

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

VICTOR HUGO GRISÓLIA DA CONCEIÇÃO

A EVOLUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Do Código de Processo Civil de 1973 às Tutelas de Urgência
e de Evidência no Novo Diploma Processual Civil

São Paulo/SP

2015

VICTOR HUGO GRISÓLIA DA CONCEIÇÃO

A EVOLUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Do Código de Processo Civil de 1973 às Tutelas de Urgência
e de Evidência no Novo Diploma Processual Civil

Monografia apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial do curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil, para obtenção do título de Especialista, sob a orientação da Professora Doutora Rita Maria Costa Dias Nolasco.

São Paulo/SP

2015

VICTOR HUGO GRISÓLIA DA CONCEIÇÃO

A EVOLUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Do Código de Processo Civil de 1973 às Tutelas de Urgência
e de Evidência no Novo Diploma Processual Civil

Monografia apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial do curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil, para obtenção do título de Especialista, sob a orientação da Professora Doutora Rita Maria Costa Dias Nolasco.

Aprovado em: ____ de _____ de 2015.

(_____)

(_____)

Prof. Dra. Rita M. C. Dias Nolasco
Orientadora

“O futuro não é um lugar onde estamos indo, mas um lugar que estamos criando. O caminho para ele não é encontrado, mas construído e o ato de fazê-lo muda tanto o realizador quando o destino.”

Antoine de Saint-Exupéry

RESUMO

Com a constitucionalização do processo, mormente pelo reconhecimento dos direitos processuais pela Carta Magna, destaca-se o direito à efetiva prestação jurisdicional, que garante às partes a duração razoável do processo. Com tal princípio surge o instituto da tutela antecipada, a fim de garantir ao Autor o usufruto dos efeitos da tutela pretendida, antes da finalização do procedimento. Após vasta discussão na doutrina e jurisprudência, surge com o Novo Código de Processo Civil o instituto da tutela provisória, que une em um só lugar a tutela cautelar e a antecipatória dos efeitos da tutela, derrubando o processo cautelar autônomo e todas as questões atinentes à fungibilidade entre os institutos. Em contrapartida, insere em capítulo específico a tutela provisória de evidência, inovação legislativa no direito brasileiro. O presente trabalho buscou, por meio de uma revisão bibliográfica, utilizando-se do método hermenêutico, promover uma compreensão comparativa entre os estudiosos que lecionam sobre o assunto. Concluiu-se que o instituto da tutela provisória alcança, num primeiro momento, o objetivo para o qual foi criado, causando no processo um certo aceleramento em razão, principalmente, da nova técnica processual de estabilização dos efeitos da decisão antecipatória. Contudo, sabe-se que o novo enfrenta resistência e, somente após a entrada em vigor da lei, que ainda se encontra no período de vacância, é que poderemos verificar os benefícios e/ou eventuais pontos necessários de adequação advindos das alterações propostas.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Novo Código de Processo Civil. Tutela antecipada. Tutela provisória. Tutela de urgência e de evidência. Estabilização dos efeitos da tutela provisória.

ABSTRACT

Once the constitutional rights were introduced on the process the right to effective judicial protection took place, especially for the acknowledgment of procedural rights by the Constitution. These rights allows the parties a reasonable duration of the process. The principle of the effective judicial protection brings the Institute of anticipatory measure in order to ensure plaintiff enjoyment of the intended protection effects before the end the procedure. After extensive discussion in doctrine and jurisprudence the Institute of interim protection was created by the New Code of Civil Procedure which puts together both injunctive relief and anticipatory measure. Such initiative impaired the autonomous injunctive process and all problems relating to fungibility between them. In contrast, the New Code of Civil Procedure inserts a specific chapter concerning about interim protection of evidence which is a legislative innovation in Brazilian law. This study aimed compare knowlodge among especialized authors who teaches about these subjects through a literature review using the hermeneutic method. It was possible to conclude that the institution of interim protection achievies the purpose for which it was created. It led to acceleration by new procedural technique of stabilizing effects of anticipatory measure. However, it is known that new ideas always have to deal with resistance but benefits and/or any adequacy only will be possible to verify after the entry into force of the law, which is still in the vacancy period.

Keywords: Civil Procedure. New Code of Civil Procedure. Injunctive relief. Anticipatory measure. Interim protection. Guardianship of urgency and evidence. Stabilizing effects of the interim protection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – A EVOLUÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: Da constitucionalização do processo à necessidade da efetiva prestação jurisdicional	9
1.1. O “surgimento” das tutelas de urgência e de evidência no direito brasileiro	12
CAPÍTULO 2 – TUTELA ANTECIPADA	16
2.1. Conceito.....	16
2.2. Requisitos	17
2.2.1. Requisitos obrigatórios.....	18
2.2.1.1. Prova inequívoca	18
2.2.1.2. Verossimilhança da alegação	19
2.2.2. Requisitos alternativos e cumulativos	21
2.2.2.1. Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.....	21
2.2.2.2. Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu	22
2.3. Aspectos relevantes.....	23
2.3.1. Provisoriedade e Reversibilidade	23
2.3.2. Requerimento da parte <i>versus</i> Deferimento da medida <i>ex officio</i> – Poder-dever geral de antecipação?	27
CAPÍTULO 3 – AS TUTELAS DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	31
3.1. Noções gerais	33
3.1.1. Espécies de tutela provisória	33
3.1.2. Requisitos para a concessão da tutela provisória – de urgência e de evidência.....	34
3.1.3. Tutela provisória antecedente e incidental – momento da concessão	35
3.1.4. Efetivação da medida e concessão <i>ex officio</i> /Requerimento da parte	37
3.2. Tutela provisória de urgência.....	38
3.2.1. Pressupostos gerais.....	38
3.2.2. Tutela de urgência satisfativa antecedente: novo procedimento.....	39
3.2.3. Estabilização da decisão que defere a tutela provisória de urgência satisfativa – Art. 304.....	41
3.2.3.1. Discussões sobre a nova técnica de estabilização.....	41
3.2.3.2. A ação para rever, reformar ou invalidar a tutela provisória satisfativa antecedente estabilizada	44
3.2.3.3. Outras questões importantes acerca da estabilização	44
3.3. Tutela provisória de evidência	45
3.3.2. Noções gerais	45
3.3.3. Pressupostos	46
3.3.3.1. Tutela de evidência punitiva	46

3.3.3.2. Tutela de evidência documentada.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

INTRODUÇÃO

O problema da morosidade da justiça não é de hoje; e o poder legislativo há muito tem procurado se renovar/innovar na busca de dar uma resposta mais rápida e efetiva aos cidadãos. Como exemplo disso, temos a criação do Superior Tribunal de Justiça, com o constituinte originário em 1988, numa manifesta tentativa de “desafogar” o volume processual do Supremo Tribunal Federal que até então era o responsável para julgar uma infinidade de matérias. Tal foi a justificativa para, em 2009, ser formada a Comissão de Juristas que elaboraria o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

Com a sanção do Novo Código de Processo Civil em 2015, quase 06 (seis) anos após a formação da sobredita comissão, muitas alterações foram introduzidas no direito processual civil brasileiro, principalmente no instituto que ora se propõe a análise.

O presente trabalho objetiva, portanto, proceder um exame dos principais pontos introduzidos na disciplina do instituto da “antiga” tutela antecipada, “atual” tutela provisória, com o estudo: das razões que levaram o legislador a proceder com as alterações propostas; dos pressupostos autorizadores da medida e suas espécies; abordando aspectos gerais e relevantes do instituto na sua nova sistemática.

O primeiro capítulo tratará, de forma ampla, sobre a evolução histórica do instituto, com o objetivo de demonstrar do onde adveio a necessidade de constitucionalização do mesmo, seguindo a tendência moderna; no segundo capítulo o instituto da tutela antecipada será abordado de forma mais específica, conforme previsão do Código de Processo Civil/1973, com a exposição das questões relevantes para a evolução legislativa do instituto, esta, a ser tratada no terceiro capítulo, oportunidade que se buscará aprofundar no instituto da tutela provisória, como disposto no Novo Código de Processo Civil/2015, com a discriminação das alterações ocorridas, justificando-as e debatendo as questões importantes apontadas pela doutrina.

Registre-se que não foram esgotados todos os assuntos didáticos acerca do tema porque escolheu-se, aqui, prestigiar os pontos relevantes que auxiliaram na evolução do instituto para a forma como se encontra disciplinado no Novo Código de Processo Civil, como tutelas de urgência e de evidência.

CAPÍTULO 1 – A EVOLUÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: Da constitucionalização do processo à necessidade da efetiva prestação jurisdicional

Não é de hoje que se busca aplicar maior celeridade na resolução dos litígios judiciais. Observa-se, pela vasta atividade legislativa, uma busca pelo aperfeiçoamento dos procedimentos, numa tentativa de atingir de forma mais efetiva a finalidade do processo, instrumento de tutela do direito material.¹

Por ser esse um anseio global, em 1969 foi editada a Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil tornou-se signatário, tendo sido posteriormente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, Pacto este que prevê em seu artigo 8, I que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Nesse contexto, foi editada a EC 45/2004 que ,ao incluir no artigo 5º da CRFB a razoável duração do processo como princípio norteador do direito processual, alçou o mesmo à categoria de garantia fundamental. Sobre a referida emenda, a eminente professora e processualista Ada Pellegrini Grinover, citada por Lenza, assim disciplina:

Esses meios devem ser inquestionavelmente oferecidos pelas leis processuais, de modo que a reforma infraconstitucional fica umbilicalmente ligada à constitucional, derivando de ordem expressa da EC. nº 45/2004. Trata-se, portanto, de fazer com que a legislação processual ofereça soluções hábeis à desburocratização e simplificação do processo, para garantia da celeridade processual.²

Lado outro, vale ressaltar que nos idos de 1973 surgiu, com o artigo 804 do Código de Processo Civil, previsão expressa que permitia ao juiz a concessão da tutela cautelar de forma liminar nos casos ali previstos.³ Antes disso, por maior convicção que o juiz tivesse acerca da viabilidade do direito pleiteado pelo Autor, nada poderia ser feito no processo de conhecimento antes da sentença exauriente de

¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil e ao processo de conhecimento**, volume 1. 15 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 25.

² LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Método, 2005, p. 514.

³ Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973).

mérito. Por esta razão, as cautelares satisfativas eram amplamente utilizadas pelas partes que não se conformavam com a demora no processo.

Foi com a constitucionalização do direito processual que se percebeu um grande avanço na forma de tratar o processo. Se por um lado passou-se a incluir normas processuais como direitos fundamentais dispostos expressamente no texto da Carta Magna, por outro, estudiosos de ambas as áreas (processual e constitucional) estiveram mais interligados, com discussões muito próximas, de forma a aprimorar o novo direito processual-constitucional.⁴

Antes da tutela antecipada como conhecida, existia a possibilidade de tutelas específicas, como por exemplo, nos alimentos provisórios; na liminar de despejo; na liminar de reintegração de posse, nas ações possessórias, dentre outras situações que, caso reconhecidas pelo juiz, tinham na decisão verdadeira forma de tutela antecipada satisfativa, ainda que em caráter provisório.

Para os casos que não admitiam a tutela específica, as partes e seus procuradores valiam-se, com muita frequência, das cautelares inominadas, a fim de obter o “bem da vida” pleiteado antes mesmo da prolação da sentença, numa tentativa de minorar os prejuízos da demora do processo.

É em 1994, com a edição da Lei n. 8.952, que se reconheceu no bojo do Diploma Processual Civil a possibilidade de se conceder tutela antecipada em qualquer ação (antes passível de deferimento apenas em casos específicos, como os dos exemplos supramencionados).

À época, o reconhecimento pelo legislador de uma figura já utilizada no direito alienígena, foi aplaudido pelos processualistas e profissionais do direito como grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro, sendo relevante a contribuição de Antônio Jeová da Silva Santos que assim menciona:

A mudança mais sensível ocorrida na Reforma Processual Civil de 1994 (Lei n. 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953), é a do artigo 273, que introduz no direito processual brasileiro a tutela antecipada de direito subjetivo material, de forma ampla e permenorizada, muito embora o art. 84, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor preveja esta forma de tutela de maneira mais restritiva.

Na reforma em que vazado o Código de Processo Civil, antes das leis precipitadas, sempre houve uma angústia quanto à demora da prestação jurisdicional. O atraso muitas vezes decorre do conteúdo do Livro I do CPC, do Processo de Conhecimento, mais precisamente do procedimento ordinário na forma em que disciplinado na origem. Preso a exagerado formalismo, o procedimento ordinário – regra em nosso CPC – não mais atende ao angustiante perpassar do tempo. Entendendo que a lide é fator de

⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. *op. cit.*, p. 32 *et. seq.*

perturbação da paz social e quanto mais rápido exista a composição da lide e a resolução dos conflitos, afasta-se da sociedade a *vis inquietativa* gerada pela demora do processo, o legislador pátrio resolveu admitir a tutela antecipada de direitos.⁵

No mesmo sentido, Moacyr Amaral Santos explica que “a *tutela antecipada surgiu como uma resposta do legislador à necessidade de dar celeridade ao processo, cumprindo com seu ideal de efetividade, além de normatizar as antecipações dos efeitos das tutelas conferidas, até então, por meio de ações cautelares inominadas*”.⁶

Outrossim, Cândido Rangel Dinamarco alude sobre a importância da figura da tutela antecipada como meio de aumentar a efetividade do processo. Isso porque, muitas vezes o tempo empregado no processo provoca depreciação e sofrimento para aquele que busca a tutela jurisdicional e enfrenta a morosidade na obtenção da resposta pretendida:

É muito antiga a preocupação pela presteza da tutela que o processo possa oferecer a quem tem razão. Os *interdicta* do direito romano clássico, medidas provisórias cuja concessão se apoiava no mero *pressuposto* de serem verdadeiras as alegações de quem as pedia, já eram meios de oferecer proteção ao provável titular de um direito lesado, em breve tempo e sem as complicações de um procedimento regular. (direito Romano) No direito moderno, a realidade dos pleitos judiciais e a angústia das longas esperas são fatores de desprestígio do Poder Judiciário e de sofrimento pessoal dos que necessitam da tutela jurisdicional. Fala-se no binômio *custo-duração* como o eixo em torno do qual gravitam todos os males da justiça contemporânea (Vincenzo Vigoritti) e com toda a autoridade já foi dito, em sugestiva imagem, que o *tempo é inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas* (Carnelutti). Acelerar os resultados do processo é quase uma obsessão, nas modernas especulações sobre a tutela jurisdicional. [...] A antecipação dos efeitos da tutela pretendida, veio com o objetivo de ser uma arma poderosíssima contra os males corrosivos do tempo no processo.⁷

Percebe-se que por muito tempo o Código de Processo Civil de 1973 satisfaz muitos dos anseios dos jurisdicionados, adaptando-se diversas vezes, notadamente pelas mudanças sociais e funcionamento das instituições jurídicas. Contudo, pertinente e oportuno trazer à baila, apenas a título de debate, reflexão proposta por Didier sobre um contraponto necessário:

Não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional. [...] A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao devido

⁵ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **A tutela antecipada como prestação jurisdicional diferenciada:** A nova redação do art. 273 do CPC. Rio de Janeiro: IEJ, 1995, p.398.

⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 135.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil.** 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 140.

processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do caso deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios. [...] A exigência do contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos certamente atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer o alerta para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor. Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sinta saudade deles.⁸

No mesmo sentido, observa-se o magistério de Elpídio Donizetti que assim dispõe:

É importante observar que a almejada celeridade processual não pode ser levada a extremos. O processo, como já demonstramos, pressupõe uma série de atos e procedimentos (contraditório, ampla defesa, produção de provas, recursos), diligências que inevitavelmente impedem a rápida solução do litígio, mas que, mesmo assim, não de ser observadas. A celeridade não tem valor absoluto e deve ser estudada e aplicada sempre em conjunto com os demais preceitos que regem o processo. Por outro lado, verifica-se que o dispositivo constitucional não passa de uma declaração de boa intenção do Estado, o que, por si só, não tem o condão de alterar a realidade do Judiciário brasileiro. Para que a Justiça efetivamente seja célere, muito mais há que se fazer além do acréscimo de mais um inciso no extenso rol do art. 5- da CF.⁹

Diante da reflexão proposta por Didier e Donizetti, conclui-se pela necessidade de se proceder uma leitura sistemática do direito processual civil com as normas processuais infraconstitucionais e, principalmente, com a própria Constituição, de forma a abordar os temas processuais pelo caráter mais da efetividade e qualidade da prestação jurisdicional, do que pelo simples “aceleramento” das decisões judiciais.

1.1. O “surgimento” das tutelas de urgência e de evidência no direito brasileiro

Como já dito, em 1994 com a inserção do artigo 273 no Código de Processo Civil, o legislador inovou ao trazer à baila o instituto da tutela antecipada; antes, as situações emergenciais que surgiam no bojo do (ou anteriores ao) processo de conhecimento, eram resolvidas por meio de cautelares inominadas satisfativas.

O instituto da tutela antecipada, precursor da discussão acerca das tutelas de urgência e evidência, será estudado com maior riqueza de detalhes no capítulo seguinte. Contudo, mister aludir, por ora, que muitas foram as discussões na doutrina e jurisprudência em razão dos incisos do artigo 273 que tratam das situações que autorizam o deferimento da medida antecipatória, a saber: “I - *haja fundado receio de*

⁸ DIDIER, Junior. *Op. cit.*, p. 69.

⁹ DONIZETTI, Elpídio **Curso didático de direito processual civil** - 18. ed.- São Paulo: Atlas, 2014, p. 99.

dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.”, tudo sempre considerando a existência de prova inequívoca e o convencimento judicial acerca da verossimilhança da alegação.

O inciso primeiro trata, portanto, do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, decorrente do perigo da demora na prestação jurisdicional. Isso porque, caso se impusesse ao Autor a espera pelo provimento judicial final, muito provavelmente o direito violado continuaria a sofrer toda forma de lesão e o que estivesse em vias de sê-lo, com certeza pereceria em razão da morosidade da justiça.

Acerca do perigo da demora, Cássio Scarpinella Bueno leciona com propriedade sobre o assunto:

Esse ‘perigo na demora da prestação jurisdicional’ deve ser entendido no sentido de que a tutela jurisdicional deve ser prestada (e, para os fins presentes, *antecipada*) como forma de evitar a perpetuação da lesão a direito ou como forma de imunizar a ameaça a direito do autor. Trata-se, inequivocadamente, de uma situação em que a tutela jurisdicional é antecipada como forma de debelar a *urgência*, sendo insuficiente a prática de atos que busquem meramente assegurar o resultado útil do processo, isto é, a futura prestação da tutela jurisdicional. É essa a razão pela qual a figura do inciso I do art. 273 pode muito bem ser chamada – como, de resto, é por vezes identificada – como “tutela antecipada de *urgência*”.¹⁰

Vê-se aí uma referência ao termo “tutela de urgência”, exatamente pela necessidade precípua de se evitar a perpetuação da lesão ou provocar a interrupção da ameaça ao direito litigioso.

Sobre as tutelas de urgência, Humberto Theodoro Junior esclarece que

[...] representam providências tomadas antes do desfecho natural e definitivo do processo, para afastar situações graves de risco do dano à efetividade do processo, prejuízos que decorrem da sua inevitável demora e que ameaçam consumir-se antes da prestação jurisdicional definitiva. Contra esse tipo de risco de dano, é inoperante o procedimento comum, visto que tem, antes do provimento de mérito, de cumprir o contraditório e propiciar a ampla defesa.¹¹

Pela redação do inciso I, observa-se que o legislador buscou atender aos anseios das partes, advogados e estudiosos do direito que há muito vinham discutindo sobre o prejuízo sofrido por aquele que, a despeito de possuir provas contundentes

¹⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, vol. 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. 6. ed.— São Paulo : Saraiva, 2014, p. 38.

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, Vol. 2: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 888.

sobre o direito pleiteado, ainda assim, era obrigado a esperar até o desfecho final da demanda.

Por outro lado, a doutrina trata o inciso II do artigo 273 do CPC/1973 como forma de prenúncio da tutela de evidência, porque o que se busca nesse inciso é igualmente minorar os prejuízos da demora na prestação jurisdicional, contudo, fundado no manifesto propósito do réu em prejudicar o andamento do feito.

É certo que o processo tem sua demora natural, decorrente da coletividade de atos a serem praticados ao longo do procedimento. Todavia, a partir do momento que o réu se utiliza de forma vil, *p. ex.*, de manifestações infundadas, o juiz pode antecipar os efeitos da tutela definitiva, reprimindo, por um lado, a conduta desleal do réu e minorando, por outro, os efeitos da demora temporal para o Autor.

Vários são os doutrinadores que sustentam que a intenção do legislador no inciso em comento foi a de prestigiar a evidência do direito do Autor, em detrimento dos atos de má-fé processual praticados pelo réu. Isso porque, aqui o legislador não buscou resguardar o direito evidente do Autor apenas em razão do risco de perecimento pela demora do processo, mas sim em conceder uma resposta, de certa maneira condenatória em face da postura desleal do réu.

Nesse sentido, Daniel Mitidiero sustenta que a dicção do inciso II do artigo 273 “[...] constitui sede normativa para tutela antecipatória fundada na evidência da posição jurídica de uma das partes e cujo pressuposto de aplicação reside na ausência de defesa séria articulada pelo demandado”¹².

Luiz Fux, em consonância com a lição de Cassio Scarpinella Bueno, afirma:

“Assente-se, ainda, por oportuno, que não é preciso ao juízo aguardar a defesa para considera-la abusiva, haja vista que nos casos de evidência é lícito atender o requerimento de tutela antecipada, tal como se faz quando se analisa o pedido liminar de mandado de segurança, proteção possessória etc. A insubsistência da defesa exercitável ou exercida, em resumo, configura, para a lei, caso de direito evidente, passível de receber a antecipação final após longo e oneroso procedimento.”¹³

Vale ressaltar que os dois casos previstos para a tutela antecipada (incisos I e II do artigo 273 do CPC) devem ser analisados juntamente com as provas levadas aos

¹² MITIDIERO, Daniel. **Tutela antecipatória e defesa inconsistente**. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). Tutela de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 339.

¹³ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência** (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 347.

autos pelo Autor, que demonstram de forma inequívoca a viabilidade do direito pleiteado e a verossimilhança da alegação.

Diante disso, passa-se ao estudo aprofundado da tutela antecipada, de forma a compreender o que motivou a inovação legal trazida pelo Novo Código de Processo Civil na disciplina das tutelas de urgência e de evidência.

CAPÍTULO 2 – TUTELA ANTECIPADA

2.1. Conceito

Segundo Aurélio Buarque de Holanda, etimologicamente *antecipar* significa “fazer suceder antes do tempo devido ou determinado; chegar ou vir antes; adiantar-se.”¹⁴

O instituto da tutela antecipada consiste, portanto, “na antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional almejada [...] que poderá ser antecipada total ou parcialmente, porém tem caráter provisório.”¹⁵

Para Cássio Scarpinella Bueno, a tutela antecipada

deve ser entendida como a possibilidade da precipitação da produção dos efeitos práticos da tutela jurisdicional, os quais, de outro modo, não seriam perceptíveis, isto é, não seriam sentidos no plano exterior ao processo — no plano material, portanto —, até um evento futuro: proferimento da sentença, processamento e julgamento de recurso de apelação com efeito suspensivo e, eventualmente, seu trânsito em julgado.¹⁶

Donizetti afirma que “dá-se o nome de tutela antecipada ao adiantamento dos efeitos da decisão final, a ser proferida em processo de conhecimento, com a finalidade de evitar dano ao direito subjetivo da parte.”¹⁷

Diante dos ensinamentos transcritos, entende-se que o instituto da antecipação dos efeitos da tutela se caracteriza por adiantar somente os efeitos materiais que viriam a ser provenientes de eventual procedência do pedido formulado, tendo em vista que apenas a sentença, após esgotar a análise da lide proposta (cognição exauriente), tem competência para declarar, constituir ou condenar.

Por meio da decisão que defere a antecipação dos efeitos da tutela confere-se à parte o direito de usufruir, imediatamente, dos efeitos executivos da sentença antes mesmo do reconhecimento judicial do pedido.

É nesse sentido o ensinamento de Didier, senão vejamos:

Assim, não se antecipa a própria tutela (declaratória, constitutiva ou condenatória), mas, sim, os efeitos dela provenientes. Não se declara, constitui ou condena antecipadamente só ao fim do processo, mediante cognição exauriente. Através da decisão antecipatória, apenas se permite que o requerente usufrua dos efeitos práticos (sociais, executivos) do direito que quer ver tutelado, imediatamente, antes mesmo do seu reconhecimento judicial. (...) Antecipa-se, pois, a eficácia social da sentença seus efeitos

¹⁴ Dicionário do Aurélio. Disponível em: <http://dicionariodoaurelio.com/>. Acesso em 10/10/2015.

¹⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, p. 136.

¹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *op. cit.*, p. 33.

¹⁷ DONIZETTI, Elpídio. *op. cit.*, p. 347.

executivos e, não, sua eficácia no plano jurídico-formal. Antecipar a tutela é satisfazer de imediato, na realidade fática, o pleito do requerente.¹⁸

Em suma, infere-se que se trata de uma técnica processual criada para autorizar a fruição imediata de um proveito que a parte experimentaria somente ao final do processo.

Importante mencionar que, conforme ilustre ensinamento de Humberto Theodoro Junior,

Não se deve, porém, confundir antecipação de tutela apenas com as liminares que já se conheciam em várias ações especiais. Embora essas liminares tenham sido a primeira forma de propiciar antecipação de tutela, a forma generalizada de provimentos dessa natureza, concebida pelo atual art. 273 do CPC, compreende providências que tanto podem ocorrer *in limine* litis como no curso do processo, em qualquer tempo em que ainda não se possa executar definitivamente a sentença de mérito.¹⁹

Sendo assim, pode-se dizer que as liminares previstas na legislação especial (alimentos, ações possessórias, mandado de segurança, dentre outras) são espécies derivadas do gênero tutela antecipada, já que antecipam a entrega à parte da fruição material do direito postulado. Por sua vez, a tutela antecipada nem sempre será liminar. Isso porque, o artigo 273 do CPC/1973 permite que o pleito formulado a título de antecipação dos efeitos da tutela possa ser deferido a qualquer momento, antes da possibilidade de execução definitiva da sentença de mérito.

Daí se vê o motivo pelo qual muitos magistrados deferem a medida antecipatória apenas na sentença, tendo em vista que a sentença estará pronta para produzir efeitos materiais apenas após seu trânsito em julgado e, em sendo antecipados os efeitos da tutela na sentença, a parte beneficiada terá acesso, desde logo, ao direito pretendido.

2.2. Requisitos

O *caput* e os incisos I e II do artigo 273 do CPC/73 assim dispõem:

Art. 273. O juiz poderá, **a requerimento da parte**, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo **prova inequívoca**, se convença da **verossimilhança da alegação** e:

I - **haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou**
 II - **fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.** (grifei).

Da leitura do artigo, extraímos os seguintes requisitos para a concessão da tutela antecipada. Requisitos obrigatórios: a) prova inequívoca; b) verossimilhança da

¹⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Op. cit.*, p. 69.

¹⁹ THEODOR JUNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 901.

alegação; Requisitos alternativos e cumulativos: c) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; e d) abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. O requisito do requerimento da parte será igualmente analisado, contudo, sobre ele recaem algumas discussões que serão trazidas à baila no momento oportuno.

Passamos, portanto, à análise de cada requisito.

2.2.1. Requisitos obrigatórios

2.2.1.1. Prova inequívoca

O *caput* do artigo 273 exige prova inequívoca, que consiste em prova robusta que convença o magistrado, num juízo de probabilidade, sobre a plausibilidade do direito pleiteado. Para que a prova seja considerada inequívoca no instituto da tutela antecipada não há necessidade de que seja plena e absoluta, e que conduza o magistrado à certeza do direito do Autor. Isso porque, na tutela antecipada a cognição é sumária, não exauriente.

Sobre o assunto, Didier (2002, p. 499), esclarece que

Prova inequívoca não é prova irrefutável, senão conduziria a uma tutela satisfativa definitiva (fundada em cognição exauriente) e, não, provisória. A exigência não pode ser tomada no sentido de "prova segura", "inarredável", capaz de induzir a certeza sobre os fatos alegados, sob pena de esvaziar completamente o conteúdo das tutelas antecipadas, que só poderiam ser deferidas, desse modo, após toda a instrução processual, após uma cognição profunda.

Impende mencionar que, a despeito de ser assente sobre a segurança das provas documentais, o artigo deve ser interpretado levando-se em consideração todos os meios de prova admitidos no direito, face a ausência de vedação de quaisquer das provas à disposição das partes.

Ademais, sobre o caráter inequívoco e a segurança da prova, Cassio Scarpinella Bueno leciona que “*o que interessa, pois, é que o adjetivo ‘inequívoca’ traga à prova produzida, qualquer que ela seja, e por si só, segurança suficiente para o magistrado decidir sobre os fatos e as consequências jurídicas que lhe são apresentados.*”²⁰

Portanto, prova inequívoca é aquela prova preexistente, de qualquer espécie, que caso o juiz devesse julgar a causa *ab initio*, o conduziria ao julgamento favorável à parte que pleiteou a medida. Contudo, não é absoluta, já que após a instrução probatória e, considerando os demais elementos trazidos aos autos no decorrer do

²⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *op. cit.*, p. 35.

processo, o juiz poderá confirmar a decisão antecipatória ou mesmo revoga-la (face seu caráter provisório), caso conclua de forma contrária às provas que embasaram o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela.

Sobre o caráter da prova e a necessidade de conferir determinado grau de certeza ao juiz, Humberto Theodoro Junior esclarece magistralmente que

A antecipação não é de ser prodigalizada à base de simples alegações ou suspeitas. Haverá de apoiar-se em prova preexistente, que, todavia, não precisa ser necessariamente documental. Terá, no entanto, que ser clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável. É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo. Dir-se-á que, então, melhor seria decidir de vez a lide, encerrando-se a disputa por sentença definitiva. Mas não é bem assim. O julgamento definitivo do mérito não pode ser proferido senão a final, depois de exaurido todo o debate e toda a atividade instrutória. No momento, pode haver prova suficiente para a acolhida antecipada da pretensão do autor. Depois, porém, da resposta e contraprova do réu, o quadro de convencimento pode resultar alterado e o juiz terá de julgar a lide contra o autor.²¹

2.2.1.2. Verossimilhança da alegação

O presente requisito está intrinsecamente ligado ao da prova inequívoca, já que é o conjunto probatório, documental ou não, que formulará o convencimento do juiz sobre a aparência da verdade. Conforme alhures mencionado, não há necessidade de que a prova demonstre certeza do direito pleiteado, contudo, deve demonstrar ao juiz que as provas corroboram para o pleito formulado, sendo, portanto, verossímeis as alegações sustentadas pela parte.

É a própria ausência de equívoco que direciona o magistrado ao estado de verossimilhança, segundo ensinamentos de Cassio Scarpinella Bueno.

[...] é a prova inequívoca que conduz o magistrado a um estado de verossimilhança da alegação. Verossimilhança no sentido de que o que foi narrado e *provado* ao magistrado parece ser verdadeiro. Não que o seja, e nem precisa sê-lo; mas é fundamental que a alegação tenha *aparência* de verdadeira. É demonstrar ao magistrado que, à luz das provas que lhe são apresentadas (documentais ou não), o fato jurídico conduz à solução e aos efeitos que o beneficiário da tutela jurisdicional pretende. [...] basta convencer o magistrado da verossimilhança da alegação. Haverá oportunidade, ao longo do processo (fase instrutória), para que ele vá além da verossimilhança, para que ele se convença de que as coisas, para ele ao menos, realmente aconteceram e que elas devem dar ensejo a determinadas conseqüências jurídicas. Para fins de antecipação da tutela, contudo, é suficiente a *verossimilhança da alegação*. Por essa razão, aliás, é que se mostra importante *sempre* entender, compreender, interpretar e aplicar as duas expressões em conjunto: é a prova inequívoca que conduz o magistrado à

²¹ Theodoro Júnior, Humberto. *Op. cit.*, p. 901.

verossimilhança da alegação. Inequívoca (robusta) é a prova. Verossimilhante (com aparência de verdadeiro) é a alegação.²²

Numa interpretação sistemática dos dois requisitos fundamentais e indispensáveis para o deferimento da tutela antecipada, instrui o processualista José Joaquim Calmon de Passos:

Exige a lei que, para deferimento da antecipação, haja *prova inequívoca e convencimento da verossimilhança da alegação*. Temos, portanto, em primeiro lugar, uma *alegação*. Que não é alegação da existência de risco de dano ou de abuso de direito. Isso me parece indubitável, porquanto o art. 273 reclama a prova inequívoca da alegação, o convencimento da verossimilhança dessa alegação (indicado de modo claro e preciso) e (mais) os pressupostos referidos. Fosse prova inequívoca e convencimento da verossimilhança no tocante ao que os incisos I e II mencionam, nenhum sentido teria a copulativa e posta na lei. Dir-se-ia: prova inequívoca e convencimento da verossimilhança da existência do risco de dano ou do abuso de direito de defesa. Concluo, portanto, que a prova inequívoca é a do fato título da demanda (causa de pedir) que alicerça a tutela (pedido) que se quer antecipar. E essa prova inequívoca não precisa conduzir à certeza, no que diz respeito ao convencimento do magistrado, suficiente sendo a verossimilhança.²³

Percebe-se, portanto, que a verossimilhança apresenta-se sobremaneira mais robusta que o *fumus boni iuris* da tutela cautelar. Isso porque, na cautelar basta o perigo da demora (*periculum in mora*) e a fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*), enquanto que no instituto da tutela antecipada o legislador quis exigir que, antes de mais nada, a parte demonstre, por meio de prova indubitável, que suas afirmações têm aparência e se assemelham à verdade.

Cândido Rangel Dinamarco elucida que

O art. 273 condiciona a antecipação da tutela à existência de prova inequívoca suficiente para que o juiz “se convença da verossimilhança da alegação”. A dar peso ao sentido literal do texto, seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente porque prova inequívoca é prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não mera verossimilhança. Convencer-se da verossimilhança, ao contrário, não poderia significar mais do que imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descrever o autor. [...] A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni iuris* exigido para a tutela cautelar.²⁴

²² BUENO, Cassio Scarpinella. *op. cit.*, p.35/36.

²³ CALMON DE PASSOS, J.J. **Inovações no CPC**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 10-12.

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 35.

2.2.2. Requisitos alternativos e cumulativos

Os próximos requisitos, objeto de estudo, são chamados de alternativos e cumulativos tendo em vista que para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, os requisitos obrigatórios devem, necessariamente, coexistir, acrescendo-se aos alternativos e cumulativos que autorizam uma ou outra hipótese da tutela antecipada.

2.2.2.1. Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Se o requisito da prova inequívoca deve se apresentar sobremaneira mais contundente que o “*fumus boni iuris*” da cautelar, no que concerne ao requisito em análise o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação se amolda perfeitamente às exigências do *periculum in mora* do processo cautelar. Isso se dá em razão de o fundamento para ambos ser o mesmo: a efetiva prestação jurisdicional.

As situações que autorizam o deferimento da tutela antecipada, bem como da tutela cautelar, clamam por uma resposta imediata do judiciário. No processo cautelar busca-se, em suma, garantir o resultado útil dos processos de conhecimento e/ou de execução; com a tutela antecipada, a problemática é ainda maior: há urgência para se ver efetivada a prestação jurisdicional, já que o perigo da demora pode tornar inócua qualquer medida a ser futuramente tomada.

Fredie Didier sustenta que o risco de dano que justifica a antecipação dos efeitos da tutela deve apresentar as seguintes características: a) concreto; b) atual; e c) grave. Isso porque, o dano hipotético ou eventual, que decorre de mera especulação da parte não merece guarida pelo instituto em estudo; o dano não pode ser passado ou sequer ter ideia de como e quando pode ocorrer, isto é, deve estar em vias de acontecer; e, por último, situações que causem mero dissabor à parte não autorizam o deferimento da medida antecipatória, mas sim aquelas que, caso efetivamente ocorram, prejudicarão ou inviabilizarão a fruição do direito pela parte.²⁵

Sobre o receio fundado, vale trazer à baila excelente lição do Professor Humberto Theodoro Junior que, sobre o tema, assim se manifesta:

Receio fundado é o que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave. Os simples inconvenientes da demora processual,

²⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* **Curso de direito processual civil**: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Volume 2. 7ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 507.

aliás inevitáveis dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, só por si, justificar a antecipação de tutela. É indispensável a ocorrência do risco de dano anormal cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.²⁶

2.2.2.2. Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu

Também tratado por alguns doutrinadores como tutela punitiva (Fredie Didier, Cássio Scarpinella, dentre outros), o requisito em análise autoriza que o magistrado defira a antecipação dos efeitos da tutela, independentemente do perigo de dano, como forma de punição ao réu que coloca entraves ao processo.

À atitude de deslealdade processual do réu acrescentam-se os requisitos já observados, dando maiores indícios ao juiz acerca da viabilidade do direito do autor e da verossimilhança das provas por ele dispostas nos autos.

SANTOS dispõe que

Quando a probabilidade do direito do autor resta reforçada pela inconsistência da do réu, emerge nitidamente a hipótese do inc. II do art. 273. Manifestado o intuito procrastinatório do réu, que não passa de manobra para retardar o curso do processo, sinal notório de deslealdade processual, autorizada se torna a antecipação da tutela, não só como uma punição ao réu, mas sobretudo por se antever o titular do direito material.²⁷

Por sua vez, WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINI afirmam que

os argumentos do autor são tão sólidos e tão convincente é a prova documental juntada à inicial que a defesa não pode ser senão protelatória ou abusiva. Nessa hipótese, o altíssimo grau de plausibilidade dispensa a demonstração de um especial perigo de ineficácia do provimento final.²⁸

Percebe-se, portanto, que o princípio da lealdade processual foi prestigiado no inciso II do artigo 273, numa manifesta preocupação em fomentar o auxílio mútuo entre os sujeitos processuais para a rápida e justa resolução da lide, situação que de fato muito raramente acontece, mormente pelo fato de o réu normalmente utilizar-se de todos os meios processuais possíveis, em virtude do princípio do contraditório e da ampla defesa, muitas vezes superestimado em detrimento da lealdade processual, numa tentativa de arrastar o fim do processo até quando não seja mais possível.

Sobre o abuso de poder ou propósito procrastinatório do réu, importante mencionar que boa parte da doutrina entende que os atos do réu que podem ser

²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 908.

²⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, p. 137.

²⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil** - teoria geral do processo e processo de conhecimento. v.1. 10ª ed., São Paulo: RT, 2008.

considerados abusivos são, muitas das vezes, extraprocessuais. Quando o réu encontra-se citado e manifestando-se de forma tumultuada no processo, a hipótese do inciso II do art. 273 está mais facilmente configurada. Contudo, possível é que, antes mesmo da citação ou ainda em situações que antecedam a demanda judicial (negociação extrajudicial), o réu adote postura de manifesta deslealdade com o Autor, com o intuito claro de retardar a resolução do litígio. Caso isso ocorra e, conseguindo o Autor demonstrar que o réu tem agido dessa maneira, o juiz poderá antecipar os efeitos da tutela com fulcro no inciso em comento, para fins de punição do réu pela deslealdade até então sustentada, o que reforça ainda mais a verossimilhança do direito do autor.

Sobre o assunto, Casso Scarpinella disciplina que

A aplicação do art. 273, II, contudo, não pode ser descartada aprioristicamente dos casos em que o réu não tenha ainda sido citado. Mesmo antes da integração do réu ao processo, é possível aventar a possibilidade da antecipação da tutela com base no dispositivo. Basta imaginar o caso em que o réu cria todo o tipo de dificuldades para realização da citação. E isso pode variar desde ter fornecido, na relação de direito material afinal controvertida, endereço que não existe ou no qual ele não reside, nem nunca residiu, até a criação dos mais variados obstáculos relativos à consumação da citação. Todas essas situações, dentre inúmeras outras, representam, para os fins da regra aqui examinada, “abuso do direito de defesa”. Nesses casos, sem prejuízo de a citação ser feita de forma ficta, na linha do que o Código de Processo Civil admite nos seus arts. 227 e 231 (v. n. 4.4.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1), cabe a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.²⁹

2.3. Aspectos relevantes

2.3.1. Provisoriedade e Reversibilidade

O § 4º do artigo 273 do CPC/73 dispõe que a decisão que defere a medida antecipatória é “revogável e modificável”, características advindas da provisoriedade que reveste a decisão.

Diz-se que a decisão é revogável ou modificável porque, dependendo das circunstâncias apresentadas no curso do processo, o juiz pode retirar ou modificar os efeitos da decisão antecipatória (ex.: a decisão deferiu parcialmente o pedido de antecipação da tutela e, no curso do processo ou mesmo no momento da sentença, o juiz entende pela antecipação integral).

Isso se dá porque, a decisão que antecipa os efeitos da tutela tem força muito menor do que a própria sentença, em face do tipo de cognição desenvolvido em cada

²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *op. cit.*, p.40.

uma das decisões: sentenças são fundadas em juízo de cognição exauriente, tendo em vista que, somente após a dilação probatória e a formação do convencimento do juiz é que a sentença é proferida; já as decisões que antecipam os efeitos da tutela fundam-se no juízo de cognição sumária, muito mais superficial e que, na função do processo, perduram até o momento que a sentença definitiva sobrevenha. Daí o caráter provisório da medida antecipatória.

Nas palavras de Cássio Scarpinella Bueno:

A 'revogação' de que trata o dispositivo deve ser entendida como a decisão que nega efeitos a anterior decisão antecipatória da tutela, isto é, que tira do mundo jurídico decisão a ela anterior, antecipou-se a tutela e, agora, decide-se que ela não pode mais ser antecipada; volta-se atrás. É isso que deve ser entendido por "revogar". O modificar, por seu turno, é significativo de alteração parcial. O pedido de tutela antecipada havia sido atendido integralmente; agora, a tutela antecipada deve limitar-se a determinada parte do pedido. Inversamente, a tutela havia sido concedida parcialmente, apenas para obrigar o réu a não fazer algo; agora, concede-se a tutela antecipada para que ele se abstenha também de outras atividades.³⁰

Inferem-se, portanto, dois requisitos para a revogação ou modificação da decisão antecipatória, um legal e outro doutrinário. A lei exige que, convencendo-se o juiz pela revogação ou modificação da medida antecipatória, poderá alterar tais efeitos desde que o faça por meio de decisão fundamentada. Tal requisito é intrínseco às decisões judiciais e não poderia ser diferente no instituto em comento.

Quanto ao requisito doutrinário, exige-se que exista alteração fática nos autos. Não há justificativa plausível para que o juiz altere ou faça cessar os efeitos da decisão antecipatória, caso a situação que autorizou o deferimento da medida mantenha-se a mesma. Por outro lado, com novas circunstâncias advindas mesmo do curso natural do processo, durante a dilação probatória, o juiz pode revogar ou modificar a decisão antecipatória, de forma fundamentada, como alhures mencionado.

Sobre o requisito doutrinário, Marinoni esclarece que:

As razões que permitem a revogação ou a modificação da tutela, quando não interposto o agravo, são as novas circunstâncias, vale dizer, são outras razões, no sentido de razões que antes não podiam ter sido apresentadas. Não é somente a alteração da situação de fato objeto da lide que permite a modificação ou a revogação da tutela, mas também o surgimento, derivado do desenvolvimento do contraditório, de outra evidência sobre a situação de fato. É o caso da produção de prova que pode alterar a convicção do julgador acerca da situação fática.³¹

³⁰ *Ibidem*, p.50.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 194.

No que concerne à irreversibilidade da medida, pela dicção do artigo 273, § 2º do CPC/73 “*não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado*”, extraindo-se daí verdadeiro pressuposto negativo, isto é, caso a medida pleiteada não seja irreversível, em regra, deverá ser deferida.

A irreversibilidade vedada pelo § 2º do artigo 273 se refere aos efeitos da decisão antecipatória, isto quer dizer que, caso deferida, se os efeitos da decisão puderem ser cessados por meio de decisão revogatória ou mesmo da sentença definitiva contrária, a medida é passível de deferimento, a depender dos demais elementos dos autos. Por outro lado, se, após a análise se conclua que, ainda que a futura decisão revogue a anterior que deferiu a antecipação, os efeitos por esta provocados são “intocáveis” e se perpetuarão no mundo material, a medida deve ser indeferida.

Necessário ressaltar que a vedação quanto à irreversibilidade foi a saída encontrada pelo legislador para evitar o uso desenfreado da medida, sob pena de se transferir para o réu o ônus integral pela sumariedade e precariedade da decisão. Isso porque, caso se admitisse a possibilidade de decisões que se apresentassem irreversíveis no plano material, todo esforço empreendido pelo réu na tentativa de desconstituir o direito alegado pelo autor seria em vão, porque de qualquer modo, com o deferimento da medida antecipatória, o requerente já teria atingido satisfatoriamente o direito pleiteado.

Nas palavras de Teori Albino Zavaski:

O dispositivo observa estritamente o princípio da salvaguarda do núcleo essencial: antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo.³²

No mesmo sentido, encontramos a lição de Calmon de Passos, que assim disciplina o assunto:

Admitir a antecipação do provimento que será irreversível é transformar em definitiva a sua execução que dessa natureza não se pode revestir ou colocar o executado, dada a falta de caução, sem garantia de ressarcimento.³³

³² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 97.

³³ PASSOS, J.J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 3. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2000. p. 44.

É certo que para ser irreversível, a medida não pode modificável, revogável e/ou indenizável, sendo que, caso apresente tais características, via de regra, poderá o juiz deferi-la.

Ocorre que grande parte da doutrina, por meio da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, admite a relativização do pressuposto negativo *irreversibilidade*. Isso porque, segundo Santos

Poder afastar o risco de dano do autor não significa poder transferi-lo para o réu. Quando se verificar que a tutela antecipada provocará efeitos irreversíveis, competirá ao juiz sopesar os bens envolvidos (exs.: vida, saúde), autorizando-a, excepcionalmente, segundo o princípio da proporcionalidade, a fim de que reste sacrificado o bem menor, numa escala racional de valores, por estar convencido do perigo da situação.³⁴

Como afirmado pelo autor supratranscrito, existem situações que apresentam verdadeiro embate entre os princípios fundamentais efetividade *versus* segurança jurídica. Isso porque, em alguns casos pode-se estar diante de uma medida que, se deferida, tornar-se-ia irreversível, mas que envolve direitos muito mais valiosos, como por exemplo o direito à saúde. Nesses casos, caso o juiz opte por ser inflexível, a irreversibilidade não será dos efeitos da medida, mas sim dos danos causados à parte que a pleiteou, como por exemplo, ir à óbito.

Assim, o julgador deverá, fundado no princípio da proporcionalidade, verificar quais valores estão envolvidos na situação proposta em juízo, na tentativa de se buscar a maior efetividade na prestação jurisdicional aliada à segurança jurídica, bem como, aos demais direitos fundamentais processuais. Nos casos em que o magistrado verificar a necessidade de se deferir medida irreversível poderá exigir da parte a prestação de caução, garantindo o ressarcimento em pecúnia/indenização, caso no curso do processo entenda pela modificação ou revogação da medida.³⁵

Sobre o assunto, mister lançar mão dos ensinamentos esposados por Luiz Rodrigues Wanbier e Eduardo Talamini que em sua obra afirmam que

O princípio da proporcionalidade recomenda que, ainda que esteja em jogo um interesse rigorosamente não indenizável, devam-se ponderar valores em jogo, e, em função dessa ponderação, eventualmente, chegar-se a conceder a antecipação.

Assim, ainda que se trate de imóvel de valor histórico, se, ao que tudo indica, está ameaçando ruir e representa perigo a pessoas, deve-se sacrificar um direito provável em detrimento a um direito improvável, e conceder a medida, apesar de inexistir reversibilidade no plano empírico.

O princípio da proporcionalidade é uma das respostas que se pode dar à tentativa de solucionar o confronto rapidez-segurança, gerado pela

³⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, p. 168.

³⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie *et all.* *Op. cit.*, p. 503/506.

possibilidade de que medidas concedidas com base na plausibilidade do direito não fiquem presas à necessidade de reversibilidade.³⁶

Por fim, resta mencionar que segundo a lição de José Roberto dos Santos Bedaque, citado por Fredie Didier, a relativização do pressuposto da irreversibilidade deve se dar apenas nos casos de antecipação assecuratória. Isso porque, nas situações que a lei autoriza o deferimento da medida antecipatória punitiva, não há risco de dano irreparável ou de difícil reparação para o autor. Sendo assim, ausente o risco para o autor, caso seja deferida medida irreversível, surge risco de dano irreparável para o réu, de ver sua esfera de direitos atingida sem o processamento adequado e o respeito a todos os demais princípios norteadores do processo brasileiro.³⁷

2.3.2. Requerimento da parte *versus* Deferimento da medida *ex officio* – Poder-dever geral de antecipação?

O *caput* do artigo 273 dispõe que a medida antecipatória poderá ser deferida, “a *requerimento da parte*”, instigando os estudiosos do direito a questionarem: “a tutela antecipada pode ou não ser deferida independentemente do pedido da parte?”.

A celeuma instaurada em torno da questão é de muito tempo e divide a doutrina e a jurisprudência pátrias.

De um lado, Cássio Scarpinella Bueno defende, de forma bastante clara, a possibilidade de concessão da medida antecipatória pelo juízo, com base nas disposições relativas ao poder geral de cautela; com base nesse instituto, o juiz pode, inclusive, determinar medidas para assegurar a efetividade do processo e, portanto, numa interpretação sistemática e, privilegiando o poder geral de cautela do magistrado, Bueno admite a antecipação independentemente do pedido da parte.

Tal interpretação advém do fato de Bueno considerar que, uma vez presentes os requisitos autorizadores do deferimento da medida, o juiz não tem a faculdade discricionária de deferir ou não o pedido, mas sim dever. Sustenta, portanto, sustenta

³⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 306/307.

³⁷ “Ressalve-se, porém, que a mitigação desse requisito só é adequada para a antecipação assecuratória. No caso de antecipação punitiva (baseada em abuso de direito de defesa ou intuito protelatório do réu), não parece legítimo antecipar efeitos irreversíveis, pois de um lado, não há risco de dano irreparável para o autor e, de outro lado, existe esse risco para o réu, que poderá ter sua esfera de direitos atingida perniciosamente, em caráter definitivo, sem cognição adequada. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos *apud* DIDIER JUNIOR, Fredie *et all.* **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** Volume 2. 7ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 504.)

a existência de um poder-dever geral de antecipação, como nos casos do poder-dever geral de cautela.³⁸

Sobre o assunto, insta trazer à baila trecho da obra de Cássio Scarpinella, para elucidar minuciosamente os argumentos sustentados pelo autor, senão vejamos:

À luz do “modelo constitucional do processo civil”, a resposta mais afinada é a positiva. Se o juiz, analisando o caso concreto, constata, diante de si, tudo o que a lei reputa suficiente para a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, à exceção do pedido, não será isso que o impedirá de realizar o valor “efetividade”, máxime nos casos em que a situação fática envolver a urgência da prestação da tutela jurisdicional (art. 273, I), e em que a necessidade da antecipação demonstrar-se desde a análise da petição inicial. Ademais, trata-se da interpretação que mais bem dialoga com o art. 797 (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte II), tornando mais coerente e coeso o sistema processual civil analisado de uma mesma perspectiva.

Na mesma esteira, Bedaque sustenta que:

Ainda que dúvida possa existir quanto à possibilidade de antecipação *ex officio*, a situação regulada pelo art. 273 tem, em tudo e por tudo, natureza cautelar. Rege-se, pois, pelas regras dessa modalidade de tutela. Nessa linha de pensamento, não há porque afastar a incidência do art. 798. Tem o juiz o poder de adequar os possíveis efeitos a serem antecipados às necessidades da situação de direito material.³⁹

Por outro lado, observa-se que parte da doutrina defende a impossibilidade de concessão da medida antecipatória *ex officio*. Tais autores buscam resguardar o princípio da congruência, norteador do processo civil brasileiro, que disciplina a necessidade de coerência entre aquilo que é pedido pelas partes e o que é decidido pelo magistrado.

Para Luis Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini, Fredie Didier Junior, dentre outros, é inadmissível dizer que a tutela antecipada poderia ser deferida sem o requerimento da parte, exatamente por entenderem que tal medida estaria em manifesta afronta ao princípio supracitado. De mais a mais, admitindo-se tal possibilidade, surgiria o problema da responsabilidade civil advinda da revogação da decisão que antecipa os efeitos da tutela.

Fredie Didier é enfático ao aduzir que

Não parece ser possível a concessão *ex officio*, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em lei, não só em razão de uma interpretação sistemática da legislação processual, que se estrutura no princípio da congruência. A efetivação da tutela antecipada dá-se sob a responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela, que deverá arcar com os prejuízos causados ao adversário, se for reformada a decisão. Assim, concedida *ex officio*, sem pedido da parte, quem arcaria com os prejuízos, se a decisão fosse revista? A parte que se beneficiou sem pedir a providência? É preciso

³⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *op. cit.*, 2014, p.34.

³⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias de urgência*. 3ª Ed. São Paulo, 2003, p. 380.

que a parte requeira a concessão, exatamente porque, assim, conscientemente se coloca em uma situação em que assume o risco de ter de indenizar a outra parte, se restar vencida no processo.⁴⁰

Alhures mencionou-se que a decisão que defere a antecipação é modificável e revogável, portanto, provisória. Por tal motivo, é assente na doutrina e jurisprudência que a parte beneficiada pela decisão tem responsabilidade objetiva quanto ao ressarcimento de danos causados à parte adversa, caso o *decisum* venha a ser revogado, conforme explicado pelo insigne professor Didier no trecho supratranscrito.

Destarte, o questionamento gira em torno de quem seria imputada tal responsabilidade objetiva se o beneficiado sequer pleiteou pela medida e agora se vê frente a obrigação de ressarcir a parte contrária, mesmo sem ter desejado a antecipação.

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini anotam que

Ter havido pedido é pressuposto para poderem ser antecipados os efeitos da sentença. Não há antecipação dos efeitos da sentença sem provocação da parte. Isso se aplica inclusive a hipótese prevista no § 6.º do artigo 273 (acrescido pela Lei 10.444/2002): “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais pedidos cumulados, ou parcelas deles, mostrar-se incontroverso”. Essa regra poderia dar a falsa impressão de que, em tal caso, seria dispensável o pedido do autor. Mas não é assim. Na medida que a antecipação da tutela implica a responsabilidade objetiva do seu beneficiário, ela deve ser restrita, na falta da expressa previsão no sentido contrário, aos casos em que há requerimento da parte. De resto, o § 6.º deve ser compatibilizado com o caput do art. 273, em que se prevê a necessidade de requerimento da parte.⁴¹

As discussões apresentadas se mostram bastante necessárias, mesmo que a doutrina majoritária já tenha se manifestado pela impossibilidade de concessão da tutela antecipada por iniciativa do juiz. Contudo, faz-se importante refletir sobre a questão já tratada acerca do princípio da proporcionalidade quando em conflito interpretações divergentes.

É fato que o princípio da congruência deve ser observado nos procedimentos judiciais, mormente pelo princípio da inércia da jurisdição. Todavia, vale lembrar que alguns direitos estão sobremaneira sobre outros e devem ser prestigiados quando confrontados, como por exemplo, o direito à vida e à saúde. Caso o magistrado tenha em suas mãos uma ação em que se perceba claramente a necessidade proeminente de ser tutelar o direito a saúde da parte, entende-se que, mesmo sem o pedido

⁴⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie *et all.* *Op. cit.*, p. 518.

⁴¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 364.

expresso, o julgador deve determinar a adoção das medidas necessárias para evitar o perecimento do bem maior – vida.

Sendo assim, mister perceber que, como em muitos outros institutos do direito processual civil, os casos devem ser analisados pontual e individualmente, sob pena de se generalizar muitas situações parecidas, mas não idênticas e causar grandes danos aos jurisdicionados.

CAPÍTULO 3 – AS TUTELAS DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A Lei 13.105/2015 de 16 de março de 2015, ainda no período de *vacatio legis*⁴², trouxe ao ordenamento jurídico o Novo Código de Processo Civil, pelo qual se busca conferir maior efetividade, organicidade e simplicidade à normativa processual civil, na tentativa de deslocar o foco dos litígios para sua resolução material, deixando a preocupação excessiva com o processo para segundo plano.

Diante dessa proposta, houve verdadeira mudança organizacional nas questões atinentes às tutelas antecipada e cautelar, em resposta às discussões há muito existentes na doutrina e jurisprudência sobre o tema, bem como, algumas inovações, a fim de tornar o instituto mais abrangente e moderno.

Assim, surge o Livro V, intitulado “Da Tutela Provisória”, reunindo em um só lugar as tutelas de urgência, cautelares e satisfativas, e a de evidência, extinguindo, portanto, o processo cautelar autônomo.

Sobre a alteração, Misael Montenegro filho esclarece que:

A tutela de urgência (que substitui a ação cautelar) e a tutela da evidência (que substitui a tutela antecipada) passam a ser requeridas no interior do processo único, não mais exigindo, no caso da primeira, a formação sucessiva de dois processos (cautelar e principal). São pedidos que podem ser formulados de forma antecedente (inaugurando o processo) ou no curso da relação processual. Em termos práticos, observamos que o autor não mais estará obrigado a propor a ação cautelar e a principal, no caso da segunda, até trinta dias após efetivação da tutela de urgência.

Além disso, percebemos que o legislador preferiu disciplinar a tutela de urgência apenas no gênero, propondo a implosão do sistema que prevê a coexistência de cautelares típicas (arresto, sequestro, busca e apreensão, alimentos provisionais, justificação, notificação, protesto, posse em nome do nascituro, dentre outras) e de cautelares atípicas. O *nomen jûris* não tem mais qualquer importância, sendo suficiente a demonstração do preenchimento dos requisitos que autorizam a concessão da tutela de urgência.

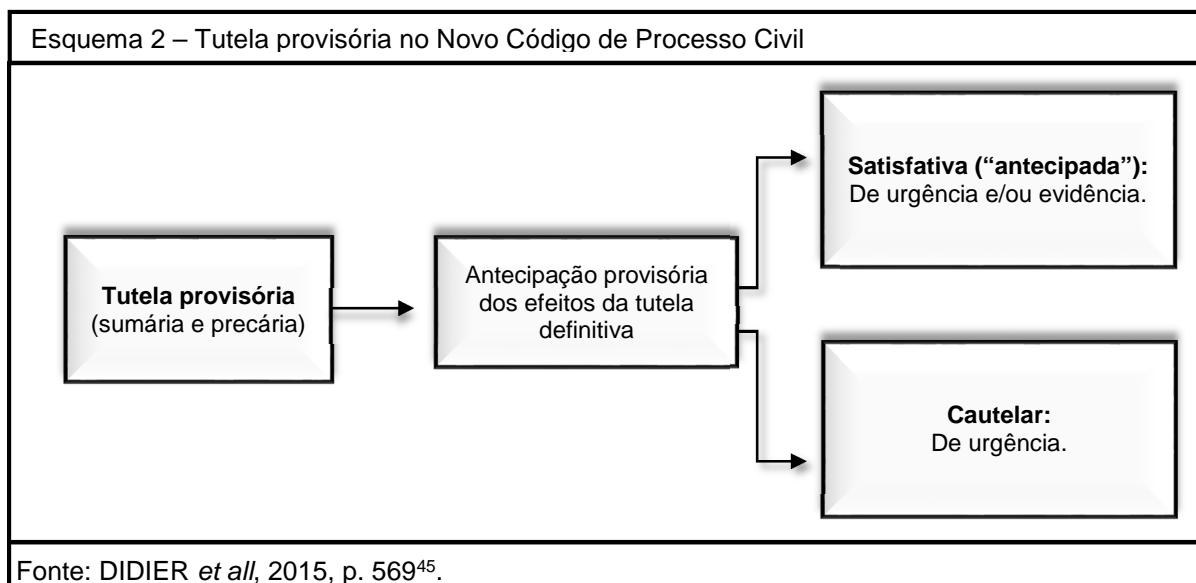
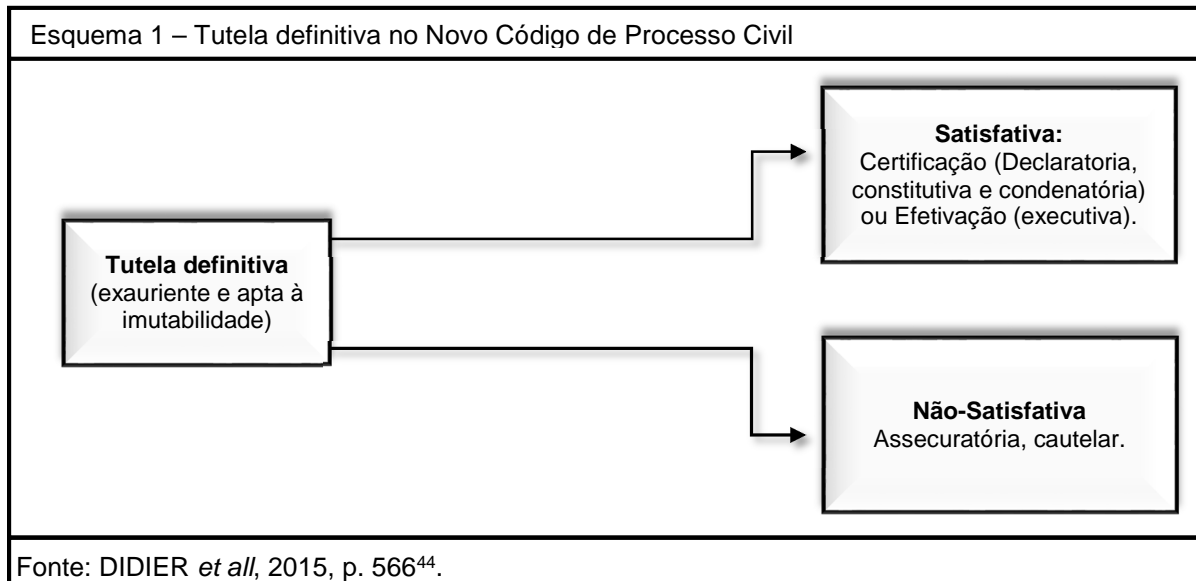
Desse modo, o autor não vai mais requerer o deferimento da liminar de arresto, de sequestro, de busca e apreensão, etc., mas a concessão de medida de urgência.⁴³

Antes de tratar especificamente da tutela provisória, importante esclarecer que o Novo Código de Processo Civil traz o seguinte esquema em relação às tutelas

⁴² O período de *vacatio* previsto é de 1 (um) ano, conforme artigo 1.045 da Lei, contado da sua publicação oficial, que se deu aos 17/03/2015. Somente após decorrido o prazo estipulado é que as novas disposições entrarão em vigor, revogando-se de imediato o CPC/1973, passando o NCPC, então, a regular todos os processos ainda pendentes.

⁴³ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Projeto do novo código de processo civil**: confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC. São Paulo: Atlas, 2011, p. 277.

definitiva e provisória que coexistirão assim que entrarem em vigor as novas disposições:



A justificativa para a tutela provisória continua sendo a necessidade de se minorar os prejuízos provocados pela demora na prestação jurisdicional que, muitas vezes inviabiliza até mesmo a fruição do direito pela parte vencedora. A técnica da antecipação provisória dos efeitos da tutela definitiva, assim como a antecipação dos

⁴⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie *et al*. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** Volume 2. 10^a ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 566.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 569.

efeitos da tutela no CPC/1973, permite o gozo imediato dos efeitos da tutela definitiva pretendida, que pode ser satisfativa ou cautelar.⁴⁶

Nas palavras de Fredie Didier, Rafael Alexandria e Paula Sarna

A principal finalidade da tutela provisória é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela). Serve, então, para redistribuir, em homenagem ao princípio da igualdade, o ônus do tempo do processo [...]. Se é inexorável que o processo demore, é preciso que o peso do tempo seja repartido entre as partes, e não somente o demandante arque com ele.⁴⁷

As principais características da tutela provisória, como disposta no Novo Código de Processo Civil, são:

- a) Sumariedade da cognição, considerando que o julgador analisa o litígio de forma superficial, a partir de um juízo de probabilidade;
- b) Precariedade, eis que a decisão que defere a tutela provisória perdura até nova decisão que a revogue ou a modifique;
- c) Não faz coisa julgada. Tal é uma das inovações trazidas pelo legislador no nCPC. Isso porque, apenas a título de esclarecimento (o assunto será tratado em item específico), com o deferimento da tutela provisória (cautelar ou satisfativa), se referida decisão não for atacada por recurso, seus efeitos se estabilizarão e o processo será extinto, conforme artigo 304 e parágrafos do nCPC. Contudo, tal decisão não faz coisa julgada, podendo ser discutida por meio de ação para o fim de rever, reformar ou invalidar a medida.⁴⁸

3.1. Noções gerais

3.1.1. Espécies de tutela provisória

Conforme esquemas supratranscritos, a tutela provisória poderá ser: a) satisfativa, ou b) cautelar.

Sendo assim, a tutela provisória satisfativa adianta à parte a satisfação do bem da vida perseguido no processo, enquanto que a tutela provisória cautelar reconhece de forma imediata o direito à cautela, que se justifica diante de uma situação que exija a preservação imediata do direito para fruição futura; portanto, na tutela cautelar, antecipam-se os efeitos da tutela definitiva não-satisfativa.

Fredie Didier disciplina o assunto com maestria, ao afirmar que

A tutela provisória satisfativa antecipa os efeitos da tutela definitiva satisfativa, conferindo eficácia imediata ao direito afirmado. Adianta-se, assim, a

⁴⁶ *Ibidem*, p. 567.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

satisfação do direito, com a atribuição do bem da vida. Esta é a espécie de tutela provisória que o legislador resolveu denominar de "tutela antecipada", terminologia inadequada, mas que não será desconsiderada ao longo deste capítulo.

A tutela provisória cautelar antecipa os efeitos de tutela definitiva não-satisfativa (cautelar), conferindo eficácia imediata ao direito à cautela. Adianta-se, assim, a cautela a determinado direito. Ela somente se justifica diante de uma situação de urgência do direito a ser acautelado, que exija sua preservação imediata, garantindo sua futura e eventual satisfação (arts. 294 e 300, CPC). A tutela provisória cautelar tem, assim, dupla função: é provisória por dar eficácia imediata à tutela definitiva não-satisfativa; e é cautelar por assegurar a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa, na medida em que resguarda o direito a ser satisfeito, acautelando-o.

3.1.2. Requisitos para a concessão da tutela provisória – de urgência e de evidência

Importante destacar que para cada tipo de tutela provisória (urgência, cautelar ou satisfativa, e de evidência), requisitos específicos devem ser observados, a saber.

Conforme dicção do artigo 300 do Novo Código de Processo Civil, para a concessão da tutela provisória de urgência, será necessário que a parte demonstre a “probabilidade do direito” e o “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”⁴⁹.

Já no caso da tutela provisória de evidência, por poder tratar apenas de tutela definitiva satisfativa, não há exigência de demonstração de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, isso porque, suas hipóteses autorizadoras estão dispostas nos incisos do artigo 311 do nCPC, quais sejam: *a) quando restar comprovado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; b) quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; c) 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; e, d) 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.*

Assim, é certo dizer que a tutela provisória satisfativa, poderá ser pleiteada em situações de urgência e de evidência; já a tutela provisória cautelar é cabível apenas nos casos de urgência, pressuposto inerente à medida⁵⁰.

⁴⁹ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

⁵⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie *et all.* *Op. cit.*, p. 570.

É importante lembrar que evidência do direito à cautela não se confunde com probabilidade do direito acautelado. Esta última é um pressuposto para que a tutela cautelar (definitiva ou provisória) seja concedida, de modo que, para que seja deferida a tutela cautelar, é necessário aferir a probabilidade do direito acautelado. O que não se exige é que o requerente preencha uma das hipóteses descritas nos incisos do art. 311, nem tampouco se permite que ele pleiteie a tutela provisória cautelar apenas com fundamento naquelas hipóteses normativas.⁵¹

3.1.3. Tutela provisória antecedente e incidental – momento da concessão

O Código de Processo Civil de 1973 autorizava a concessão da tutela antecipada apenas de forma incidental no processo; caso alguma questão anterior ao ajuizamento da ação principal devesse ser resolvida, a parte deveria se utilizar do processo cautelar preparatório.

O Novo Código de Processo Civil inova na medida em que permite, no caso de tutela provisória de urgência, que a medida possa ser utilizada tanto de forma antecedente como incidental. É certo que com isso, o processo cautelar autônomo deixa de existir e, caso a parte pleiteie a medida de forma preparatória, a tutela definitiva deverá ser requerida nos próprios autos.⁵²

Mister aludir à ressalva levantada por Fredie Didier que sustenta que

só as tutelas provisórias de urgência podem ser requeridas em caráter antecedente. É a urgência que justifica sua formulação antes mesmo da formulação do pedido de tutela definitiva. A tutela provisória de evidência não pode ser requerida em caráter antecedente.⁵³

Em qualquer das hipóteses, antecedente ou incidental, a parte deve observar sempre a necessidade precípua de fundamentar o pedido seja na urgência (anterior ou no curso do processo) ou na evidência (apenas no curso do processo), demonstrando de forma cabal as provas que sustentam o pedido.

Resta dizer, ainda, que segundo o artigo 299 do nCPC o pedido antecedente será dirigido ao juízo competente para conhecer do pedido principal (tutela definitiva) e, se incidental, ao juízo da causa. O parágrafo único do artigo em comento esclarece que, caso a ação seja de competência originária de tribunal, assim como nos recursos, o pedido de tutela provisória deverá ser dirigido ao órgão competente para julgar e processar a ação/recurso.

Sobre o assunto, é importante mencionar o momento da concessão da tutela provisória, conforme preceituado no nCPC. A tutela provisória de urgência

⁵¹ *Idem.*

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme *et all.* **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.** Volume 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 216.

⁵³ DIDIER JUNIOR, Fredie *et all.* *Op. cit.*, p. 571.

antecedente é requerida liminarmente e a incidental pode ser tanto liminarmente como no curso do processo. Importante verificar, apenas, que a urgência a ser considerada pelo magistrado deverá ser demonstrada pelos elementos probatórios carreados aos autos pela parte que pleitear a medida assim que o motivo da urgência surja, já que, caso o dano que se busque fazer cessar há muito tempo exista no mundo fático, a convicção do juiz será conduzida para o indeferimento do pleito.

Conforme o §2º do artigo 300 e parágrafo único do artigo 311, ambos do nCPC, a tutela de urgência e a de evidência (esta em casos específicos) poderão ser deferidas liminarmente, ou seja, antes da oitiva do réu. Tal regra vale tanto para o requerimento antecedente como para o incidental.⁵⁴

Sobre a tutela provisória de evidência punitiva, mister aludir aos questionamentos suscitados quando do tratamento da tutela antecipada com fulcro no inciso II do artigo 273 do CPC/1973 que permite o deferimento da medida para *punir* o “abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”. Foi esclarecido, na oportunidade, que parte da doutrina entende que a conduta protelatória do réu deve ser configurada de forma endoprocessual, ao passo que para outros estudiosos, quaisquer condutas tomadas pelo réu, ainda que anteriores ao ajuizamento da ação (extraprocessuais), se provadas pelo autor, dariam ensejo ao deferimento da tutela antecipada punitiva.

Na tutela provisória de evidência, conforme disposta no nCPC, o legislador optou por não autorizar seu deferimento liminar (antes de ouvir o réu) na forma punitiva (inciso I, do artigo 311). Isso porque, prestigiou-se aqui a parcela da doutrina que entende que apenas após a efetiva participação do réu no processo é que se poderá concluir pelo propósito do mesmo em atrasar o andamento do feito ou mesmo pelo abuso do direito de defesa.⁵⁵

Sobre a sistemática constitucional e a possibilidade de concessão das tutelas provisórias (de urgência e de evidência, em casos restritos) sem a oitiva do réu, Fredie Didier esclarece que

É bom que se ressalte que não há violação da garantia do contraditório na concessão, justificada pelo perigo ou pela evidência, de providências jurisdicionais antes da ouvida da outra parte (inaudita altera parte). O contraditório, neste caso, é deslocado para momento posterior à concessão

⁵⁴ *Ibidem*, p. 577/578.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 580.

da providência de urgência ou de evidência, em nome de outros bens jurídicos (como a efetividade).⁵⁶

Sobre o momento da concessão da tutela provisória, observa-se que poderá se dar mesmo na sentença ou durante o processamento do recurso. Isso porque, a técnica de adiantamento provisório diz respeito aos efeitos da tutela e não à própria tutela, conforme alhures mencionado no capítulo anterior, ao tratar de tutela antecipada.

A finalidade de se deferir a tutela provisória na sentença é conferir à decisão imediata exequibilidade. Isso porque, a regra no sistema recursal brasileiro é o efeito suspensivo para a apelação, o que torna a sentença sem eficácia até o trânsito em julgado. O mesmo ocorre quando o processo já está no tribunal. Caso a tutela provisória incidental seja deferida, a sentença passa a produzir efeitos imediatamente.⁵⁷

3.1.4. Efetivação da medida e concessão *ex officio*/Requerimento da parte

O juiz analisa o pedido de tutela provisória por meio de decisão interlocutória, que pode ser atacada por meio de recurso de Agravo de Instrumento (nCPC, Art. 1.015, I). O magistrado deve considerar os efeitos materiais e sociais no deferimento da tutela provisória que tem por função precípua conferir efetividade à prestação jurisdicional.⁵⁸

Para conferir máxima efetividade à decisão, “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.”⁵⁹ Ademais, pela dicção do artigo 301, o juiz pode determinar a medida que entender necessária para a efetivação do direito por meio da tutela provisória cautelar. Sobre o assunto, Fredie Didier sustenta que

A conclusão que se extrai da leitura conjugada desses dispositivos é que eles concedem ao julgador um poder geral de cautela e de efetivação, com a adoção de todas as medidas provisórias idôneas e necessárias para a satisfação ou acautelamento adiantados. [...] Nesse contexto, o legislador remete a efetivação da tutela provisória a todo o regime legal da execução provisória, previsto nos arts. 520 a 522 do CPC. [...] As principais consequências da aplicação desse regramento devem ser analisadas lado a lado com regras especialmente estabelecidas no contexto da própria tutela provisória. Em primeiro lugar, a imposição do regime da responsabilidade civil objetiva àquele que se valeu da medida provisória e que restou ao final vencido na causa: deverá indenizar a parte ex adversa pelos prejuízos que

⁵⁶ *Ibidem*, 580/581.

⁵⁷ *Ibidem* 581/582

⁵⁸ *Ibidem*, 587.

⁵⁹ Novo Código de Processo Civil, Art. 297.

sofreu com a efetivação da mencionada medida, independentemente da existência de culpa.⁶⁰

Importante mencionar, ainda, que a decisão do juiz estaria vinculada ao pedido da parte, sendo vedada a concessão da medida por iniciativa do magistrado na ausência do pedido. E mais, sustenta-se que uma vez preenchidos os pressupostos legais, o julgador não teria discricionariedade, mas sim obrigatoriedade em deferir a medida.⁶¹

Conforme alhures discutido, a matéria não é assente na doutrina, existindo aqueles que defendam a possibilidade da concessão da tutela provisória pelo juiz, mesmo ausente o pedido da parte, com base no poder geral de cautela conferido ao magistrado. Tal poder continua previsto no nCPC no artigo 297. Contudo, mister ressaltar que, reservado ao princípio da congruência a sua devida proporção, observam-se cada vez mais normas que autorizam que o julgador atue de forma mais ativa no processo, a fim de garantir direitos, mesmo sem que o pedido tenha sido formulado pela parte, em homenagem ao sistema constitucional dos direitos fundamentais.

Destarte, é preciso que o julgador tenha consciência de que o processo deve ser efetivo e, para tanto, os princípios norteadores do processo civil brasileiro devem ser interpretados sistematicamente, de forma a auxiliar o procedimento na sua evolução efetiva; não no seu retardamento.

3.2. Tutela provisória de urgência

3.2.1. Pressupostos gerais

A tutela provisória de urgência pode ser cautelar ou satisfativa.⁶²

O *caput* do artigo 300 dispõe que a “*tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*”

De uma rápida leitura do texto legal observa-se que o legislador agrupou numa só descrição as exigências para as tutelas de urgência satisfativa e cautelar, extinguindo, portanto, toda a celeuma que envolvia a distinção das referidas medidas.

⁶⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie *et all.* Op. cit 590/591.

⁶¹ Sua decisão fica vinculada ao preenchimento dos pressupostos legais. Agir de modo contrário, fugindo à lei, configura arbitrariedade judicial, sobretudo pelo fato de o magistrado estar construindo norma jurídica concreta de conformação de direitos fundamentais - em que opta por preservar a efetividade do direito do requerente, com o deferimento da medida, ou por resguardar a segurança jurídica do requerido, com o seu indeferimento. (DIDIER JUNIOR, Fredie *et all.* Op. cit., p. 584).

⁶² *Ibidem*, 594.

São, portanto, pressupostos gerais para a tutela provisória de urgência: a) a probabilidade do direito; b) o perigo da demora.

A probabilidade do direito exigida pelo artigo 300, trata-se do *fumus boni iuris* ou a *fumaça do bom direito*, oportunidade que o julgador deve verificar os elementos que evidenciem o direito do autor e suas chances de êxito.

Didier leciona que

Inicialmente, é necessária a verossimilhança fática, com a constatação de que há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor. É preciso que se visualize, nessa narrativa, uma verdade provável sobre os fatos, independentemente da produção de prova. Junto a isso, deve haver uma plausibilidade jurídica, com a verificação de que é provável a subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos.⁶³

Portanto, pelo primeiro pressuposto, verifica-se a necessidade de nexo causal entre os fatos narrados pelo Autor, agregado à plausibilidade jurídica do pedido, a fim de se concluir sobre a possibilidade de êxito do pleito formulado.

No que concerne ao perigo da demora, as disposições já estudadas se aplicam *ipsis literis* nesta seção. Ressalta-se, apenas, que por terem sido agrupadas as tutelas de urgência e cautelar no mesmo local do código, a redação do artigo 300 tornou-se mais ampla ao tratar o dano “*lato sensu*”, já que além de ser possível o dano efetivo ao direito da parte, passa a ser possível o dano que ponha risco ao resultado útil do processo em si. Tal como previsto, entende-se que o dano deve ser muito mais real e concreto, que realmente possa inutilizar a prestação jurisdicional.

Por sua vez, o §3º do artigo 300⁶⁴ exige pressuposto específico para a concessão da tutela provisória de urgência, de natureza antecipada (satisfativa), a saber: reversibilidade, com as mesmas discussões já propostas para o tema no capítulo anterior.

3.2.2. Tutela de urgência satisfativa antecedente: novo procedimento

A tutela de urgência satisfativa antecedente relaciona-se à tutela antecipada do CPC/1973 e ganhou novo procedimento no nCPC, disciplinado nos artigos 303 e seguintes, passando-se à análise.

Pelo nCPC o Autor poderá ajuizar pedido de tutela de urgência satisfativa antecedente, caso a situação de urgência exista antes mesmo da propositura da lide.

⁶³ DIDIER JUNIOR, Fredie *et all.* *Op. cit.*, p. 596.

⁶⁴ § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Grande inovação do legislador que, antes, só aceitava o pedido cautelar preparatório, reservando que a tutela antecipada fosse formulada apenas quando do ajuizamento do processo principal.

Sendo assim, segundo o artigo 303 e respectivos parágrafos, no pedido de tutela de urgência satisfativa antecedente, o Autor deverá: a) formular o pedido, explicitando que pretende valer-se a medida (§5º); b) indicar o pedido de tutela definitiva a ser futuramente fixado (*caput*); c) expor a lide, o direito que se busca tutelar, sua probabilidade (*fumus boni iuris*) e o perigo da demora (*caput*); d) indicar o valor da causa, utilizando como parâmetro o futuro pedido de tutela definitiva (§4º).⁶⁵

Formulado o pedido nos moldes delineados, observa-se grande alteração no procedimento em relação ao atual, a depender do caso:

1) Indeferimento do pedido – caso ocorra o indeferimento do pleito de tutela provisória antecipada, o juiz determinará a intimação do Autor para, no prazo legal emendar a inicial, delimitando o pedido de tutela definitiva, bem como, trazendo aos autos os demais documentos que embasem a pretensão. Caso o Autor não proceda com a emenda, o processo é indeferido e extinto (§ 6º, Art. 303);

2) Deferimento do pedido (§ 1º, Art. 303) – com o deferimento, serão duas as providências a serem adotadas pelo juiz: a) intimação do Autor para, nos mesmo autos, sem incidência de novas custas, aditar a inicial para o fim de complementar a causa de pedir, com a delimitação do pedido de tutela definitiva. Deverá, outrossim, o autor, promover a juntada dos demais documentos, base da sua pretensão. Com a inércia do autor, a inicial é indeferida e o processo extinto; b) citar e intimar o réu para cumprir a determinação e comparecer na audiência de conciliação ou de mediação. Não havendo a autocomposição e, procedendo o Autor com o aditamento da inicial, o Réu será intimado para, no prazo legal, contestar a ação.⁶⁶

Com a contestação do pedido pelo réu, promover-se-á o regular processamento do feito pelo rito previsto. Caso o réu quede inerte (ausência de contestação e/ou de recurso), a decisão poderá se estabilizar, com a conseqüente extinção do feito (Art. 304, *caput* e § 1º).

⁶⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *et all.* **Primeiros comentários ao novo código de processo civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 509.

⁶⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie *et all.* *Op. cit.*, p. 602/603.

Considerando a novidade do instituto da estabilização da decisão que concede a tutela provisória satisfativa, passamos a analisa-lo em item próprio.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; *et all.* **Primeiros comentários ao novo código de processo civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

3.2.3. Estabilização da decisão que defere a tutela provisória de urgência satisfativa – Art. 304.

Como já dito, caso seja deferida a tutela provisória de urgência satisfativa em caráter antecedente e o réu quede inerte, a tutela restará estabilizada, com a extinção do processo.

Os efeitos da decisão perpetuar-se-ão no tempo até que seja ajuizada ação para reformar, revisar ou invalidar a medida.

Didier sustenta que *“a estabilização da tutela antecipada representa uma generalização da técnica monitoria para situações de urgência e para a tutela satisfativa, na medida em que viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do réu.”*⁶⁷

A explicação para que o réu opte pela inércia encontra-se, por analogia, no artigo 701 do nCPC que concede o benefício da diminuição dos custos do processo, com a isenção das custas processuais, bem como a minoração dos honorários de sucumbência para 5% (cinco por cento).⁶⁸

Desta forma, para que a tutela antecipada se estabilize, são necessários os seguintes pressupostos:

- (i) o requerimento do autor, no bojo da petição inicial, no sentido de valer-se do benefício da tutela antecipada antecedente (art. 303, §5º, CPC), que faz presumir o interesse na sua estabilização; (ii) a ausência de requerimento, também no bojo da petição inicial, no sentido de dar prosseguimento ao processo após eventual decisão concessiva de tutela antecipada; (iii) a prolação de decisão concessiva da tutela satisfativa antecedente; (iv) e a ausência de impugnação do réu, litisconsorte passivo ou assistente simples, que: a) tenha sido citado por via não ficta (real); b) não esteja preso; ou c) sendo incapaz, esteja devidamente representado.⁶⁹

3.2.3.1. Discussões sobre a nova técnica de estabilização

Uma das questões levantadas sobre a nova técnica de estabilização sugere que o Autor não poderia requerer na petição inicial (ajuizamento do pedido de tutela provisória) o prosseguimento do processo com o pedido de tutela definitiva. Isso se

⁶⁷ *Ibidem*, 604

⁶⁸ *Ibidem*, 605

⁶⁹ *Ibidem*, 609/610.

dá porque se assim o fizer, é como se o Autor estivesse avisando ao Réu que a decisão não estabilizará⁷⁰ e a intenção do legislador ao incluir referida técnica é exatamente de evitar o prosseguimento inútil da demanda, caso as partes concordem com a decisão sumária.⁷¹

Ademais, neste ponto, vale destacar que em determinados casos a estabilização não consagrará ao Autor o usufruto integral da sua pretensão. É certo que nas ações que se busca uma tutela definitiva condenatória, a concessão da tutela provisória satisfativa dará à parte requerente exatamente o que se pleiteia.

Lado outro, nas ações declaratórias e constitutivas, uma tutela provisória que não declare ou constitua não satisfará os anseios do Autor, mesmo porque, para se declarar e/ou constituir, a cognição sumária muito provavelmente não será suficiente; mas, ainda assim, poderão ser formulados pedidos a título de tutela provisória para assegurar outras situações no processo. Nestes casos, o Autor deve formular o pedido da tutela provisória e, no mesmo ato, informar que pugnará pelo prosseguimento do processo em busca da tutela definitiva declaratória/constitutiva, para o regular processamento do feito.⁷²

Vale mencionar que, não se pode confundir o presente pressuposto negativo com o pressuposto necessário para o pedido de tutela provisória: “indicação do pedido de tutela final”. Em qualquer caso é dever do Autor indicar o que se busca a título definitivo. Contudo, para a estabilização da decisão antecipatória, o autor não poderia manifestar a intenção de prosseguir com o processo após a concessão da tutela provisória.

Outro ponto bastante relevante, é o que trata da aplicabilidade do instituto da estabilização dos efeitos da decisão antecipatória quando o pedido for incidental, cautelar ou mesmo na tutela de evidência; tal questão muito provavelmente trará vasta discussão na doutrina e jurisprudência, tendo em vista que, por uma interpretação literal, o legislador não teria permitido a aplicação da técnica da estabilização nas tutelas provisórias cautelares e satisfativas incidentais, nem nas tutelas de evidência, já que o texto do artigo 304 dita que “*A tutela antecipada, **concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se...***”.

⁷⁰ *Ibidem*, 611

⁷¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *et all*, *op. cit*, p. 510/511.

⁷² DIDIER JUNIOR, Fredie *et all*. *Op. cit*, p. 606/607.

Teresa Wambier em sua obra menciona que, a despeito de o legislador ter tentado aproximar de vez as tutelas antecipadas satisfativas e as cautelares, trouxe no bojo do artigo 304 a recorrente questão de diferenciação, contudo, não havendo que se falar mais em fungibilidade, já que agora o instituto é o mesmo; o tratamento diferenciado advirá da possibilidade, ou não, de se estabilizar os efeitos da decisão que conceder a tutela provisória cautelar, mesmo não havendo previsão legal expressa para tanto.

Wambier, assim como Humberto Theodoro Junior, entendem que a técnica da estabilização deve ser aplicada de forma ampla, tanto às tutelas provisórias satisfativas antecedentes, quanto às incidentais, bem como às de evidência, considerando a inexistência de diferenciação substancial entre as medidas. Isso porque, os requisitos para a concessão da tutela provisória satisfativa antecedente são os mesmos para a incidental e, no caso da tutela de evidência, por ser deferida com base no evidente direito do Autor à tutela definitiva, maior razão teria para a aplicação da técnica em comento.

Para a autora, apenas se justifica a não aplicação da técnica de estabilização em razão da tutela provisória cautelar, já que a técnica desenvolvida nesses casos é conservativa, por meio da qual se busca resguardar a viabilidade da tutela definitiva; não há antecipação dos efeitos da tutela definitiva e, portanto, tem caráter temporário, mesmo porque, o Autor não terá em suas mãos o direito que se buscará ao final do processo, não sendo, portanto, suficiente para ele, que se estabilize os efeitos da sobredita decisão.⁷³

Importante mencionar, ainda, que a segunda parte do *caput* do artigo 304 prevê a estabilização da decisão se “não for interposto o respectivo recurso”, o que pode levar a um conclusão de que, caso o Réu conteste a ação e não interponha um recurso para discussão da decisão, a técnica da estabilização se concretizará, com a extinção do feito, independentemente da existência de contestação e/ou reconvenção.

Tal interpretação foge aos princípios norteadores do processo e, caso surja no futuro, não pode ser considerada do ponto de vista literal. Assim o é tendo em vista, principalmente, o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, que seriam bruscamente violados pela literalidade da norma.

⁷³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *et all*, *op. cit.*, p. 510/512.

Portanto, qualquer forma de oposição deve ser aceita; “*basta a resistência, a manifestação do inconformismo do réu, a qual, pode se dar não só pelo recurso.*”⁷⁴

3.2.3.2. A ação para rever, reformar ou invalidar a tutela provisória satisfativa antecedente estabilizada

Pelos parágrafos 2º e, 4º e 5º do artigo 304, qualquer das partes poderá, no prazo de 02 (dois) anos, requerer o desarquivamento do processo com o intuito de revisar, reformar ou invalidar a tutela provisória satisfativa.

Tal ação por meio do Autor se justifica na medida em que, com a estabilização da tutela provisória satisfativa antecedente por inércia do réu, o processo será extinto, contudo, sem a formação da coisa julgada. Nos casos, então, que apenas a tutela provisória não seja suficiente para o Autor e, se ele não tiver manifestado o interesse no prosseguimento do feito, como explicado no item anterior, poderá, o Requerente, pugnar pelo desarquivamento do feito para fins de se buscar a tutela definitiva, com a consequente formação da coisa julgada material, tornando o direito indiscutível.⁷⁵

No que concerne ao Réu, é certo que houve sensível alteração em relação ao CPC/1973. Afirma-se isso porque no antigo *códex* o ônus de prosseguir com a ação (ou de ajuizar nova ação) era o Autor; agora, com a estabilização da tutela satisfativa antecedente, caberá ao Réu, caso queira prosseguir com a discussão proposta pelo Autor, ajuizar ação para tal desiderato.⁷⁶ Contudo, insta esclarecer que mesmo com a alteração do ônus do ajuizamento da ação de continuidade, não há que se falar em alteração do ônus da prova. Isso porque, o Autor, réu na nova ação, continuará com a responsabilidade de provar os fatos constitutivos do seu direito, ao passo que caberá ao réu, autor da nova ação, o ônus de desconstitui-lo, nos moldes originários.⁷⁷

3.2.3.3. Outras questões importantes acerca da estabilização

O legislador previu, no parágrafo 5º do artigo 304, prazo decadencial para o ajuizamento da ação tratada no item anterior. Por ser decadencial, não admite, portanto, suspensão ou interrupção.⁷⁸ Contudo, não há que se falar que, após o prazo decadencial, iniciar-se-ia o prazo para a ação rescisória, considerando o imperativo previsto no §6º que impõe a inexistência de coisa julgada para as decisões antecipatórias estáveis.

⁷⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *et all*, *op. cit*, p. 512.

⁷⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie *et all*. *Op. cit*, p. 611.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 612.

⁷⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *et all*, *op. cit*, p. 512/513.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 514.

A justificativa para que a decisão em análise não faça coisa julgada é exatamente o tipo de cognição desenvolvida pelo julgador. Seria inapropriado que, com base numa cognição sumária, as questões atinentes ao direito em discussão não pudessem mais ser revisadas. O instituto da coisa julgada considera que, após a cognição exauriente o magistrado tem a capacidade de proferir a decisão mais aproximada do que é justo, tornando-se, portanto, indiscutível.

Sendo assim, após o prazo decadencial previsto no parágrafo 5º, a questão deduzida no processo poderá ser objeto de nova ação, desde que respeitados os prazos prescricionais respectivos.⁷⁹

3.3. Tutela provisória de evidência

3.3.2. Noções gerais

A evidência não é tipo de tutela, mas sim, verdadeira técnica processual, pela qual há alteração do procedimento, em razão da evidência que envolve determinadas questões postas em juízo.

Nas palavras de Fredie Didier

a evidência não é um tipo de tutela jurisdicional. A evidência é fato jurídico processual que autoriza que se conceda uma tutela jurisdicional, mediante técnica de tutela diferenciada. Evidência é um pressuposto fático de uma técnica processual para a obtenção da tutela.⁸⁰

Por ser, a evidência, uma técnica processual, é certo dizer que pode ser aplicada, em tese, à toda espécie de tutela. É o que acontece, por exemplo, no mandado de segurança e na execução: nestes casos de cognição exauriente há alteração procedimental, considerando a evidência do direito do Autor, seja por causa da prova constituída carreada junto à inicial ou mesmo pelo título executivo apresentado aos autos; já nos casos de cognição sumária, surge a tutela provisória de evidência.⁸¹

Um dos fundamentos para a existência da tutela de evidência (inciso I do artigo 311 do nCPC) é o mesmo utilizado para a situação da tutela antecipada punitiva (CPC/1973, Art. 273, II), que visa a concessão da antecipação dos efeitos da tutela nos casos em que o réu adote postura procrastinatória ou abuse do direito de defesa. Os demais fundamentos (incisos II a IV do mesmo artigo) exsurtem exatamente da evidência do direito pleiteado. Em quaisquer dos casos, o legislador permite a

⁷⁹ *Ibidem*, 513/515

⁸⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie *et all.* *Op. cit.*, p. 617.

⁸¹ *Ibidem*, 618.

antecipação, a fim de distribuir o ônus do tempo no processo, já que, caso ocorra o sobredito abuso ou propósito protelatório do réu ou mesmo que, diante da suficiência das provas levadas aos autos pelo Autor, este usufrua do direito manifestamente evidente apenas após todas a instrução probatória, somente o autor sofreria a ação do tempo na demanda.⁸²

Insta, porém, salientar, que as situações que autorizam o deferimento da tutela de evidência não se confundem com aquelas que autorizam o julgamento antecipado do mérito, já que “*na tutela de evidência, diferentemente do julgamento antecipado, a decisão pauta-se em cognição sumária e, portanto, traduz uma decisão revogável e provisória.*”⁸³

Ressalta-se, ainda, que em nenhum dos casos da tutela provisória de evidência previstos nos incisos do artigo 311 do nCPC, exige-se a demonstração do *periculum in mora*; aliás, é o *caput* do próprio artigo que faz a seguinte ressalva, ao dispor que “*a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo*” (grifei).

Destarte, a tutela provisória de evidência é técnica processual, passível de ser aplicada tanto nos casos de tutela provisória satisfativa ou cautelar⁸⁴, pela qual se prestigia a evidência do direito alegado pelo Autor, nos casos previstos expressamente no artigo 311 do nCPC.

3.3.3. Pressupostos

Os pressupostos para os tipos de tutela provisória de evidência encontram-se discriminados nos incisos de I a IV do artigo 311 do nCPC. Contudo, a doutrina se ocupou em dividir referidas hipóteses em dois grupos, a saber: *tutela de evidência punitiva*, nos casos do inciso I; e, *tutela de evidência documentada*, nos casos dos incisos II a IV.

3.3.3.1. Tutela de evidência punitiva

A tutela de evidência punitiva visa defender o direito evidente daquele autor que, tendo demonstrado a viabilidade do direito pleiteado desde o ajuizamento da ação, ainda sofre com a postura abusiva e protelatória do réu que se vale do direito de defesa para tumultuar as questões discutidas no processo e procrastinar a resolução da lide.

⁸² *Ibidem*, 618.

⁸³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *et all*, *op. cit*, p. 523.

⁸⁴ *Idem*.

Defesa abusiva, portanto, deve ser entendida como aquela em que o réu se excede e foge da normalidade do que está nos autos. Ressalta-se, porém, que o termo “defesa” aqui não deve ser entendido de forma restrita, mas sim *latu senso*, já que não é apenas a contestação que deve ser abusiva, mas todo e qualquer ato praticado pelo réu no processo, como por exemplo, uma manifestação simples que visa rediscutir matéria abarcada pela preclusão.

Sobre o assunto, Teresa Wambier leciona de forma ilustre que para que se configure a situação prevista no inciso I do artigo 311

A defesa deve ser **abusiva, excessiva, anormal, inadequada, com o propósito de frustrar e/ou atrasar a prestação jurisdicional**. É interessante observar que o réu pode apresentar defesa técnica adequada e mesmo assim abusar do direito de defesa, que deve ser lido consoante o princípio da ampla defesa, abarcando não só as peças confeccionadas a esse título (contestação, reconvenção, etc.) como também a conduta do réu na defesa de seus interesses.

Sobre o “abuso do direito de defesa” e o “manifesto propósito protelatório do réu” vale dizer que a doutrina trata o primeiro como atos endoprocessuais e o segundo como extraprocessuais; isso quer dizer que, todo ato praticado dentro do processo pelo réu que configure abuso ou intenção de protelar o feito pode ser considerado pelo juiz como “abuso do direito de defesa” e, qualquer ato praticado pelo réu fora do processo, que demonstre o propósito de atrasar a resolução a lide, como p. ex., ocultar-se para frustrar a citação, poderá ser considerado como “propósito protelatório”.⁸⁵

No entanto, no que concerne ao manifesto propósito protelatório do réu, vale dizer que apenas a intenção do réu em protelar o andamento processual não é suficiente para que reste configurada a hipótese do inciso I do artigo 311; é necessário que exista efetiva prática de ato protelatório.⁸⁶

3.3.3.2. Tutela de evidência documentada

São três as hipóteses de tutela provisória de evidência documentada previstas no artigo 311, a saber:

- a) Tutela de evidência documentada fundada em precedente obrigatório (inciso II);
- b) Tutela de evidência documentada fundada em contrato de depósito (inciso III); e

⁸⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie *et all.* *Op. cit.*, p. 621/622

⁸⁶ *Idem.*

- c) Tutela de evidência documentada fundada na insuficiência da contraprova do réu (inciso IV).

As hipóteses, ora em análise, versam sobre a questão documental, necessária ao deferimento da tutela provisória de evidência. Em nenhuma das hipóteses se discute a atitude protelatória ou abusiva do réu. Observam-se, portanto, as seguintes situações pertinentes ao assunto.

Para a configuração do inciso II, dois são os requisitos: a) que a situação apresentada pelo autor possa ser comprovada cabalmente pela prova documental e que assim esteja no processo e, b) que a questão de direito já se encontre pacificada, seja por julgamento de casos repetitivos ou por força de súmula vinculante.⁸⁷

A hipótese não se confunde com o julgamento antecipado, eis que, no instituto em análise o juiz poderá deferir a medida de forma liminar, ou seja, sem a oitiva do réu; naquele, o juiz dispensará a produção de outras provas, após a oitiva do réu, e julgará o mérito no estado em que o processo se encontrar.⁸⁸

Quanto à tutela de evidência prevista no inciso III, observa-se mais um alteração que visou extinguir com procedimento antigo, qual seja: o procedimento especial de depósito, previsto nos artigos 901/906 do CPC/1973, incluindo-o, como hipótese de tutela de evidência. Para a concessão da medida específica de obrigação de entregar coisa certa, basta que o Autor apresente a prova documental adequada, contrato de depósito, conduzindo ao deferimento do pleito.

Sobre a inovação legislativa, Fredie Didier menciona que

Uma vez preenchido o pressuposto referido, a tutela provisória de evidência será concedida, de acordo com a literalidade da lei, mediante "ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa". O legislador só admite, em caráter provisório, a tutela específica da obrigação e, não, tutela genérica ou pelo seu equivalente em dinheiro. Até porque a tutela provisória de evidência só é prevista para pedido reipersecutório e não para pedido de condenação em quantia.⁸⁹

Já a hipótese do inciso IV traz três exigências para a sua concessão: a) que o direito em discussão possa ser provado apenas por meio de prova documental; b) que a prova documental suficiente seja apresentada nos autos pelo Autor desde o ajuizamento, restando demonstrada, portanto, a evidência do seu direito; e c)

⁸⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *et all*, *op. cit.*, p. 525.

⁸⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie *et all*. *Op. cit.*, p. 626.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 628

ausência de contraprova por parte do réu, tendente a gerar “dúvida razoável” em relação ao fato constitutivo ou ao próprio direito do autor.⁹⁰

A doutrina admite, na hipótese em comento, a utilização da prova emprestada como prova documental suficiente para a concessão da medida.⁹¹

Por fim, interessante trazer à baila discussão sugerida por Fredie Didier em sua obra, utilizada como base fundamental para este estudo, acerca da hipótese em comento. O autor sustenta que da observação do inciso, restaria apenas uma situação: tutela definitiva por julgamento antecipado do mérito.

Didier esclarece que: (i) se a prova documental do réu é insuficiente e este requer a produção de outras provas, o juiz não poderá deferir a medida, já que, conforme alhures descrito, a hipótese prevista no inciso I deve ser tratado apenas por provas documentais, i. e., caso outras provas possam ser produzidas, de rigor, a medida será indeferida e o processo terá seu regular processamento; (ii) se a prova documental do réu é insuficiente e ele não requer a produção de novas provas, trata-se na verdade de hipótese configurada no inciso I do artigo 355 que autoriza o julgamento antecipado do mérito quando não for necessária a produção de novas provas.⁹²

Pela visão de Didier, portanto, a hipótese de tutela provisória de evidência fundada na insuficiência de contraprova do réu é letra morta da lei, eis que a situação não se configurará no caso concreto. Contudo, o próprio autor sustenta, posicionamento que entendemos coerente, que a medida será eficaz para o fim de conferir eficácia imediata à sentença que julgar antecipadamente o mérito já que a regra no ordenamento jurídico pátrio é que a apelação seja dotada de efeito suspensivo.⁹³

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ É de se admitir, segundo pensamos, que o autor possa se valer da “prova emprestada”, ou seja, aquela produzida noutro processo sob o crivo do contraditório, para demonstrar “documentalmente” o fato constitutivo do seu direito. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *et all, op. cit.*, p. 525).

Fredie Didier: Uma interpretação extensiva permite que se considere aí abrangida a prova documentada (como a prova emprestada ou produzida antecipadamente), (DIDIER JUNIOR, Fredie *et all. Op. cit.*, p. 628).

⁹² *Idem.*

⁹³ *Idem.*

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que as situações fáticas se alteram com o tempo; um direito que se busca resguardar quando do ajuizamento de uma ação muito provavelmente sofrerá degradação no curso da demanda. Para evitar o verdadeiro perecimento do direito, o instituto da tutela antecipada foi introduzido no ordenamento jurídico por meio da Lei 8.952/1994 que traduziu o anseio dos processualistas da época por normas que buscassem minorar o prejuízos advindos do tempo no processo.

E por muito tempo o referido instituto cumpriu seu desiderato, proporcionando às partes uma prestação jurisdicional muito mais efetiva.

Ocorre que, por regular relações humanas, o direito precisa estar em constante evolução, situação um pouco mais difícil para o poder legislativo que tem uma vastidão de procedimentos a serem seguidos para a modificação e/ou inovação legais. Nesta toada, muitos foram os juristas que vinham alertando sobre uma necessidade de se reformar o diploma de normas processuais, a fim de atender às novas necessidades das relações de direito material.

E assim foi!

Aos 16/03/2015 a Lei n. 13.105 obteve sanção presidencial, introduzindo no ordenamento jurídico o novo Código de Processo Civil⁹⁴, numa tentativa de constitucionalizar e democratizar o processo civil brasileiro, conferindo respostas mais condizentes com o cenário da sociedade atual⁹⁵.

Muitas questões, antes tidas como controvertidas pela doutrina e jurisprudência, foram resolvidas pelo legislador; outras, foram deixadas de lado, como por exemplo, a possibilidade, ou não, de se conceder tutela de urgência de ofício.

Sobre o tema abordado neste trabalho, importante dizer que o novo *códex* trouxe alterações significativas no procedimento referente às tutelas provisórias, desde a extinção do processo cautelar autônomo, até a introdução expressa da tutela de evidência que há muito vinha sendo discutida pela doutrina.

As alterações introduzidas no instituto da tutela provisória, interpretadas sob o prisma constitucional, tornam o processo mais célere e efetivo, conferindo maior efetividade ao instituto que desde a sua gênese busca uma melhora na prestação jurisdicional. No entanto, com a entrada em vigor da lei é que se poderá saber quais

⁹⁴ Ainda no período de *vacatio legis* que perdurará por 01 (um) ano a partir da publicação da Lei 13.105/2015 que se deu aos 17/03/2015.

⁹⁵ Conforme exposição de motivos do anteprojeto do nCPC.

as disposições que efetivamente alcançarão o fim para o qual foram criadas e quais, por sua vez, que trarão ainda maiores discussões.

De qualquer sorte, toda discussão saudável traz avanços e este é o momento de observar quais os caminhos o novo código buscou traçar para os milhares de processos já ajuizados e para os futuros, bem ainda buscar conciliar a máxima efetividade do processo com os direitos constitucionais há muito garantidos pela Carta Magna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>, acessado em 07/09/2015, às 10h

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1045>, acessado em 07/09/2015, às 10h05.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil : anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: tutelas sumárias de urgência. 3ª Ed. São Paulo, 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, vol. 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. 6. ed.— São Paulo : Saraiva, 2014.

CALMON DE PASSOS, J.J. **Inovações no CPC**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995,

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 26/09/2015, às 15h15min.

Dicionário do Aurélio. Disponível em: <http://dicionariodoaurelio.com/>. Acesso em 10/10/2015, às 17h.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: Introdução ao direito processual civil e ao processo de conhecimento, volume 1. 15 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie *et all*. **Curso de direito processual civil**: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Volume 2. 7ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

_____. **Curso de direito processual civil**: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Volume 2. 10ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

DONIZETTI, Elpidio **Curso didático de direito processual civil** - 18. ed.- São Paulo: Atlas, 2014.

FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência** (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A necessária reforma infraconstitucional**, in: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora (Coord.). Reforma do judiciário. São Paulo: Método, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Método, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme *et all.* **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Volume 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Tutela antecipatória e defesa inconsistente**. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). Tutela de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Projeto do novo código de processo civil: confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 277.

MORAIS, Maria Lucia Baptista. As tutelas de urgência e as evidências: especificidades e efeitos. **Revista da AGU**, Brasília, v. 10, n. 29, p. 225–265, jul./set., 2011.

PASSOS, J.J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 3. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2000.

SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **A tutela antecipada como prestação jurisdicional diferenciada: A nova redação do art. 273 do CPC**. Rio de Janeiro: IEJ, 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil: volume 2**. 24ª ed. – São Paulo : Saraiva, 2008.

SILVA, Adriana Camilla. Antecipação dos efeitos na tutela de urgência. 21/03/2013. 67 p. (Direito Processual Civil) – Universidade de Rio Preto - UNIRP, Rio Preto/SP, 2013.

SILVEIRA, Artur Barbosa da. **As tutelas de urgência e de evidências no novo Código de Processo Civil**. Janeiro/2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/print.php?content=2.52287>. Acessado em 07/09/2015, às 10h50min.

SOUZA, Valquiria Lima de. **Tutela de urgência e evidência sob a ótica moderna**. Setembro/2014. Disponível em: <http://valquirialimasouza.jusbrasil.com.br/artigos/112110619/tuteladeurgenciaeevidenciasobaoticamoderna>. Acesso em 07/09/2015, às 10h25min.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, Vol. 2: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014,

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil** - teoria geral do processo e processo de conhecimento. v.1. 10ª ed., São Paulo: RT, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; *et all.* **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.