antecedente, uma vez que é a urgência que justifica a sua formulação antes mesmo do pedido de tutela definitiva, de modo que a tutela da evidência não pode ser requerida em caráter antecedente.¹⁷

No entanto, há doutrina que diverge deste entendimento¹⁸, asseverando que o pedido de tutela provisória em caráter antecedente não está condicionado a situação de urgência, sendo plenamente justificável que um pedido de tutela da evidência se faça de forma antecedente, sob o fundamento de que há a possibilidade de estabilização da tutela provisória, nos termos do art. 304 do Código de Processo Civil.

Entretanto, a mesma doutrina complementa asseverando que o cabimento da tutela da evidência de forma antecedente está limitado às duas hipóteses precisas nos incisos I e IV do art. 311, uma vez que somente nestas situações há a possibilidade de proferimento de decisão liminar.¹⁹

3.6. Legitimidade

Como já conceituado neste estudo, a tutela provisória – *como é*

¹⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 585.

¹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*, 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 414.

¹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 414.

denominada na lei processual civil vigente –, é uma técnica processual de antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva, apta a satisfazer ou a assegurar a tutela definitiva, seja ela satisfativa ou cautelar, respectivamente.

Neste sentido, cogente lembrar que tutela jurisdicional consistente em julgar as pretensões requeridas pelas partes processuais e, com isso, definir o preceito a ser observado pelos litigantes em relação ao bem da vida sobre o qual controvertem.²⁰

Essa definição ou resultado jurisdicional “pode beneficiar tanto ao autor quanto ao réu, dependendo de quem venha a lograr êxito, amparado que esteja no direito material”.²¹

Diante disso, possível concluir que tem legitimidade para requerer tutela provisória todo aquele que tem legitimidade para pleitear a tutela definitiva, seja ele autor ou réu.

3.7. Momento processual de concessão

Como já pormenorizado neste estudo, são duas as formas de requerimento da tutela provisória: *incidental* e *antecedente* (CPC, art. 294, p. ú.).

O requerimento de tutela provisória *incidental* é aquele pleiteado dentro do processo em que já se pediu ou se requer a tutela definitiva. Assim, é um requerimento que pode se dar contemporaneamente ou posteriormente ao pleito de tutela definitiva. Em outras palavras, o autor ajuíza uma ação e, desde logo, requer a tutela provisória, ou, após o ajuizamento da ação, pleiteia ao magistrado, por intermédio de petição protocolada nos mesmos autos, a concessão da tutela provisória.

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 199.

²¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*, São Paulo: Atlas, 1999, p. 28.

Já a tutela provisória *antecedente* é aquela em que dá início a um processo em que se pretende, no futuro, requerer uma tutela definitiva (CPC, art. 303). Assim, é um requerimento necessariamente anterior à formulação do pedido de tutela definitiva: o autor primeiramente pede uma tutela provisória e, somente posteriormente, requer uma tutela definitiva.

No entanto, cogente registrar que o fato de haver um pedido liminar de tutela provisória não significa, necessariamente, que haverá a concessão de um pedido liminar, ou seja, antes da citação e oitiva do requerido.

É legalmente previsto, por exemplo, a designação de justificação prévia, nos exatos termos do art. 300, §2º, do Código de Processo Civil de 2015. Nesta hipótese, caso o juiz, pelo exame do pedido de tutela provisória de urgência e dos documentos que o acompanham, não se convença do preenchimento dos requisitos do art. 300, CPC, isto é, do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, poderá designar uma audiência prévia, na qual deverão ser produzidas as provas.²²

Assim, cogente analisar especificadamente os principais momentos do processo em que pode ser concedida a tutela provisória: liminarmente, em sentença e em grau recursal.

No entanto, desde já deixa-se consignado que a tutela provisória pode ser concedida desde o início do processo, bem como no seu curso, não havendo qualquer óbice neste sentido.²³

3.7.1. Em decisão liminar

Liminar “é medida de antecipação provisória de alguns dos efeitos da

²² NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª triagem. São Paulo: RT, 2015, p. 858.

²³ FERREIRA, William Santos. *Tutela Antecipada no Âmbito Recursal*. São Paulo: RT, 2000, p. 174.

tutela pretendida de forma principal (*principaliter*), efeitos estes que repercutem no plano fático.²⁴

Deve ser entendida como aquela concedida no início do processo (*in limine litis*), sem que tenha havido ainda a citação da parte contrária, ou a sua manifestação (*inaudita altera parte*), de modo que represente um conceito cronológico.

A concessão de tutela provisória liminar somente é possível quando se trata de tutela de urgência (CPC, art. 300, §2º) ou de tutela da evidência consubstanciada nas hipóteses dos incisos II e III do artigo 311 (CPC, art. 311, p. ú.), isto é, 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.

Cogente registrar que não há violação da garantia do contraditório na concessão de medida liminar, seja justificada pela urgência ou pela evidência. O contraditório, neste caso, é deslocado para momento posterior à concessão da tutela provisória liminar, em nome de outros bens jurídicos.²⁵

3.7.2. Na sentença

A tutela provisória (de urgência ou de evidência) também pode ter seus respectivos pressupostos preenchidos em sede de proferimento de sentença.

Neste caso e por se tratar de prolação de sentença, o magistrado estará diante de cognição *exauriente* e não mais *sumária*. Exatamente por

²⁴ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 858.

²⁵ Neste sentido: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 594; NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 858/859.

alterar o grau de profundidade de cognição (*sumária* para *exauriente*) é que surge dúvida em saber se é ou não possível a concessão de tutela provisória em sede de sentença – *como visto neste estudo, uma das características da tutela provisória é a cognição sumária*.

A resposta é afirmativa: é possível a concessão de tutela provisória em sentença.

Isso, pois como já analisado, a tutela provisória – *como é denominada na lei processual civil vigente* – é uma técnica processual de antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva, apta a satisfazer ou a assegurar a tutela definitiva, seja ela satisfativa ou cautelar.

Diante disso, possível concluir que a tutela provisória não antecipa a tutela final, mas sim os seus efeitos executivos, ou seja, a tutela só pode ser concedida definitivamente, sendo objeto de antecipação somente os efeitos práticos desta tutela.

Assim, sabendo-se que no sistema processual civil recursal vigente a regra geral é de que o recurso de apelação é dotado de efeito suspensivo (CPC, art. 1.012²⁶), impedindo que a sentença apelada produza seus efeitos de plano, a grande utilidade da tutela provisória concedida em sede de sentença consiste em conferir eficácia imediata à decisão judicial, afastando o efeito suspensivo do recurso de apelação, já que nos termos do artigo 1.012, V²⁷, do Código de Processo Civil de 2015, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que *confirma, concede* ou *revoga* tutela provisória.

Ademais, da análise do verbo “*concede*” inserido no texto legal exposto, nota-se que o legislador processual civil foi bastante claro em

²⁶ CPC, art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

²⁷ CPC, art. 1.012, §1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: (...) V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;

asseverar que a tutela provisória pode ser *concedida* em sentença, e não somente *confirmada* ou revogada.

Destarte, perfeitamente possível a concessão de tutela provisória em sentença, mas que somente terá utilidade prática em caso de a sentença onde ela for concedida ser dotada de efeito suspensivo, pois caso não seja, isto é, em caso de apelação sem efeito suspensivo, a execução provisória já estará automaticamente autorizada pelo sistema processual (CPC, art. 520).

3.7.3. Em grau recursal

Primeiramente, cogente registrar que a competência do tribunal na concessão de tutela antecipada é indiscutível quando atua com competência originária, podendo antecipar os efeitos práticos de seu futuro acórdão de procedência do pedido do autor.²⁸ Um exemplo é encontrado no artigo 969 do Código de Processo Civil de 2015, que admite expressamente a concessão de tutela antecipada na ação rescisória.

Também na atividade recursal é possível que o tribunal antecipe a tutela, havendo, em sede de recurso de agravo de instrumento, expressa previsão legal nesse sentido (CPC, art. 1.019, I).

Ademais, a tutela provisória pode, inclusive, ter seus pressupostos preenchidos depois de a sentença ser proferida. Neste caso, como já proferida a sentença, encerrou-se a atividade jurisdicional do magistrado de primeiro grau em relação à fase de conhecimento, não podendo atuar mais no processo nesse sentido (CPC, art. 494), de modo que a apreciação passa a ser do tribunal *ad quem*, como preceitua, expressamente, a lei processual civil vigente (CPC, art. 299, p. ú.).

²⁸ ZAVASSCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 130.

Assim, o requerimento deve ser formulado por petição *simples*²⁹, mediante demonstração do preenchimento dos requisitos do artigo 995 do Código de Processo Civil, sendo encaminhado ao tribunal ou ao relator do processo, a depender da situação processual em que o processo se encontra.

Se já houve a interposição do recurso de apelação, mas ainda não houve a distribuição do processo a um relator, o pedido deve ser realizado junto ao tribunal, ficando o relator designado para o exame da tutela provisória prevendo para jugar o recurso.

No entanto, já havendo a interposição do recurso de apelação e, também, já havendo a distribuição do recurso a um relator, a petição será direcionada especificadamente ao relator já sorteado para o julgamento do recurso.

Necessário consignar, ademais, que existe posição doutrinária que entende não ser possível requerer uma tutela antecipada quando o processo estiver em fase de julgamento de recurso extraordinário ou de recurso especial³⁰, fundamentando que não é possível aos tribunais superiores analisar nesses recursos os fatos, o que seria necessário na análise da prova inequívoca da verossimilhança da alegação, requisito, como já estudado, necessário para a concessão de uma tutela antecipada.

Em sentido oposto, há doutrina que discorda deste posicionamento. Fundamenta que a vedação à revisão da matéria fática diz respeito ao julgamento dos recursos extraordinário e especial, não havendo nenhuma vedação à análise fática pelos tribunais superiores para evitar o perecimento de um direito ou sancionar uma parte que atua de má-fé.³¹

²⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 595.

³⁰ LOPES, João Batista. Tutela antecipada no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 108/109 – Citado por NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 463/464.

³¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 464.

Cogente expor, sobre o tema, que o E. Supremo Tribunal Federal tem posicionamento majoritário, fixado na Súmula nº 735³², de que não cabe recurso extraordinário contra acórdão que concede ou denega antecipação de tutela, permanecendo, inclusive, referido posicionamento com o advento da nova ordem processual civil de 2015.³³

Em sintonia com o E. STF, o E. Superior Tribunal de Justiça também firmou orientação jurisprudencial³⁴ acerca da impossibilidade de se rever, em sede de julgamento de recurso especial, a existência dos requisitos suficientes para a concessão de medida urgente, em razão do óbice da Súmula 7 do próprio E. STJ, bem como da já ciada Súmula 735 do E. STF.

No entanto, o E. STJ vem admitindo, em específicas hipóteses, a mitigação do referido enunciado, especificamente quando a própria medida importar em ofensa direta à lei federal que disciplina a tutela provisória (art. 300 do CPC/2015, correspondente ao art. 273 do CPC/1973).³⁵

³² Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.

³³ “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. TUTELA DE URGÊNCIA. ATO NÃO DEFINITIVO. 1. Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar ou tutela antecipada. Súmula 735 do STF. 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (ARE 904470 AgR / AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO, rel. Min. Edson Fachin, j. 10.11.2015).

³⁴ “2. É firme a orientação jurisprudencial desta Corte acerca da impossibilidade de se rever em recurso especial a existência dos requisitos suficientes para a concessão de medida urgente, em razão do óbice da Súmula 7 do STJ, bem assim da Súmula 735 do STF.” (AgInt no AREsp 1027507/SC, rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 7.8.2018).

³⁵ Neste sentido:

“3. Esta Corte de Justiça admite a mitigação do referido enunciado, especificamente quando a própria medida importar em ofensa direta à lei federal que disciplina a tutela provisória (art. 300 do CPC/2015, correspondente ao art. 273 do CPC/1973), situação que não se vislumbra na espécie. 4. Agravo interno desprovido.” (AgInt no AREsp 1027507/SC, rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 7.8.2018);

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. TUTELA PROVISÓRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. FUMUS BONUS IURIS E PERICULUM IN MORA CARACTERIZADOS. CONCESSÃO DA TUTELA AD REFERENDUM DO ÓRGÃO JULGADOR. ART. 34, V E VI, DO RISTJ. 1. Tutela provisória em que se pretende dar efeito suspensivo ativo a recurso especial interposto e que foi admitido pelo Tribunal de origem, mas que ainda não ascendeu ao STJ. 2. Uma vez demonstrados os requisitos para a concessão da tutela provisória, perigo da demora e da possibilidade de êxito do recurso especial, pode, esta Corte Superior de Justiça, concedê-la a fim de determinar o fornecimento de medicamento. Precedentes. 3. Tutela provisória deferida.” (TP 438 / CE, TUTELA PROVISÓRIA, 2017/0086736-6, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe. 22.6.2017)

3.8. Preclusão

No contexto do que foi estudado em relação ao momento sobre a concessão da tutela provisória, cogente registrar que há grande divergência doutrinária em relação à existência, ou não, de preclusão sobre a faculdade de requerer a tutela provisória, uma vez preenchidos os seus requisitos.

José Roberto dos Santos Bedaque³⁶ entende que preclui a faculdade de requerer a tutela provisória quando já estiverem preenchidos os requisitos para a sua concessão e a parte não formular o seu requerimento, sendo, portanto, uma preclusão temporal. O prazo, concluiu o autor, é o supletivo do art. 218, §3º, do Código de Processo Civil, isto é, cinco dias.

No entanto, Cássio Scarpinella Bueno entende ser demasiadamente rígida a imposição dos cinco dias, sob pena de preclusão. Para o citado autor, o desrespeito ao prazo não conduz à preclusão, mas, sim, deve influenciar a convicção do magistrado, isto é, o juiz deve ponderar por que a parte demorou para formular o seu pedido.³⁷

Por sua vez, João Batista Lopes é mais enfático, asseverando que não há que se falar em preclusão temporal, uma vez que a lei não fixou prazo para o requerimento da tutela provisória³⁸.

3.9. Fundamentação e não discricionariedade da decisão

Nos termos do artigo 298 do Código de Processo Civil, na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

³⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Ed., 2003., p. 376.

³⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 63

³⁸ LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo, Saraiva: 2001, p. 79.

Nota-se da simples leitura do texto legal acima exposto que é *dever* do magistrado motivar o seu convencimento ao decidir um pedido de tutela provisória, independentemente de qual for o sentido de sua decisão: conceder, negar, modificar ou revogar. É norma processual que tem função didática.³⁹

Nesse sentido, cogente registrar que não poderia ser outro o comando da lei processual civil vigente, uma vez que o dever de fundamentação das decisões judiciais é norma constitucionalmente prevista (CF, art. 93, IX).

Assim, o juiz, na decisão do pedido de tutela provisória, seja de urgência ou de evidência, deve verificar o preenchimento dos requisitos legais, de forma objetiva e com clareza. A fundamentação da decisão deve ser completa, para abarcar as hipóteses de fato que revelaram a urgência da medida ou a evidência de prova que autorize a solução dada.⁴⁰

Inválidas são, pois, as decisões judiciais que deferem tutelas provisórias simplesmente asseverando que estão preenchidos os pressupostos legais, uma vez que contrárias às normas previstas no artigo 489 da lei processual civil vigente.

Presentes os pressupostos legais autorizadores da tutela provisória (de urgência ou de evidência), o juiz deverá conceder a tutela provisória; ausentes esses mesmos pressupostos, o juiz deverá denegá-la. Não há discricionariedade judicial.⁴¹

Deste modo, a decisão judicial fica vinculada ao preenchimento dos pressupostos legais.

³⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Cássio Scarpinella Bueno. *Op. cit.*, p. 926.

⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. *Op. cit.*, p. 853.

⁴¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. *Op. cit.*, p. 597.

3.10. Revogação ou modificação

Como já analisado neste estudo, a tutela provisória detém três principais características: (i) cognição sumária, (ii) precariedade e (iii) ser inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada.

A *cognição sumária* se refere ao fato de que a decisão judicial de uma tutela provisória se assenta em análise superficial do objeto em litígio, de modo que o magistrado decide a partir de um juízo de probabilidade. Em outras palavras, as tutelas provisórias são precedidas de cognições não exaurientes, aptas a revelar, tão somente, a verossimilhança e a plausibilidade do direito invocado pela parte que a pleiteia.

A *precariedade* ou *provisoriedade*, por sua vez, é verificada no art. 296, *caput*, do Código de Processo Civil. Nos termos de referido artigo, a tutela provisória conserva a sua eficácia durante a tramitação do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

Ademais, por ser fundada em cognição sumária e por seu caráter precário, a tutela provisória é *inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada*.

Nota-se, a partir de suas características – *principalmente a cognição sumária e precariedade* – e à luz do art. 296 da lei processual civil vigente, que a tutela provisória, seja de urgência ou de evidência, está sempre sujeita, a qualquer tempo, a ser *revogada* ou *modificada*.

É exatamente a avaliação superficial do conjunto fático, com inexistência de cognição exauriente, bem como a possível alteração dos fatos ao longo do transcorrer do tempo até o proferimento da tutela definitiva, que conferem à decisão em torno das tutelas provisórias o seu caráter essencialmente provisório.

Nesse sentido e para uma maior compreensão sobre o tema, faz-se

necessário ter firmes os conceitos de *modificar* e *revogar* um provimento jurisdicional provisório.

Humberto Theodoro Júnior, citando os ensinamentos de Pontes de Miranda, assevera que *modificar* um provimento provisório é substituir, no todo ou em parte, uma medida por outra ou convertê-la em outra.⁴²

Complementando os conceitos, referido doutrinador ainda completa asseverando que a *revogação*, quando ocorre, importa a subtração total da eficácia da medida antes deferida, retirando à parte toda a tutela provisória, por não mais subsistirem as razões que, de início, a determinaram.⁴³

Firmes com os conceitos, cogente esclarecer que somente será cabível a modificação ou a revogação da tutela provisória, caso haja o proferimento de *nova* decisão judicial em *outra* situação. O que é relevante para possibilitar uma nova decisão é que haja uma alteração do quadro, o que pode ocorrer pela alteração dos fatos, inclusive em decorrência do quadro probatório.⁴⁴

Nesse sentido, não se pode admitir que o magistrado simplesmente mude de opinião, sem que tenha havido alteração do conjunto fático-probatório, de modo que para a correta aplicação desta regra, é imprescindível a fundamentação, pois por intermédio dela que se poderá aferir se houve ou não nova decisão.⁴⁵

Ademais, ressalvada a revogação ou a modificação em sede de rejeição do pedido na decisão final, corolário do julgamento definitivo, o magistrado somente pode revogar ou modificar a tutela provisória após provocação da parte interessada.⁴⁶

⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 640.

⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 640.

⁴⁴ FERREIRA, William Santos. *Tutela Antecipada no Âmbito Recursal*. Op. cit., p. 177/178.

⁴⁵ FERREIRA, William Santos. *Tutela Antecipada no Âmbito Recursal*. Op. cit., p. 177.

⁴⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 598/599.

Nesse sentido, tendo sido concedida a tutela provisória no transcorrer do processo de conhecimento e sendo julgada improcedente a demanda, convém que o magistrado faça constar em sua sentença, de modo expresso, a revogação da medida, de modo a afastar qualquer possibilidade de dúvida das partes.

3.11. Recursos

A decisão judicial que concede, denega, modifica ou revoga tutela provisória, não sendo proferida em sede de sentença e sendo proferida por um juiz de primeiro grau, é interlocutória.

Nos ensinamentos da professora Teresa Arruda Alvim, a decisão interlocutória é todo ato judicial com conteúdo decisório, que não abrange as matérias previstas nos artigos 485 e 487 e que não extingue a execução ou coloca fim à fase cognitiva do procedimento comum.⁴⁷

Contra referida decisão e nos exatos termos do art. 1.015, inciso, I, do Código de Processo Civil, é cabível o recurso de agravo de instrumento.

Já em caso de a tutela provisória ser concedida, confirmada ou revogada na sentença – *visto neste estudo ser perfeitamente possível* –, será cabível o recuso de apelação, mas sem efeito suspensivo, como prevê o art. 1.012, §1º, V, da lei processual civil vigente.

Corroborando com essa afirmativa, o art. 1.013, §5º, do Código de Processo Civil, expõe que o capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação.

Em se tratando de tutela provisória concedida, confirmada ou revogada em tribunal, esta pode assumir duas hipóteses de proferimento: (i) decisão monocrática; (ii) decisão colegiada, por acórdão.

⁴⁷ ALVIM, Teresa Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Cássio Scarpinella Bueno, 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 3, p. 776.

Na primeira situação não é observada grande divergência, já que expressamente previsto no sistema processual civil vigente que contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado (CPC, art. 1.021).

No entanto, como já estudado, a problemática surge quando a tutela provisória é concedida, confirmada ou revogada em tribunal por intermédio de proferimento de acórdão.

Nesse sentido, cogente reiterar que existe posição doutrinária que entende não ser possível requerer uma tutela antecipada quando o processo estiver em fase de julgamento de recurso extraordinário ou de recurso especial⁴⁸, fundamentando que não é possível aos tribunais superiores analisar nesses recursos os fatos, o que seria necessário na análise da prova inequívoca da verossimilhança da alegação, requisito, como já estudado, necessário para a concessão de uma tutela antecipada.

Em sentido oposto, há doutrina que discorda deste posicionamento. Fundamenta que a vedação à revisão da matéria fática diz respeito ao julgamento dos recursos extraordinário e especial, não havendo nenhuma vedação à análise fática pelos tribunais superiores para evitar o perecimento de um direito ou sancionar uma parte que atua de má-fé.⁴⁹

O E. Supremo Tribunal Federal, como já exposto neste estudo, tem posicionamento majoritário, fixado na Súmula nº 735⁵⁰, de que não cabe recurso extraordinário contra acórdão que concede ou denega antecipação de tutela, permanecendo, inclusive, referido posicionamento com o advento da nova ordem processual civil de 2015.⁵¹

⁴⁸ LOPES, João Batista. Tutela antecipada no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 108/109 – Citado por NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 463/464.

⁴⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 464.

⁵⁰ Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.

⁵¹ ARE 904470 AgR / AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO, rel. Min. Edson Fachin, j. 10.11.2015.

Em sintonia com o E. STF, o E. Superior Tribunal de Justiça também firmou orientação jurisprudencial⁵² acerca da impossibilidade de se rever, em sede de julgamento de recurso especial, a existência dos requisitos suficientes para a concessão de medida urgente, em razão do óbice da Súmula 7 do próprio E. STJ, bem como da já citada Súmula 735 do E. STF.

No entanto, o E. STJ vem admitindo, em específicas hipóteses, a mitigação do referido enunciado, especificamente quando a própria medida importar em ofensa direta à lei federal que disciplina a tutela provisória (art. 300 do CPC/2015, correspondente ao art. 273 do CPC/1973).⁵³

3.12. Efeitos antecipáveis

Como já asseverado no início deste estudo, a entrega pelo Poder Judiciário de toda e qualquer tutela *definitiva* demora, necessariamente, uma vez que é imprescindível um lapso de tempo considerável para que se realize de forma correta o devido processo legal e todos os seus consectários.

Entretanto, o tempo do processo não pode prejudicar uma das partes litigantes e beneficiar outra, já que o Estado, quando proibiu a justiça de mão própria, assumiu o compromisso de tratar os litigantes de forma isonômica e de tutelar de forma pronta e efetiva os direitos.⁵⁴

Diante disto e pela existência de uma histórica e eterna luta do sistema processual contra o tempo de tramitação do processo, o legislador instituiu uma importante técnica processual: a antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva, denominada pelo Código de Processo Civil vigente como “tutela provisória”.

⁵² AgInt no AREsp 1027507/SC, rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 7.8.2018.

⁵³ Neste sentido: AgInt no AREsp 1027507/SC, rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 7.8.2018); TP 438 / CE, TUTELA PROVISÓRIA, 2017/0086736-6, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe. 22.6.2017.

⁵⁴ MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 26.

Nota-se, diante destas premissas, que não há antecipação da própria tutela satisfativa (declaratória, constitutiva ou condenatória), mas, sim, antecipação dos *efeitos* delas provenientes. Antecipa-se, pois, a eficácia social da sentença – *seus efeitos executivos* – e, não, sua eficácia jurídico-formal.⁵⁵

Assim, o que se pretende, como essência da tutela provisória, é exatamente prevenir o dano iminente e grave, antecipando-se os efeitos suficientes para impedir a lesão, mediante a tomada de medidas práticas, a se consubstanciarem em ordens ou mandamentos do órgão jurisdicional.⁵⁶

3.13. Forma de efetivação dos efeitos antecipáveis

Nos termos do art. 297 do Código de Processo Civil, o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Já o parágrafo único do mesmo texto legal preceitua que a efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

Ademais, o art. 301 da lei processual civil vigente expõe que a tutela de urgência cautelar pode ser efetivada mediante qualquer medida idônea para assecuração do direito, inclusive trazendo medidas exemplificativas: arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de protesto contra alienação de bem.

Possível concluir, a partir da leitura conjugada dos dispositivos legais retro mencionados, que há no sistema processual civil vigente um *poder geral de cautela*⁵⁷ e de *efetivação*, com adoção de todas as medidas provisórias idôneas e necessárias para a satisfação ou acautelamento adiantados.⁵⁸

⁵⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 601.

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 724.

⁵⁷ Neste sentido o Enunciado nº 31 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “O poder geral de cautela está mantido no CPC”.

⁵⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 603.

Cogente registrar, neste mesmo sentido, que uma das grandes inovações do novo Código de Processo Civil consiste na adoção, como regra geral, do já citado poder geral de cautela, sendo este a possibilidade de se conceder cautelar inominada para situações não tipificadas pelo legislador.⁵⁹

Neste contexto, imperativo anotar que o legislador infraconstitucional não estabeleceu exatamente a forma de realização prática da tutela provisória, até porque as providências variam em função do tipo de medida adequada à situação do caso concreto, de modo que a legislação processual civil limitou-se a remeter a efetivação da tutela provisória a todo o regime legal da execução provisória (CPC, art. 297, p. ú.), previsto nos artigos 520 a 522 do Código de Processo Civil de 2015.

No entanto, há doutrina que entende que a remissão do parágrafo único do art. 297 do Código de Processo Civil revela impropriedade, fundamentando que a tutela provisória não se refere apenas a efeitos da tutela condenatória, pois as tutelas declaratórias e constitutivas podem ter a eficácia prática assegurada ou antecipada, total o parcialmente. Assim, sob pena de comprometer a utilidade prática da tutela provisória, se necessário, podem ser adotadas medidas diversas das previstas no capítulo do cumprimento provisório de sentença.⁶⁰

A título de exemplo, cogente registrar que o C. Superior Tribunal de Justiça já entendeu, em julgamento de recursos repetitivos, que o magistrado pode, tratando-se de fornecimento de medicamentos, adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, mas sempre com adequada fundamentação.⁶¹

Destarte, caberá ao magistrado do caso concreto, dependendo do

⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Cássio Scarpinella Bueno. *Op. cit.*, p. 938.

⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Cássio Scarpinella Bueno. *Op. cit.*, p. 924/925.

⁶¹ REsp 1069810 / RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe. 6.11.2013.

conteúdo da tutela provisória concedida, determinar quais as providências mais adequadas à sua efetivação.

Nota-se, portanto, que as reformas realizadas na legislação processual civil brasileira vigente introduziram um sistema parcialmente maleável, permitindo o emprego de técnicas executivas atípicas para cumprimento das situações substanciais consubstanciadas em um fazer, não fazer e no direito à coisa.⁶²

3.14. Concessão *ex officio* da tutela provisória

Muito se diverge na doutrina sobre a possibilidade, ou não, de ser concedida uma tutela provisória de ofício pelo magistrado, isto é, sem a parte assim requerer.

Há doutrina que entenda ser vedada a concessão *ex officio* da tutela provisória. Fundamenta que se trata de exigência da regra da congruência adotada pelo Código de Processo Civil em seus artigos 2º, 141 e 492, ressaltando, entretanto, casos em que o pedido de tutela provisória se reputa implícito, como, por exemplo, o pedido de fixação de alimentos provisórios em ação de alimentos (art. 4 da Lei nº 5.478/1.968). Neste sentido, a mesma doutrina aduz que o art. 295 do Código processual civil dispõe claramente que a tutela provisória será requerida.⁶³

Por outro lado, há posição doutrinária que diverge, fundamentando que na nova legislação processual civil não há norma expressa condicionando a concessão de tutela provisória a pedido expresso da parte, mas, também, não existe um artigo que expressamente permita a sua concessão de ofício. Fundamenta que diante do eloquente silêncio da lei, é provável que o

⁶² MITIDIERO, Daniel. *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. 1ª ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, comentários ao art. 297, item 1.

⁶³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 606.

tradicional poder geral de cautela se transforme em um poder geral de tutela de urgência, sendo admitido, ainda que em caráter excepcional, a concessão de uma tutela cautelar ou antecipada de ofício.⁶⁴

Nota-se, portanto, que havendo a possibilidade de concessão *ex officio* de tutela provisória, haverá, para a segunda posição doutrinária, uma excepcional mitigação do *princípio dispositivo*.

No entanto, mesmo havendo divergência doutrinária sobre a concessão ou não uma tutela provisória de ofício, cogente registrar o uniforme entendimento doutrinário sobre ser respeitado o *princípio da inércia da jurisdição*⁶⁵, entendido este como “a exigência, estabelecida pelo ordenamento jurídico, de que o Estado só exerça função jurisdicional mediante provocação (art. 2º)”.⁶⁶

Assim, a tutela de urgência a ser concedida pelo juiz exige, eminentemente, a existência de um processo já instaurado, não sendo lícito ao magistrado dar início a qualquer processo, de qualquer natureza, ainda que para conceder uma tutela de urgência.

3.15. Responsabilidade objetiva

Nos termos do art. 302 do Código de Processo Civil, independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar a 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

⁶⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 437.

⁶⁵ Neste sentido: MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 2ª ed. ebook. São Paulo: RT, 2015, comentário ao art. 301, item XI; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 606; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 437.

⁶⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 32.

qualquer hipótese legal; (iv) o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Nota-se, portanto, que a responsabilidade pela execução dessa medida é objetiva, sujeitando o beneficiário da ordem liminar a ressarcir, independentemente de culpa, as perdas e danos daquele contra quem a ordem foi pedida e expedida.⁶⁷

Ademais e em princípio, a apuração dos prejuízos será realizada nos próprios autos, mediante liquidação, seguindo-se, se necessária, a fase do cumprimento de sentença (CPC, art. 302, p. ú.).

Entretanto, ressalva o legislador a impossibilidade de que a liquidação seja feita nos próprios autos, competindo ao juiz verificar a ocorrência de os atos destinados à verificação do *quantum* serem praticados em autos distintos.⁶⁸

Por fim, cogente registrar que contra a execução dos prejuízos apurados caberá impugnação, uma vez que se trata de execução de título judicial provisório e, porque, a tutela provisória segue, em sua efetivação, os procedimentos referentes ao cumprimento da sentença (CPC, art. 297, p. ú.).⁶⁹

4. Tutela provisória da evidência

4.1. Conceito e fundamentos

Como já asseverado neste estudo e nos exatos termos do art. 294, *caput*, do Código de Processo Civil, a tutela provisória pode fundamentar-se

⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil. Op. cit.*, p. 861.

⁶⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Cássio Scarpinella Bueno. *Op. cit.*, p. 940.

⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil. Op. cit.*, p. 861.

em *urgência* ou *evidência*.

O fundamento da *urgência* está previsto no artigo 300 do Código de Processo Civil, devendo ser concedida quando houver elementos que evidenciam a probabilidade do direito invocado pela parte processual (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

Já o fundamento da *evidência*, que neste capítulo será pormenorizadamente estudado, está previsto no art. 311 da lei processual civil vigente e pressupõe que as afirmações de fato estejam comprovadas, tornando-se evidente o direito pleiteado nas hipóteses do texto legal (*fumus boni iuris*), independentemente da demonstração de perigo de danos ou de risco ao resultado útil do processo.

Em outras palavras, a denominada tutela da evidência é fundamentada na existência de determinada situação que, ao ver do legislador, autoriza a imediata e provisória proteção do suposto direito pleiteado pelo autor.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior assevera que a tutela da evidência não se funda no fato da situação geradora do *perigo de dano*, mas no fato de a pretensão de tutela imediata se apoiar em comprovação suficiente do direito material da parte. Justifica-se pela possibilidade de aferir a *liquidez* e *certeza* do direito material, ainda que sem o caráter de definitividade, já que o debate e a instrução processuais ainda não se completaram.⁷⁰

Assim, não se verifica se há perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, mas sim a presença das circunstâncias legais previstas no artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015 que justificam a inversão das consequências suportadas, em regra, pelo autor, por decorrência da demora da tramitação do processo.

⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 713.

Necessário consignar que as hipóteses legalmente previstas em que se admite a tutela da evidência (CPC, art. 311) levam em conta as peculiaridades da relação de direito material, o comportamento das partes no processo ou o conjunto probatório produzido que acompanha a petição inicial⁷¹, as quais serão amplamente expostas nos tópicos seguintes deste estudo.

A evidência, ademais, é fato jurídico processual, é o estado processual em que as afirmações de fato estão comprovadas. Deste modo, a evidência, enquanto um fato jurídico processual, pode ser tutelada em juízo.⁷²

Nota-se, portanto, que a evidência não é um tipo de tutela jurisdicional, mas sim um fato jurídico processual que autoriza a concessão de uma tutela jurisdicional, mediante uma técnica processual diferenciada.

Destarte, somente há sentido e utilidade da chamada *tutela da evidência* como técnica processual, a qual diferencia o procedimento, em razão da evidência com que determinadas alegações e provas se apresentam em juízo.⁷³

4.2. Tutela da evidência e julgamento antecipado da lide

A tutela da evidência não se confunde, na estrutura legal do novo Código de Processo Civil de 2015, com o julgamento antecipado da lide, previsto no art. 355 da lei processual civil vigente.

No julgamento antecipado da lide o juiz julga o próprio mérito da causa, de forma definitiva, proferindo sentença de extinção do processo com apreciação lide. Há, portanto, sentença de mérito, impugnável por apelação e

⁷¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Cássio Scarpinella Bueno. *Op. cit.*, p. 954.

⁷² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. *Op. cit.*, p. 630.

⁷³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. *Op. cit.*, p. 630.

sujeita à coisa julgada material.⁷⁴

Na tutela provisória da evidência, entretanto, há decisão interlocutória, impugnável por agravo de instrumento e não sujeita a coisa julgada material.⁷⁵ A medida é deferida sumariamente e, em alguns casos, até sem a audiência da parte contrária, mas não impede o prosseguimento do feito, para complementar-se o contraditório e a instrução probatória.

4.3. Oportunidade e conteúdo

Como já exposto, a tutela provisória da evidência é uma técnica processual. No entanto, cogente consignar que referida técnica tutelar não é nova na prestação jurisdicional.

Isso, pois é utilizada, de longa data e por exemplo, em procedimentos especiais que prevejam liminares satisfativas como as ações possessórias, o mandado de segurança, a ação de busca e apreensão promovida pelo credor com garantia de alienação fiduciária, ação de depósito, a ação de despejo por falta de pagamento, a ação declaratória de inconstitucionalidade, a ação popular, a ação de improbidade administrativa, dentre outras.⁷⁶

Na legislação processual civil vigente também encontramos hipóteses de tutela provisória da evidência em procedimentos especiais, como a tutela provisória satisfativa da ação possessória (art. 562), dos embargos de terceiros (art. 678) e da ação monitória (art. 700).

No entanto, como já detalhado anteriormente, o foco deste trabalho é a tutela provisória da evidência prevista para a generalidade dos direitos, tutelados pelo procedimento comum e disposta no art. 311 do Código de

⁷⁴ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil. Op. cit.*, p. 871.

⁷⁵ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil. Op. cit.*, p. 871.

⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 713.

Processo Civil.

Nesse sentido, necessário consignar que a concessão de uma tutela da evidência pressupõe, por sua natureza jurídica, ação já ajuizada, pois é por intermédio da demanda já proposta, com todos os seus fundamentos e seu conjunto probatório que se pode aferir a evidência do direito da parte sobre qual a medida provisória irá recair.

No entanto, a parte também poderá requerer a tutela provisória da evidência conjuntamente com o pedido principal, na própria petição inicial e nas exatas hipóteses permissivas da legislação processual civil, bem como também poderá pleiteá-la a qualquer momento durante a tramitação processual.

Destarte, a tutela provisória da evidência pode ser deferida em sede de decisão liminar (CPC, art. 311, II, III e p. ú.), bem como em decisão incidental (CPC, art. 311, I e IV).

4.4. Pressupostos: hipóteses de cabimento

Nos termos do artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015, a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: (i) ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; (ii) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; (iii) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; (iv) a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Nota-se, diante da leitura das hipóteses legais transcritas, que a legislação processual civil apresenta duas modalidades de tutela provisória da

evidência: *punitiva e documentada*.⁷⁷

A *punitiva* se dá quando fica caracterizado o “abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte” (CPC, art. 311, I). Por sua vez, a *documentada* deve ser concedida quando há prova documental das alegações de fato da parte, nas específicas hipóteses do art. 311, em seus incisos II, III e IV, os quais determinam a probabilidade de acolhimento da pretensão processual.

Necessário consignar, no entanto, que há posição doutrinária que diverge sobre haver uma tutela provisória de evidência punitiva.

Fundamenta que a tutela antecipada fundada no art. 311, I, CPC, não pode ser tomada como tutela antecipatória sancionatória, não sendo essa a sua natureza. A tutela antecipatória fundada em abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu constitui mais propriamente tutela antecipatória fundada na maior probabilidade da veracidade da posição jurídica de uma das partes, representando, assim, de tutela antecipatória da simples evidência.⁷⁸

Feitas estas considerações iniciais, passemos a análise específica das hipóteses legalmente previstas para concessão da tutela provisória da evidência.

4.4.1. Tutela da evidência punitiva: abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte

Nos termos do art. 311, I, do Código de Processo Civil, a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando *ficar caracterizado o*

⁷⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 633.

⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 718.

abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte.

Como já analisado no tópico anterior deste estudo, referido inciso do art. 311 pode ser classificado como uma tutela provisória da evidência *punitiva*, funcionando como uma sanção para aquele que age de má-fé, impondo obstáculos à regular tramitação processual.

Neste sentido, a previsão do primeiro inciso revela a existência de postura assemelhada à litigância de má-fé, já regulada pelo art. 80 do Código processual civil. Cogente esclarecer, sobre o tema, que o chamado ato em litigância de má-fé constitui um ilícito processual, visando a reprimir o abuso processual, os atos praticados em desconformidade com os deveres das partes no processo.⁷⁹

Importa, pois, para a configuração da hipótese em comento, além da prova que conduza à verossimilhança dos fatos alegados, requisito de toda tutela provisória, o mau comportamento do réu, que deve exprimir em abuso do direito de defesa ou em propósito protelatório.

Assim, para uma melhor compreensão sobre o tema estudado, necessário ter firmes os conceitos jurídicos de *abuso do direito de defesa* e do *manifesto propósito protelatório da parte*.

Para José Roberto dos Santos Bedaque, abuso do direito de defesa ou intuito protelatório são expressões análogas, as quais são manifestações concretas de litigância de má-fé.⁸⁰

No entanto, com posição doutrinária distinta, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira entendem que as expressões “abuso de direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório” tem sentidos

⁷⁹ SALLES, Carlos Alberto de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Cássio Scarpinella Bueno, 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 3, p. 435.

⁸⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Cássio Scarpinella Bueno. *Op. cit.*, p. 955.

distintos.⁸¹

Para referidos doutrinadores, “abuso de direito de defesa” abrange atos praticados dentro do processo, em defesa, o que inclui os atos protelatórios praticados no processo. Deve-se ser realizada, ademais, uma interpretação ampla, no sentido de não abarcar apenas os abusos cometidos pela via da contestação, mas também em qualquer outra manifestação da parte processual, seja em provocar incidentes processuais infundados que suspendem a tramitação regular do processo, a interposição de recursos protelatórios, ou o pedido infundado de produção de provas.

Já o “manifesto propósito protelatório” se refere ao comportamento protelatório da parte adotados fora do processo, como, por exemplo, simulação de doença para adiar a produção de uma prova, a ocultação de provas, dentre outras.

No entanto, independentemente do sentido de cada expressão, importa, pois, para a configuração da hipótese do art. 311, I, CPC, o mau comportamento do réu, que deve se traduzir em um abuso do seu direito de defesa, no sentido de ser esta excessiva, anormal, inadequada, ou em um propósito de protelar a tramitação regular do processo, isto é, frustrar e/ou atrasar a prestação jurisdicional.⁸²

4.4.2. Tutela da evidência documentada e tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante

Nos termos do art. 311, II, do Código de Processo Civil, a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando *as alegações de fato*

⁸¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 634/635.

⁸² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil Artigo por Artigo*. e. 2ª edição. São Paulo: RT, 2016, p. 578.

puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Nota-se, a partir da leitura do texto legal, que se trata de tutela provisória da evidência que necessita do preenchimento de dois requisitos cumulativos para a sua concessão.

O *primeiro* se trata da existência de provas necessariamente documentais aptas a comprovar as alegações de fato. Neste sentido, há entendimento doutrinário sobre a possibilidade de ser, também, prova documentada – como a prova emprestada e a prova produzida antecipadamente.⁸³

Ademais, imperioso registrar que não se pode exigir que a prova documental (ou documentada) seja *irrefutável*, pois a tutela da evidência é, em regra, definida antes que a instrução probatória da causa tenha se concluído, de modo que não se pode destacar a eventualidade de posterior prova em contrário por parte do réu, a qual seja capaz de desconstituir a força do convencimento daquela anteriormente produzida pelo autor.⁸⁴

O *segundo* requisito é em relação à probabilidade de acolhimento da pretensão processual, exatamente por haver tese firmada em julgamento de casos repetitivos (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 a 987, e recursos repetitivos, arts. 1.036 a 1.041⁸⁵) ou em súmula vinculante sobre o tema discutido no caso concreto onde a tutela provisória da evidência é requerida.

Destarte, sendo os fatos constitutivos da causa de pedir passíveis de prova documental e sendo eles subsumidos a determinada tese jurídica

⁸³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 637..

⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 720.

⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. 1ª ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, comentários ao art. 311, item 3.

firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, admissível o reconhecimento da evidência do direito e, conseqüentemente, da antecipação de um ou alguns de seus efeitos.⁸⁶

4.4.3. Tutela da evidência de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito

Nos termos do art. 311, III, do Código de Processo Civil, a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, 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.*

O contrato de depósito está previsto nos artigos 627 e seguintes do Código Civil. O depósito é negócio jurídico bilateral pelo qual uma pessoa (depositante) entrega à outra (depositário) coisa móvel infungível, a fim de que esta possa guardá-la e restituí-la quando solicitado. O depositário recebe o bem móvel para satisfazer o interesse precípua do depositante, na conservação da coisa até o momento da restituição.⁸⁷

Assim, o vínculo contratual se extingue no momento em que o pedido de restituição é formulado, de modo que se a devolução imediata não ocorre, a retenção do bem móvel depositado se torna verdadeiro esbulho.

No revogado Código de Processo Civil de 1973 havia a antiga *ação de depósito*, na qual o réu era citado, com base em prova literal do contrato, para, no prazo de cinco dias, “entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro (CPC/1973, art. 902, I) – *havia, inclusive,*

⁸⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Cássio Scarpinella Bueno. *Op. cit.*, p. 956/957

⁸⁷ ROSENVALD, Nelson. *Código Civil Comentado*. Coord. Cesar Peluso 7ª ed. São Paulo: Manole, 2013, p. 639.

*posicionamento doutrinário que entendia não ser necessário juntar o contrato de depósito nos autos, bastando provar a literalidade da existência do próprio depósito.*⁸⁸

Esse procedimento especial não foi mantido pela nova ordem processual civil. No entanto, o Código de Processo Civil vigente expõe que o autor, na petição inicial de uma ação *comum* intentada para recuperar a coisa custodiada, poderá formular pedido de tutela da evidência, desde que disponha de prova documental adequada, a qual comprove a existência do contrato de depósito entre as partes (CPC, art. 311, III).

A medida judicial, deste modo e a exemplo do que é previsto legalmente para os interditos possessórios, assume a feição de uma injunção ou um mandado⁸⁹ para que o depositário entregue a coisa imediatamente, sob pena de multa.

No entanto, mesmo retomando o objeto custodiado, a decisão, por se tratar de tutela provisória, ainda não é dotada de cognição exauriente, de modo que a ação prosseguirá até o proferimento de uma tutela definitiva, sendo sempre respeitado o contraditório e todos os seus consectários legais.

Por fim, cogente registrar que o contrato de alienação fiduciária não se encaixa nesta possibilidade, já que, não sendo encontrado o bem alienado por intermédio de ação de busca e apreensão, pode ser requerida a conversão da busca e apreensão em ação executiva, e não mais em ação de depósito.⁹⁰

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 844

⁸⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 721.

⁹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 872..

4.4.4. Tutela da evidência documental: evidência em prova documental produzida pelo autor e ausência de contraprova do réu capaz de gerar dúvida razoável

Já com fundamento no art. 311, IV, do Código de Processo Civil, a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, *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*.

Da leitura da regra legal transcrita, observa-se que para a concessão da tutela provisória da evidência é necessário o preenchimento de dois requisitos cumulativos.

O *primeiro* é em relação ao autor, devendo este, conjuntamente com a petição inicial, anexar aos autos do processo *prova documental suficiente dos fatos constitutivos* do seu direito, demonstrando, assim, a evidência de seu direito.

Neste sentido, cogente consignar que há doutrina que entende ser necessário realizar uma interpretação extensiva, no sentido de abranger a prova documentada (como a prova emprestada ou produzida antecipadamente), bem como a evidência de fatos que independem de provas ou de mais provas (como o fato notório, o incontroverso e o confessado).⁹¹

Já o *segundo* é em relação ao réu. Deve haver uma abstenção do requerido em produzir *prova capaz de gerar dúvida razoável* em torno do fato constitutivo do direito do autor – fato que extinga, impeça ou modifique o direito pleiteado pelo requerente.

Verifica-se a evidência do direito, portanto, sempre que o conjunto probatório anexado à inicial, constituído por documentos, for suficiente para formar, para o julgador, convicção de que é ampla a probabilidade de os fatos

⁹¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 641.

afirmados pelo autor subsumirem-se em regra do ordenamento jurídico, até porque o réu não opôs prova capaz de gerar dúvida razoável a esse respeito.⁹²

Cogente registrar, ademais, que se trata de medida destinada a tutela de interesses apenas do autor, e que somente pode ser concedida em caráter incidental, após a apresentação da defesa do requerido. Isso, pois somente após a defesa é que o magistrado poderá avaliar se a força do conjunto probatório da documentação do autor foi anulada ou reduzida pela contraprova do demandado.⁹³

Por fim, imperioso consignar que há posicionamento doutrinário que entenda que, embora o dispositivo legal em comento aponte para a concessão de tutela da evidência após a defesa do requerido, o seu cabimento não se exaure a esse momento procedimental. Seguindo o processo e sendo produzida prova de outra natureza que não a documental (pericial, oral), a qual a parte adversa não consiga produzir prova que gere dúvida razoável, o juiz deverá conceder a tutela da evidência.⁹⁴

4.5. Tutela provisória de evidência liminar: hipóteses cabíveis

Nos termos do parágrafo único, do art. 311, do Código de Processo Civil, poderá o juiz decidir liminarmente quando *as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante* (CPC, art. 311, II), bem como quando *se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito* (CPC, art. 311, III).

Liminar, como já conceituada neste estudo, “é medida de antecipação provisória de alguns dos efeitos da tutela pretendida de forma principal

⁹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Cássio Scarpinella Bueno. *Op. cit.*, p. 957.

⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. *Op. cit.*, p. 721.

⁹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. *Op. cit.*, p. 489.

(*principaliter*), efeitos estes que repercutem no plano fático.⁹⁵

Deve ser entendida como aquela concedida no início do processo (*in limine litis*), sem que tenha havido ainda a citação da parte contrária, ou a sua manifestação (*inaudita altera parte*), de modo que represente um conceito cronológico.

Assim, antes mesmo da citação do réu é possível obter-se uma tutela provisória da evidência, mas somente nas específicas hipóteses dos incisos II e III, do art. 311, do Código de Processo Civil.

Cogente registrar, neste sentido, que as hipóteses são passíveis de decisão liminar, dado o altíssimo grau de certeza quanto ao direito deduzido pela parte requerente.⁹⁶

Por fim, imperativo anotar que a possibilidade de concessão da tutela provisória da evidência liminar nas hipóteses dos incisos II e III, do art. 311, do Código de Processo Civil, não é uma novidade na ordem processual civil vigente, uma vez que há permissão idêntica no art. 9, inciso II, do CPC.

Ademais, imprescindível anotar que não há ofensa ao princípio do contraditório com esta concessão liminar, pois o contraditório, nestas hipóteses, somente é realizado em um momento posterior a decisão, tendo finalidade principal de redistribuir entre as partes o ônus do tempo do processo, para que este não recaia tão somente sobre o autor.⁹⁷

⁹⁵ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil. Op. cit.*, p. 858.

⁹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil. Op. cit.*, p. 872.

⁹⁷ SANTOS, Welder Queiroz dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Cássio Scarpinella Bueno, 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 3, p. 150.

5. Tutela provisória da evidência documental concedida em sentença e o afastamento do efeito suspensivo da apelação: uma análise do art. 311, IV, do CPC

5.1. Noções gerais

Como amplamente estudado neste trabalho, a tutela provisória pode fundamentar-se em *urgência* ou *evidência*.

O fundamento da *urgência* está previsto no artigo 300 do Código de Processo Civil, devendo ser concedida quando houver elementos que evidenciam a probabilidade do direito invocado pela parte processual (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

Já o fundamento da *evidência*, ora aprofundado neste estudo, está previsto no art. 311 da lei processual civil vigente e pressupõe que as afirmações de fato estejam comprovadas, tornando-se evidente o direito pleiteado nas hipóteses do texto legal (*fumus boni iuris*), independentemente da demonstração de perigo de danos ou de risco ao resultado útil do processo.

Deste modo, não se verifica se há perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, mas sim a presença das circunstâncias legais previstas no artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015 que justificam a inversão das consequências suportadas, em regra, pelo autor, por decorrência da demora da tramitação do processo.

A hipótese legal prevista no inciso IV, do art. 311, do Código de Processo Civil, expõe que a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, *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*.

Verifica-se a evidência do direito em referida hipótese, portanto, sempre que o conjunto probatório anexado à inicial, constituído por documentos, for suficiente para formar, para o julgador, convicção de que é ampla a probabilidade de os fatos afirmados pelo autor subsumirem-se em regra do ordenamento jurídico, até porque o réu não opôs prova capaz de gerar dúvida razoável a esse respeito.⁹⁸

Ademais, cogente reiterar, como já visto neste estudo, que a tutela provisória (de urgência ou da evidência) também pode ter seus respectivos pressupostos preenchidos em sede de proferimento de sentença.

Neste caso e por se tratar de prolação de sentença, o magistrado estará diante de cognição *exauriente* e não mais *sumária*. No entanto, não há que se duvidar sobre a possibilidade de concessão da tutela provisória na sentença, pois a tutela provisória – *como é denominada na lei processual civil vigente* – é uma técnica processual de antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva, apta a satisfazer ou a assegurar a tutela definitiva, seja ela satisfativa ou cautelar.

Diante disso, possível concluir que a tutela provisória não antecipa a tutela final, mas sim os seus efeitos executivos, ou seja, a tutela só pode ser concedida definitivamente, sendo objeto de antecipação somente os efeitos práticos desta tutela.

Assim, sabendo-se que no sistema processual civil recursal vigente a regra geral é de que o recurso de apelação é dotado de efeito suspensivo (CPC, art. 1.012⁹⁹), impedindo que a sentença apelada produza seus efeitos de plano, a grande utilidade da tutela provisória concedida em sede de sentença consiste em conferir eficácia imediata à decisão judicial, afastando o efeito suspensivo do recurso de apelação, já que nos termos do artigo 1.012, §1º, V, do Código de Processo Civil de 2015, começa a produzir efeitos imediatamente

⁹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Cássio Scarpinella Bueno. *Op. cit.*, p. 957.

⁹⁹ CPC, art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

após a sua publicação a sentença que *confirma*, *concede* ou *revoga* tutela provisória.

Ademais, da análise do termo “*concede*” inserido no texto legal exposto, nota-se que o legislador processual civil foi bastante claro em asseverar que a tutela provisória pode ser *concedida* em sentença, e não somente *confirmada* ou revogada.

Destarte, perfeitamente possível a concessão de tutela provisória em sentença, mas que somente terá utilidade prática em caso de a sentença onde ela for concedida ser dotada de efeito suspensivo, pois caso não seja, isto é, em caso de apelação sem efeito suspensivo, a execução provisória já estará automaticamente autorizada pelo sistema processual (CPC, art. 520).

Feitas estas primeiras considerações gerais sobre o tema principal deste estudo, passemos nos itens adiante a uma análise específica do efeito suspensivo da apelação e sua possibilidade de afastamento diante de uma tutela provisória *confirmada*, *concedida* ou *revogada* em sede de sentença, bem como a recorribilidade diante da decisão judicial, a futura execução (provisória) e eventuais responsabilidades, principalmente em relação à hipótese legal prevista no art. 311, IV, do Código processual civil vigente.

5.2. Efeito suspensivo do recurso de apelação e a sua possibilidade de afastamento diante de uma tutela provisória *confirmada*, *concedida* ou *revogada* em sede de sentença

O efeito suspensivo é a qualidade atribuída ao recurso que, a partir de certo momento, inibi a eficácia própria ou natural do provimento impugnado.¹⁰⁰

Para Barbosa Moreira, “a expressão ‘efeito suspensivo’ é, de certo

¹⁰⁰ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 298.

modo, equívoca, porque se presta a fazer supor que só com a interposição do recurso *passem* a ficar tolhidos os efeitos da decisão, como se até esse *momento* estivessem eles a manifestar-se normalmente. Na realidade, o contrário é que se verifica: mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato *ainda* ineficaz, e a interposição apenas *prolonga* semelhante ineficácia, que *cessaria* se não se interpusesse o recurso”.¹⁰¹

Assim, o pronunciamento judicial sujeito a recurso com efeito suspensivo nasce com eficácia contida, permanecendo nesta situação jurídica até o escoamento *in albis* do prazo para a interposição do recurso ou até o proferimento da decisão judicial sobre o recurso efetivamente interposto.¹⁰²

Nos termos do art. 995, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, “os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso”.

Da leitura do texto legal exposto, possível aferir que todas as decisões são, em regra, imediatamente eficazes, isto é, desprovidas de efeito suspensivo.

Ademais, também é possível concluir, em comparação com a legislação processual civil revogada, que houve uma efetiva mudança sobre o tema. Isso, pois na ordem processual civil de 1973, entendia-se, em regra e no silêncio da lei, que o recurso tinha efeito suspensivo.¹⁰³ O art. 497, CPC/73, neste sentido, previa que “o recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo”

Na nova ordem processual civil de 2015, como asseverado, agora é

¹⁰¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 14^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 258.

¹⁰² BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume XX*. Coord. José Roberto Ferreira Gouveia, Luiz Guilherme Aidar Bondioli e João Franciso Naves da Fonseca. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 33.

¹⁰³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. *Op. cit.*, p. 284.

preciso que o legislador, expressamente, indique quais recursos são dotados de efeito suspensivo, de modo que uma vez silente a lei, a regra é a de que os *recursos não impedem a eficácia da decisão*.

No entanto, para o recurso de apelação, o efeito suspensivo é a regra (CPC, art. 1.012), com previsões de exceções.

Diante disso, há doutrina que, inclusive, aponta como propaganda enganosa a regra do art. 955, do Código de Processo Civil, uma vez que por se tratar a apelação de recurso por excelência, instituir uma ressalva com essa proporção coloca em xeque a própria regra.¹⁰⁴

No entanto, para os demais recursos, os quais a lei não disponha sobre a efetiva incidência de efeito suspensivo¹⁰⁵, bem como para algumas hipóteses da própria apelação (CPC/15, art. 1.012, §1º), a regra do art. 955, *caput*, CPC, é realidade.

Em relação ao recurso de apelação, as hipóteses em que não há a incidência de efeito suspensivo estão previstas no parágrafo primeiro, do art. 1.012, do Código de Processo Civil.

Nos termos de referida ordem legal, além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: (i) homologa divisão ou demarcação de terras; (ii) condena a pagar alimentos; (iii) extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado; (iv) julga procedente o pedido de instituição de arbitragem; (v) confirma, concede ou revoga tutela provisória; (vi) decreta a interdição.

Nota-se que o comando legal prevê “além de outras hipóteses

¹⁰⁴ BONDOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume XX. Op. cit.*, p. 34.

¹⁰⁵ Nesse sentido, cogente apontar que o recurso especial e o recurso extraordinário interpostos contra o julgamento do mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas são dotados de efeito suspensivo (CPC/15, art. 987, §1º)

previstas em lei”, o que nos faz concluir haver, fora do sistema legal do Código de Processo Civil, outros casos de apelação recebida apenas no efeito devolutivo, vale dizer, que têm como regra efeito imediato da sentença (inexistência de efeito suspensivo), como, por exemplo: da sentença proferida em ação de despejo (LI, art. 58, V); da sentença proferida na ação de busca e apreensão fundada de bens alienados fiduciariamente, seja de procedência ou improcedência do pedido (LAF, art. 3º, §5º); da sentença que conceder mandado de segurança (LMS, art. 14, §§ 1º e 3º); dentre outros.¹⁰⁶

No entanto, para o presente estudo e dando seguimento a ele, a hipótese a ser pormenorizada é a prevista no inciso V, do art. 1.012, do CPC, isto é, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação, a sentença que *confirma*, *concede* ou *revoga* tutela provisória. Assim, referida hipótese será detalhada no item seguinte deste trabalho.

5.3. Sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória: produção imediata dos seus efeitos (inexistência de efeito suspensivo)

Como já analisado neste trabalho, no sistema processual civil recursal vigente a regra geral é de que o recurso de apelação é dotado de efeito suspensivo (CPC, art. 1.012), impedindo que a sentença apelada produza seus efeitos de plano.

No entanto e como também sustentado, havendo a incidência de alguma hipótese legal de exceção prevista no parágrafo primeiro de referido artigo, além de outras hipóteses previstas em lei, a sentença começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação.

O inciso V, do já citado art. 1.012, CPC, é uma das hipóteses previstas

¹⁰⁶ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 2.007.

na legislação processual civil vigente, expondo que a sentença que *confirma*, *concede* ou revoga tutela provisória produz seus efeitos imediatamente após a sua publicação.

Nota-se, diante da leitura de referido inciso, que o legislador inseriu três hipóteses de comandos legais aptos a afastar o efeito suspensivo quando se tratar de sentença que versa sobre tutela provisória: *confirma*, *concede* ou *revoga*.

No entanto, cogente acrescentar, antes de adentrarmos ao estudo das hipóteses legais acima citadas, que a análise sobre a tutela provisória julgada em sede de sentença será realizada em capítulo próprio, seja confirmando, revogando ou concedendo.

Diante disso, a doutrina entende que a ausência de efeito suspensivo é parcial, sendo relativa, tão somente, ao objeto da tutela provisória, que, por sua vez, pode ser concedida no todo ou em parte, no que concerne à extensão do pedido, não atingindo os demais capítulos do provimento.¹⁰⁷ Cita-se como exemplo que a apelação, mesmo a sentença concedendo, confirmado ou revogando uma tutela provisória, tem efeito suspensivo quanto à condenação em honorários advocatícios.¹⁰⁸

Feitas essas considerações, passemos a análise das hipóteses do inciso do texto legal já citado.

Em relação ao verbo *confirmar*, nada seria mais natural na legislação, uma vez que examinado o mérito da causa com cognição exauriente, é necessário para o ordenamento jurídico que a tutela provisória, de urgência ou da evidência, reflita tal exame. Se a sentença confirma uma tutela provisória concedida anteriormente, ela reforça esta e incentiva que se preservem e se

¹⁰⁷ Neste sentido: ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. Op. cit., p. 543/544; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3, 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.186.

¹⁰⁸ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. Op. cit., p. 543/544.

perenizem seus efeitos, os quais não são sustados pelo recurso de apelação.¹⁰⁹

A *revogação*, por sua vez e como já conceituado neste trabalho, importa a subtração total da eficácia da medida antes deferida, retirando à parte toda a tutela provisória, por não mais subsistirem as razões que, de início, a determinaram.¹¹⁰

Nesse sentido, tendo sido concedida a tutela provisória no transcorrer do processo de conhecimento e sendo julgada improcedente a demanda, convém que o magistrado faça constar em sua sentença, de modo expresso, a revogação da medida, de modo a afastar qualquer possibilidade de dúvida das partes.

Em relação à *concessão* da tutela provisória em sentença, por ser tema integrante do centro deste estudo, passemos a aprofundar a sua análise.

Como já asseverado, a tutela provisória pode ser requerida e concedida liminarmente (CPC, art. 300, §2º e art. 311, p. ú.), em caráter antecedente ou incidental (CPC, art. 294, p. ú.), bem como em instância recursal (CPC, art. 299, p. ú.).

Deste modo, a tutela provisória pode ser requerida e concedida a qualquer tempo do processo – *respeitados os posicionamentos sobre recursos excepcionais asseverados no item 3.7.3. deste trabalho* –, inclusive em sede de sentença, pois pode ter seus respectivos pressupostos preenchidos neste momento do processo.

Comentando sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior assevera que a tutela provisória não tem momento prefixado em lei para deferimento, podendo acontecer em qualquer fase do processo e em qualquer grau de jurisdição, de

¹⁰⁹ BONDOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume XX. Op. cit.*, p. 105.

¹¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 640.

modo que não há motivo para negar ao juiz a possibilidade de decidi-la em capítulo da própria sentença, desde que o faça apoiado nos seus pressupostos.¹¹¹

Neste caso e por se tratar de prolação de sentença, o magistrado estará diante de cognição *exauriente* e não mais *sumária*. Exatamente por alterar o grau de profundidade de cognição (*sumária* para *exauriente*) é que surge dúvida em saber se é ou não possível a concessão de tutela provisória em sede de sentença – *como visto neste estudo, uma das características da tutela provisória é a cognição sumária*.

A resposta é afirmativa, ou seja, é possível a concessão de tutela provisória em sentença. Isso, pois a tutela provisória – *como é denominada na lei processual civil vigente* – é uma técnica processual de antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva, apta a satisfazer ou a assegurar a tutela definitiva, seja ela satisfativa ou cautelar.

Diante disso, possível concluir que a tutela provisória não antecipa a tutela final, mas sim os seus efeitos executivos, ou seja, a tutela só pode ser concedida definitivamente, sendo objeto de antecipação somente os efeitos práticos desta tutela.

Ademais, da análise do termo “*concede*” inserido no texto legal exposto, nota-se que o legislador processual civil foi bastante claro em asseverar que a tutela provisória pode ser *concedida* em sentença, e não somente *confirmada* ou revogada.

Destarte, perfeitamente possível a concessão de tutela provisória em sentença, mas que deve ser requerida pela parte e somente terá utilidade prática em caso de a sentença onde ela for concedida ser dotada de efeito suspensivo, pois caso não seja, isto é, em caso de apelação sem efeito suspensivo, a execução provisória já estará automaticamente autorizada pelo

¹¹¹THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.025.

sistema processual (CPC, art. 520).

5.4. Recorribilidade do capítulo da sentença que concede ou nega uma tutela provisória da evidência documental

Em caso de a tutela provisória ser concedida, confirmada ou revogada em sentença, será cabível o recuso de apelação, mas sem efeito suspensivo, (CPC, art. 1.012, §1º, V).

Corroborando com essa afirmativa, o art. 1.013, §5º, do Código de Processo Civil, expõe que o capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação.

No entanto, como prevê a literalidade do art. 1.012, §1º, do Código de Processo Civil, e nos casos previstos em lei, desde a publicação da sentença ela pode ser executada, isto é, mesmo antes da interposição da apelação, o executado fica exposto aos atos executivos eventualmente requeridos por parte do exequente.

E não é só, pois sendo negada a tutela provisória em sede de sentença, mesmo sendo a parte requerente da tutela provisória vencedora da demanda, esta suportará os efeitos danosos do transcurso do tempo do processo, uma vez que não tendo a apelação efeito suspensivo, como regra, e sendo negada a tutela provisória, não será possível realizar o protocolo de uma execução (provisória) caso o réu apele – *ressalvada a hipótese, por óbvio, de o sucumbente da demanda não recorrer e ser possível protocolar o cumprimento definitivo da sentença.*

Assim, quando os atos executivos forem imediatamente praticados pelo exequente, não se pode deduzir do executado o direito de requerer medida urgente ao Tribunal *ad quem* para suspendê-los, sem, como isso, causa-lhe uma abreviação do direito de apelar, ou seja, não se deve exigir prévia

interposição da apelação.

Da mesma forma, sendo negada a tutela provisória em sentença, mesmo tendo o requerente obtido êxito na demanda, não se pode subtrair do autor o direito de requerer tutela provisória diretamente ao Tribunal, para que os efeitos da tutela final possam ser antecipados, como preceitua, expressamente, a lei processual civil vigente (CPC, art. 299, p. ú.).

Assim, o requerimento de concessão de suspensão ou de tutela provisória recursal deve ser formulado por petição *simples*¹¹², mediante demonstração do preenchimento dos requisitos do art. 1.012, §4º, CPC, no primeiro caso, e dos requisitos do art. 311, IV, CPC, no caso de tutela provisória da evidência documental, sendo encaminhado ao tribunal ou ao relator do processo, a depender da situação processual em que o processo se encontra.

Se já houve a interposição do recurso de apelação, ou está a ser interposto, não havendo a distribuição do processo a um relator, o pedido deve ser realizado junto ao tribunal, ficando o relator designado para o exame da tutela provisória prevendo para jugar o recurso. Neste sentido, deve-se ler o art. 1.012, §3º, I¹¹³, do Código de Processo Civil, da seguinte forma: “*no período compreendido entre a publicação da sentença e a distribuição da apelação*”.¹¹⁴

No entanto, já havendo a interposição do recurso de apelação e, também, já havendo a distribuição do recurso a um relator, a petição será direcionada especificadamente ao relator já sorteado para o julgamento do recurso (CPC, art. 1.012, §3º, II).

¹¹² BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume XX. Op. cit.*, p. 108.

¹¹³ CPC, art. 1.012, §3º. O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do §1º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao:

I - tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame preventivo para julgá-la;

¹¹⁴ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero, citados por BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar in *Comentários ao Código de Processo Civil – volume XX. Op. cit.*, p. 108.

Para uma maior compressão sobre o tema, imaginemos uma situação processual: o autor instrui sua petição inicial com prova documental suficiente dos fatos constitutivos de seu direito e o réu, com o protocolo de sua defesa, não opõe prova capaz de gerar dúvida razoável. Após apresentação de réplica pelo autor, o magistrado concede prazo para as partes indicarem eventuais provas que pretendem produzir e o réu, devidamente intimado, assevera nos autos que não pretende produzir outras provas – ou até é silente sobre isso, deixando transcorrer *in albis* o prazo processual. O autor, observando a conduta do réu, pleiteia, por intermédio de simples petição e nos próprios autos, uma tutela provisória da evidência com fundamento no art. 311, IV, CPC, tendo em vista estarem devidamente preenchidos os requisitos legais.

O magistrado, por sua vez, profere sentença, julgando totalmente procedentes os pedidos contidos na petição inicial, mas não concede a tutela provisória requerida pelo autor, a qual foi pleiteada em ato processual estritamente anterior ao proferimento da sentença. Por fim, o réu, diante de sua total sucumbência na demanda, apela.

Diante do que foi estudado e diante do exemplo exposto, o autor, para não suportar os males do transcurso do tempo, que perdurará, em regra, até o proferimento de acórdão pelo tribunal *ad quem*, poderá peticionar, por intermédio de simples petição e diretamente no tribunal, requerendo a concessão da tutela provisória da evidência documental, demonstrando, pormenorizadamente, o preenchimento dos requisitos do art. 311, IV, do Código de Processo Civil.

Nota-se, portanto, que há a criação de uma técnica processual por intermédio da qual o juiz (de primeiro ou de segundo grau) pode retirar o efeito suspensivo do recurso de apelação, mas desde que estejam preenchidos os requisitos da tutela provisória requerida – *para o nosso exemplo, os requisitos da tutela provisória da evidência prevista no inciso IV, do art. 311, CPC*.

Ademais e ainda aproveitando o exemplo exposto, mas alterando-o parcialmente, imaginemos que o magistrado de primeiro grau, além de proferir

sentença de procedência, também deferiu a pretendida tutela provisória da evidência requerida pelo autor.

Neste caso, é legalmente possível ao réu, a partir da publicação da sentença, requerer a concessão de efeito suspensivo diretamente ao tribunal ou ao relator, a depender da existência, ou não, de relator já designado.

No entanto, deverá a parte requerente do efeito suspensivo demonstrar, para obter sucesso, a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (CPC, art. 1.012, §4º).

5.5. Execução provisória

Nos termos do art. 1.012, §2º, do Código de Processo Civil, sendo o recurso de apelação desprovido de efeito suspensivo, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença.

Nesta condição, isto é, na ausência de efeito suspensivo ao recurso de apelação, a sentença já nasce com eficácia imediata e não é preciso aguardar para a sua execução eventual requerimento de efeito suspensivo por parte do apelante, nem de qualquer decisão a seu respeito.¹¹⁵

Nesse sentido, o início do cumprimento provisório da sentença se subordina à iniciativa do vitorioso, uma vez que a lei processual civil é expressa em expor que “poderá promover”.¹¹⁶

O cumprimento provisório da sentença se desenvolverá, por força do próprio art. 1.012, §2º, do CPC, em consonância com as regras expostas nos artigos 520 a 522 da lei processual civil vigente, isto é, da mesma forma que o

¹¹⁵ BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume XX*. *Op. cit.*, p. 106.

¹¹⁶ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 554.

cumprimento definitivo, mas fica sem efeito sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução (CPC, art. 520, *caput* e inciso II).

Sobre a questão procedimental, o cumprimento provisório da sentença será requerido por petição dirigida ao juízo competente, ou seja, processar-se-á em autos próprios, formados por iniciativa do exequente (CPC, art. 522).

Destarte, tratando-se de uma tutela provisória da evidência documental (CPC, art. 311, IV) concedida em sentença, será cabível à parte beneficiária da medida judicial, por sua própria iniciativa (CPC, art. 522), promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a respectiva sentença (CPC, art. 1.012, §2º).

5.6. Responsabilidade objetiva

Como já exposto, a execução provisória se desenvolverá em consonância com as regras expostas nos artigos 520 a 522 da lei processual civil vigente, pois assim prevê o art. 1.012, §2º, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, prevê o art. 520, II, do Código processual civil, que sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, as partes devem ser restituídas ao estado anterior e deverão ser liquidados os eventuais prejuízos nos mesmos autos.

O exequente, portanto, assume a responsabilidade *objetiva* de indenizar o executado em caso de reforma do provimento jurisdicional¹¹⁷, de modo que é prudente ser realizado um prognóstico acerca do êxito do recurso interposto pelo apelante.

Nesse sentido e para evitar prejuízos ao executado, deve o magistrado arbitrar, de plano e na execução provisória, caução, suficiente e idônea, a ser prestada nos próprios autos, quando se tratar de levantamento de depósito em

¹¹⁷ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 555.

dinheiro, bem como versar sobre a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado (CPC, art. 520, IV).

6. Conclusão

Esse estudo teve por intuito abarcar a noção geral da tutela provisória, abrangendo o seu conceito, suas espécies, seus fundamentos, características, formas e legitimidade para requerimento, o momento processual de concessão e os efeitos antecipáveis, bem como teve o escopo principal de aprofundar os estudos em relação à tutela da evidência documental, fundamentada no art. 311, IV, do Código de Processo Civil, de modo a afastar o efeito suspensivo da apelação e ser possível promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença, nos exatos termos do art. 1.012, §1º, V e §2º, da lei processual civil vigente.

Constatou-se que as preocupações e intenções dos legisladores inseridas no Livro V do Código de Processual Civil foram de abrandar os efeitos danosos do transcurso do tempo do processo, de modo a antecipar os efeitos finais da tutela definitiva, seja ela *satisfativa* ou *cautelar*.

Ademais, verificou-se que a tutela provisória pode ser requerida e concedida liminarmente, em caráter antecedente ou incidental, bem como em instância recursal (CPC, art. 299, p. ú.), de modo que a tutela provisória pode ser requerida e concedida a qualquer tempo do processo – *respeitados os posicionamentos sobre recursos excepcionais* –, inclusive em sede de sentença, pois pode ter seus respectivos pressupostos preenchidos neste momento do processo.

Neste mesmo sentido e em análise específica da tutela provisória da evidência documental prevista no art. 311, IV, do Código de Processo Civil, observou-se também ser possível ao magistrado, desde que preenchidos os requisitos legais, concedê-la em de sentença.

Assim, sabendo-se que no sistema processual civil recursal vigente a regra geral é de que o recurso de apelação é dotado de efeito suspensivo, impedindo que a sentença apelada produza seus efeitos de plano, *constatou-*

se que a grande utilidade da tutela provisória da evidência documental concedida em sede de sentença consiste em conferir eficácia imediata à decisão judicial, afastando o efeito suspensivo do recurso de apelação, de modo a sentença começar a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação.

Conclui-se, diante do exposto, que houve, a partir do disposto no art. 311, IV, do Código de Processo Civil, a criação de uma *técnica processual* por intermédio da qual o juiz, ao conceder tutela provisória da evidência documental na sentença, desde que requerida pela parte, pode afastar o efeito suspensivo do recurso de apelação, mas desde que estejam preenchidos os requisitos legais, isso é, desde que a petição inicial tenha sido instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não tenha oposto prova capaz de gerar dúvida razoável durante a tramitação do processo em primeira instância.

Referências Bibliográficas

ALVIM, Teresa Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Cássio Scarpinella Bueno, 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2017.

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Cássio Scarpinella Bueno, 2ª triagem. Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume XX*. Coord. José Roberto Ferreira Gouveia, Luiz Guilherme Aidar Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 2, 11ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

_____. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito*

Processual Civil. Vol. 3, 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERREIRA, William Santos. *Tutela Antecipada no Âmbito Recursal*. São Paulo: RT, 2000.

LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo, Saraiva: 2001.

MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 844

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 2ª ed. ebook. São Paulo: RT, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. 1ª ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROSENVALD, Nelson. *Código Civil Comentado*. Coord. Cesar Peluso 7ª ed. São Paulo: Manole, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª triagem. São Paulo: RT, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*, 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I, 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil Artigo por Artigo*. e. 2ª edição. São Paulo: RT, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*, São Paulo: Atlas, 1999.

SALLES, Carlos Alberto de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 1, Coord. Cássio Scarpinella Bueno, 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Welder Queiroz dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Cássio Scarpinella Bueno, 2ª triagem. Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2017.

ZAVASSCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.