

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

JONATHAS CAMPOS PALMEIRA

TUTELA PROVISÓRIA:

Aspectos relevantes.

SÃO PAULO

2017

JONATHAS CAMPOS PALMEIRA

TUTELA PROVISÓRIA:

Aspectos relevantes.

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, sob a orientação da Professora Doutora Berenice Soubhie Nogueira Magri.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

São Paulo - 2017

PALMEIRA, Jonathas Campos

Tutela Provisória: Aspectos relevantes / Jonathas Campos
Palmeira. São Paulo: PUC/SP, 2017.

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo para obtenção do título de
Especialista em Direito Processual Civil.

Disciplina é a ponte entre metas e realizações.

Jim Rohn

Primeiramente agradeço a **DEUS**, pela saúde e disposição que me tem concedido, sobretudo pela oportunidade de conquistar mais um objetivo.

Agradeço aos meus pais, **ANTONIO** e **CLAUDETE**, pela educação e conselhos que muito contribuíram para a formação do meu caráter, notadamente pelos incentivos de sempre, fundamentais para a conclusão de mais uma etapa.

Agradeço a minha esposa **JULIANA**, pelo companheirismo, amizade e carinho que norteiam nossa união, principalmente por ter me proporcionado o melhor presente da minha vida, nossa filha **MARIA CLARA**.

Agradeço, em especial, a minha professora e orientadora **Dra. BERENICE SOUBHIE NOGUEIRA MAGRI**, por toda compreensão, colaboração e orientação.

SUMÁRIO

RESUMO/ABSTRACT	01
-----------------------	----

INTRODUÇÃO	03
------------------	----

CAPÍTULO I

1	Princípios constitucionais do processo civil	04
1.1	Princípio da inafastabilidade da jurisdição	06
1.2	Princípio do devido processo legal	08
1.3	Princípio do contraditório	10
1.4	Princípio da ampla defesa	11
1.5	Princípio da isonomia ou igualdade	12
1.6	Princípio da Publicidade	14
1.7	Princípio da Motivação	15
1.8	Princípio da economia e celeridade processual	16
1.9	Princípio do juiz natural	17
1.10	Princípio da efetividade	18

CAPÍTULO II

2	Evolução histórica da tutela antecipada	19
2.1	Denominação e conceito	19
2.2	Direito comparado	20
2.2.1	Direito Argentino	21
2.2.2	Direito Inglês – <i>Common law</i>	22
2.2.3	Direito Italiano	23
2.2.4	Direito Português	24
2.2.5	Direito Francês	26
2.3	Integração no ordenamento jurídico pátrio	27

CAPÍTULO III

3	Noções gerais da tutela provisória	32
3.1	Juízo competente	32

3.1.1	Peculiaridades da competência na tutela provisória.....	33
3.2	Momento processual para o requerimento da tutela provisória.....	35
3.3	Cognição sumária e cognição plena.....	37
3.4	Necessidade de fundamentação.....	38
3.5	Conservação da eficácia da tutela provisória.....	39
3.6	Meios de efetivação da tutela provisória – Poder geral de cautela.....	40
3.7	Recurso cabível.....	41

CAPÍTULO IV

4	Tutela de Urgência.....	43
4.1	Conceito.....	43
4.2	Semelhanças e diferenças entre tutela antecipada e tutela cautelar.....	43
4.3	Requisitos.....	45
4.3.1	Probabilidade do direito – “fumus boni iuris”.....	45
4.3.2	Perigo de dano ou ao resultado útil do processo.....	47
4.4	Concessão <i>inaldita altera pars</i> e audiência de justificação.....	48
4.5	Exigência de caução.....	49
4.6	Concessão de ofício.....	49
4.7	Reversibilidade e seus efeitos.....	51
4.8	Responsabilidade objetiva.....	52

CAPÍTULO V

5	Tutela antecipada requerida em caráter antecedente.....	54
5.1	Procedimento.....	54
5.1.1	Petição inicial.....	54
5.1.2	Concessão da tutela.....	55
5.1.3	Ausência dos requisitos da tutela antecipada antecedente.....	58
5.2	Estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente.....	59
5.2.1	Ação de revisão.....	60

CAPÍTULO VI

6	Tutela cautelar requerida em caráter antecedente.....	64
6.1	Procedimento.....	65
6.1.1	Petição inicial.....	65

6.1.2	Despacho inicial e defesa do réu.....	65
6.1.3	Efetivação da cautelar.....	66
6.1.4	Indeferimento da tutela cautelar.....	67
6.1.5	Cessação dos efeitos da cautelar.....	68

CAPÍTULO VII

7	Tutela de evidência.....	70
7.1	Conceito.....	70
7.2	Abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte.....	71
7.3	Alegações de fato comprovadas documentalmente e tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em sumulas vinculantes.....	72
7.4	Contrato de depósito.....	73
7.5	Prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor.....	74

CAPÍTULO VIII

8	Restrições à tutela provisória.....	75
---	-------------------------------------	----

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	78
----------------------------------	-----------

BIBLIOGRAFIA.....	79
--------------------------	-----------

RESUMO

Sem a pretensão de esgotar o assunto, o presente trabalho tem como objetivo analisar os aspectos relevantes da tutela provisória, sobretudo diante das inovações trazidas pelo atual Código de Processo Civil.

Embora de maneira breve, faz-se uma importante análise dos princípios Constitucionais afetos ao Processo Civil, relacionando-os, quando possível, à tutela provisória. Demais disso, e também de maneira breve, o presente estudo compara a tutela provisória prevista no nosso ordenamento jurídico com instrumentos jurídicos semelhantes em países como Argentina, Inglaterra, Itália, Portugal e França.

O estudo se revela relevante na medida em que a tutela provisória se apresenta como o instrumento jurídico adequado à efetividade do processo, isto é, através de mecanismos criados pela tutela provisória, é possível a satisfação imediata do bem da vida pretendido, bem como a criação de meios que assegurem o resultado útil do processo.

É objeto de análise as espécies da tutela provisória (tutela de urgência e de evidência) e suas peculiaridades, especialmente o fenômeno da estabilização dos efeitos da tutela antecipada de urgência requerida em caráter antecedente (art. 304, CPC). Por relevante, as restrições impostas à tutela provisória também ganharam destaque, pois, além de sucinta análise das leis que dispõem sobre tal restrição, há interessante abordagem sobre a constitucionalidade da proibição imposta.

Neste contexto, a real intenção desta monografia consiste em trazer uma visão crítica e uma reflexão jurídica sobre o tema, tendo em vista as inovações trazidas pelo atual Código de Processo Civil, que, além de unificar em um só conceito a antiga tutela antecipada e o antigo processo cautelar (tutela de urgência), criou procedimentos distintos para as denominadas tutelas de urgência requeridas em caráter antecedente, além prever expressamente a tutela de evidência.

Referida pesquisa encontra-se atualizada e em consonância com a legislação vigente, sendo lastreada por pareceres, artigos científicos e obras de renomados juristas, contribuindo para a reflexão ora proposta.

Palavras-chave: Direito, Processo Civil e Tutela Provisória

ABSTRACT

Even though the subject will not be exhausted, the present work aims to analyze the relevant aspects of the interim order, mainly due to the innovations surfaced by the current Code of Civil Procedure.

Although in a brief manner, an important analysis of the constitutional principles regarding Civil Proceedings is conducted, relating them, as much as possible, to the interim order. Furthermore, as well as briefly, the present study compares the interim order provided for in our legal system to similar legal instruments in countries such as Argentina, England, Italy, Portugal and France.

The study is relevant in so far as the interim order is presented as the adequate legal instrument to the effectiveness of the procedure, i.e. the immediate satisfaction of the **intended good of life** is enabled through mechanisms created by interim order, as well as the creation of means to ensure the useful outcome of the process.

The kinds of interim order (emergency interim order and evidence interim order) and their peculiarities are analyzed, especially the phenomenon of stabilization of the effects of the anticipated emergency interim order required in antecedent character (Article 304, Code of Civil Procedure). Relevantly, the restrictions imposed on the interim order have also gained prominence, thus, in addition to a brief analysis of the laws that provide for such a restriction, there is an interesting approach to the constitutionality of the imposed prohibition.

In this context, the attempt of this monograph consists in offering a critical vision and a legal reflection on the subject, considering the innovations brought by the current Code of Civil Procedure, which, besides unifying in a single concept the former interim order and the precautionary procedure (emergency interim order), has created separate procedures for the so-called emergency interim orders in antecedent character, in addition to expressly providing for the evidence interim order.

keywords: Law, Civil Procedure and interim order

INTRODUÇÃO

A tutela provisória, prevista nos artigos 294 a 311 do Código de Processo Civil, é dividida em tutela de urgência e tutela de evidência. A tutela de urgência, por sua vez, subdivide-se em tutela de urgência de natureza antecipada e tutela de urgência de natureza cautelar.

A tutela de urgência, antecipada ou cautelar, reclama como requisitos a demonstração da “probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Ainda sobre a tutela de urgência, o Código de Processo Civil traz interessante inovação acerca da possibilidade de ser requerida antes do ajuizamento da ação. Diz-se inovação para a tutela de urgência de natureza satisfativa (antecipada), pois, em relação à de natureza cautelar, pouca inovação há.

A depender da natureza da tutela de urgência requerida (antecipada ou cautelar), deverá ser observado um ou outro procedimento. Com efeito, tratando-se de tutela antecipada de urgência requerida em caráter antecedente, o procedimento a ser observado é aquele previsto no art. 303 e 304 do Código; de outro norte, se pretendida a tutela cautelar em caráter antecedente, o procedimento a ser observado será aquele previsto nos artigos 305 a 310, do mesmo diploma legal.

A distinção de procedimentos para a tutela cautelar antecedente e a tutela antecipada antecedente, mantém viva a árdua missão de diferenciar tutela antecipada de tutela cautelar, mesmo com a reunião de conceitos na denominada tutela de urgência.

O procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente prevê o fenômeno da estabilização dos efeitos da tutela deferida (art. 304), caso o réu, regularmente intimado da decisão proferida, decidir quedar-se inerte à interposição do respectivo recurso. O assunto é polêmico, principalmente porque prevê a imutabilidade da decisão depois de escoado 02 anos da extinção do processo em que esta foi proferida.

Em remate dessas linhas introdutórias, cumpre destacar a previsão expressa da tutela de evidência (art. 311), que, diferentemente da tutela de urgência, não exige a demonstração de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

CAPÍTULO I

1. Princípios constitucionais do processo civil.

O novo Código de Processo Civil resolveu declarar de maneira expressa as normas fundamentais a ele pertinentes. O tema é tratado do art. 1º ao 12 do novo código, que demonstra, de modo claro, a preocupação do legislador ordinário no sentido do processo civil ser interpretado à luz dos valores e normas esculpidos na Constituição Federal.

Pode-se dizer que a esmagadora maioria das normas fundamentais previstas no novo código retrata verdadeiro desdobramento dos princípios constitucionais, apontados há muito tempo pela doutrina pátria como essenciais ao processo civil. Aliás, por assim ser, e considerando que a interpretação de qualquer lei tem como ponto de partida/chegada as normas e princípios que regem a Constituição Federal, o art. 1º do atual código revela-se um tanto inócuo.¹

Princípios gerais, no mais das vezes, são aqueles que fundamentam um sistema, sendo “premissas sobre as quais se apoiam as ciências”.² Diferem dos princípios informativos, que, na definição de Marcus Rios Gonçalves, dividem-se em: 1) Lógico – os atos praticados no processo devem observar uma sequência lógica, respeitando a regra de procedimento; 2) Econômico - A entrega da tutela jurisdicional deve ocorrer de maneira mais eficiente possível, em tempo razoável e também visando a redução de custos; 3) Jurídico - O ordenamento jurídico deve ser respeitado e aplicado durante a condução do processo; 4) Político - A solução do litígio deve ser alcançada, respeitando-se o menor impacto social possível.³

Para o professor José Afonso da Silva, a palavra princípio não deve ser entendida em sua acepção propriamente dita de começo, de início. Ao tratar de princípios

¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC. 2. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. Pag.42

² GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2011. Pag. 58

³ Idem, p. 58

fundamentais, o sentido a ser exprimido da palavra não é de origem de órgão, entidade ou de programa, mas sim a noção de “mandamento nuclear de um sistema”.⁴

Nessa linha de raciocínio, ainda que não houvesse a previsão contida no art. 1º do novo código, não haveria como escapar do modelo constitucional do processo civil. É através dele que surge para o poder judiciário, com maior ênfase, o dever de se observar e aplicar o ordenamento jurídico, de apreciar ameaça ou lesão a direito, de entregar a tutela jurisdicional em prazo razoável, de conferir aos litigantes tratamento igualitário, de permitir o contraditório e a ampla defesa, bem como tornar público seus atos, exceto os casos considerados segredo de justiça.

O Código de Processo Civil faz questão de esmiuçar os princípios fundamentais que norteiam o processo, disciplinando, inclusive, hipóteses em que determinado princípio, ou, como preferiu denominar, norma fundamental, será flexibilizada.

Assim, a título de exemplo, depreende-se que o art. 3º do novo código espelha o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, com previsão de incentivo a outros meios alternativos de conflitos, tais como a lei de arbitragem, conciliação, mediação, etc. Da mesma maneira, o art. 9º, que guarda relação com o princípio do contraditório, elenca de maneira clara as hipóteses em que há certa flexibilização da norma fundamental.

Humberto Theodoro Junior leciona que os princípios consagrados como inerentes ao processo democrático adquiriram caráter de normas fundamentais, destacando, entre eles, o princípio inquisitivo e o dispositivo, a demanda, o contraditório, a boa-fé objetiva, a legalidade, o acesso à justiça, a publicidade, a isonomia e a duração razoável do processo.⁵

No que diz respeito ao nosso tema especificamente, a tutela provisória também ganhou status de garantia constitucional, pois está ligada a efetividade na entrega da tutela jurisdicional e ao devido processo constitucional.

⁴ DA SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 38ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015. Pag. 93

⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Vol. I. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Pag. 47

Deste modo, revela-se de grande importância o estudo dos princípios fundamentais que informam o modelo constitucional, pois eles enaltecem as garantias mínimas do processo.

1.1 Princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Antigamente, nos primórdios da civilização, vigorava o regime da autotutela, consistente na solução de conflitos pelas próprias mãos, a tempo e modo que melhor fosse conveniente a pessoa que se sentisse lesada.

De maneira breve, é possível conceituar o princípio da inafastabilidade da jurisdição como sendo o poder-dever do Estado de substituir a vontade das partes litigantes, resolvendo o conflito de maneira efetiva, sendo-lhe vedada a exclusão de lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário.

Nesse sentido, vale a pena transcrever a lição de Cassio Scarpinella Bueno:

*“A compreensão de que nenhuma lei excluirá ameaça ou lesão a direito da apreciação do Poder Judiciário deve ser entendida no sentido de que qualquer forma de ‘pretensão’, isto é, ‘a afirmação de direito’ pode ser levada ao Poder Judiciário para solução. Uma vez provocado, o Estado-juiz tem o dever de fornecer àquele que bateu às suas portas uma resposta, mesmo que seja negativa, no sentido de que não há direito nenhuma ser tutelado ou, bem menos do que isso, uma resposta que diga ao interessado que não há condições mínimas de saber se existe, ou não, direito a ser tutelado, isto é, que não há condições mínimas de exercício da própria jurisdição, o que poderá ocorrer por diversas razões, inclusive por faltar o mínimo indispensável para o que a própria CF exige como devido processo legal”.*⁶

A Constituição Federal de 1946, em seu art. 141, §4º, foi a primeira a fazer previsão expressa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional em nosso ordenamento jurídico. Todavia, a redação do referido dispositivo, bem próxima da redação atual, fazia

⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Pag. 44

menção expressa a proteção de ameaça ou lesão a direito individual, o que é esclarecido por Leonardo Ferres da Silva Ribeiro da seguinte maneira:

“O termo individual, hoje suprimido do dispositivo constitucional, gerava a equivocada impressão de que somente as pessoas, individualmente, poderiam socorrer-se da jurisdição estatal. A melhor interpretação, contudo, sempre se valeu do conteúdo genérico dessa expressão, reconhecendo que o direito de ação é garantido a todos, indistintamente, compreendendo as pessoas físicas, as jurídicas e os entes despersonalizados”.⁷

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, também conhecido como acesso à justiça, acesso à ordem jurídica justa e inafastabilidade do controle jurisdicional, encontra guarida no art. 5º, XXXV, da nossa atual Constituição Federal. Para Humberto Theodoro Junior, ele está inserido no devido processo legal, já que este último, além de estar ligado ao cumprimento dos procedimentos legais durante a tramitação do processo, também compreende algumas garantias constitucionais, dentre elas a garantia de acesso à justiça.⁸

Veja-se, portanto, que o Estado tem o dever de dizer o direito quando for provocado, ainda que sua resposta seja negativa à pretensão deduzida, ou, até mesmo, para informar que tal pretensão não permite o exercício jurisdicional. A proibição de embaraço ao acesso efetivo à justiça não se restringe ao legislador, mas também ao juiz, pois, nos termos do art. 140 do novo Código de Processo Civil, lhe é vedado deixar de julgar as causas que preside.⁹

O novo Código entendeu por bem consagrar expressamente a inafastabilidade da jurisdição como norma fundamental ao processo civil (art. 3º). Assim como todo princípio é possível dizer que a inafastabilidade da jurisdição não é absoluto, pois, à evidência, existem meios alternativos de conflitos que flexibilizam sua aplicação.

Já houve, por exemplo, questionamento acerca da constitucionalidade da lei de arbitragem frente ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (Agravo Regimental 5.206,

⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Pag.38 – nota de rodapé.

⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 47

⁹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag.40

relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence), mas, há um bom tempo, seu espaço no ordenamento jurídico brasileiro é inquestionável.

Tanto é assim que o próprio Código de Processo Civil “confirmou” a vigência da arbitragem (art. 3º, §1º). E não é só, além de prever meios alternativos de solução de conflito, o Código incentiva tal escolha.

José Miguel Garcia Medina e Janaina Marchi Medina vão além e disciplinam que, pelo novo Código, outros meios de solução de conflito deixaram de ser alternativos e passaram a ser primazia; apontam, como exemplo, o disposto no art. 334, §4º, do Código de Processo Civil, que traz como regra a tentativa de conciliação ou mediação, a serem superadas apenas excepcionalmente.¹⁰

Todavia, penso que ainda vivenciamos algumas situações que verdadeiramente afrontam a inafastabilidade jurisdicional, tal como a exigência de esgotamento das vias administrativas (exceção à Justiça Desportiva por previsão Constitucional), como ocorre em Juizados Especiais Federais no âmbito previdenciário, e a restrição de concessão de liminares contra a fazenda pública, muito embora nesse caso, segundo Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, o STF, no julgamento da ADI 233-6/DF, deixou uma “válvula de escape”, permitindo ao juiz analisar caso a caso, à luz do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, se a proibição contida na lei 9.494/1997 fere ou não a Constituição Federal.¹¹

1.2 Princípio do devido processo legal

É oriundo da Magna Carta Inglesa de 1215, assinada por João Sem Terra, que tinha por objetivo garantir os direitos da nobreza. O devido processo legal está previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal Brasileira de 1988, com a seguinte redação: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

¹⁰ MEDINA, José Miguel Garcia e Janaina Marchi Medina. Guia prático do novo processo brasileiro. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. Pag. 27.

¹¹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag.41

Nossa Constituição preferiu esmiuçar o devido processo legal, de modo a não permitir qualquer dúvida sobre a importância de seus desdobramentos, mas, em verdade, bastaria a menção a esse princípio para reconhecer as garantias mínimas do processo civil. Por tal razão, grande parte da doutrina o reconhece como um “princípio síntese” ou “princípio de encerramento”, pois abrange todas normas e princípios que regem o processo adequado e eficiente.¹²

Garantia a um processo devido é mais do que a simples observação dos procedimentos previstos em lei, pois, na essência, assegura-se um processo justo, com a efetiva e concreta entrega da tutela jurisdicional.

Nesse passo, cumpre transcrever a lição de Humberto Theodoro Junior:

*“Nesse âmbito de comprometimento com o ‘justo’, com a ‘correção’, com a ‘efetividade’ e com a ‘presteza’ da prestação jurisdicional, o due process of law realiza, entre outras, a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo quanto o procedimento. Inspira e torna realizável a proporcionalidade e razoabilidade que devem prevalecer na vigência e na harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo”.*¹³

À primeira vista, o devido processo legal parece possuir maior relação com o campo processual, em seu sentido formal. Contudo, fazendo alusão ao direito inglês, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, leciona que há o devido processo legal formal e o devido processo legal substancial.¹⁴

O devido processo legal formal está relacionado ao processo, notadamente à observância dos procedimentos, normas e princípios para a entrega de uma tutela jurisdicional justa. Por outro lado, o devido processo legal substancial está relacionado ao direito material.

Sob o prisma do devido processo legal substancial, pode-se dizer que, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, há um controle exercido pelo Judiciário de

¹² BUENO, Cassio Scarpinella. Pag. 46

¹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 48

atos normativos emanados dos outros Poderes, “*permitindo a declaração de inconstitucionalidade aos atos tidos injustos ou desarrazoados, porquanto em confronto com os direitos fundamentais do cidadão*”.¹⁵

Indo além, o princípio do devido processo legal também é aplicável ao processo legislativo na elaboração das normas. Em suma, é a Constituição determinando a atuação do Estado nos limites dos princípios fundamentais e da lei vigente.

1.3. Princípio do contraditório

Está previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, com a seguinte redação: “aos litigantes em processo judicial e administrativo, e aos acusados de modo geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O novo Código de Processo Civil privilegiou o contraditório, pois incentiva cada vez mais a interação das partes e do juiz. É o que se convencionou chamar de princípio da cooperação.¹⁶

De maneira muito breve, pode-se dizer que o processo é o conjunto de atos interligados, cujo objetivo se encerra com a entrega da tutela jurisdicional. Dito isso, oportunizar às partes a participação na prática desses atos que formam e encerram o processo, significa privilegiar o contraditório.

Como norma fundamental ao processo, o princípio do contraditório está expressamente previsto nos artigos 9º e 10 do novo Código, mas também tem sua essência em muitos outros dispositivos espalhados pelo referido diploma legal.

Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno:

“O modelo de processo estabelecido pelo CPC de 2015, bem compreendido e em plena harmonia com o “modelo constitucional” é inequivocamente de um “processo cooperativo” em que todos os sujeitos processuais (as partes, eventuais terceiros

¹⁴ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 34

¹⁵ Idem. Pag. 36

¹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Pag. 46

intervenientes, os auxiliares da justiça e o próprio magistrado) cooperem ou colaborem entre si com vistas a uma finalidade comum: a prestação da tutela jurisdicional.”¹⁷

É preciso distinguir o contraditório da ampla defesa, muito embora possam parecer atingir a mesma finalidade.

De início, parte-se do princípio básico de que a Constituição não possui palavras inúteis em seu texto. Desse modo, se o próprio legislador constituinte faz menção ao contraditório e ampla defesa de maneira distinta, não há razão para interpretá-los como sendo a mesma coisa.

O contraditório está relacionado a oportunidade de participação e cooperação das partes e do juiz nos atos praticados durante o curso do processo. Já a ampla defesa, como se verá adiante, refere-se a utilização de todos mecanismos e técnicas processuais que viabilizem a defesa de modo concreto.

Pode-se dizer que o novo Código de Processo Civil inovou no que diz respeito a evitar decisões surpresas derivadas de matéria de ofício, pois, nos termos do art. 10, “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

O nosso tema, tutela provisória, afigura-se como certa flexibilização do princípio do contraditório, pois, em determinadas situações, mormente aquelas fundadas em urgência, a oitiva prévia da parte contrária representa grande embaraço à efetivação da tutela e proteção do bem jurídico tutelado. O contraditório não é ignorado em tais situações, mas sim diferido.

1.4. Princípio da ampla defesa.

Ao lado do contraditório, a ampla defesa também encontra guarida no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

¹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. Pag. 47

Como visto antes, embora dividam o mesmo dispositivo constitucional como fundamento, ampla defesa e contraditório não se confundem.

A ampla defesa decorre da possibilidade de utilização de todos os meios e técnicas disponíveis para obter a tutela jurisdicional pretendida. Citando João Batista Lopes, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro acrescenta que *“o termo defesa, em sentido amplo, diz respeito à atuação das partes, tanto do autor quanto o réu, no processo, no que respeita às suas alegações e provas”*.¹⁸

É possível dizer que sem contraditório não há ampla defesa. Em função disso, é certo dizer que a ampla defesa também é mitigada na tutela provisória fundada em urgência, pois, antes da decisão liminar, nenhum meio ou técnica processual é conferida à parte contrária.

1.5 Princípio da isonomia ou igualdade.

É preciso dispensar tratamento igual às partes, primando sempre pela paridade de armas. Sua origem remonta história da Revolução Francesa, em 1789, com a declaração dos direitos do homem e do cidadão.

O princípio da igualdade pode ser dividido em formal e material. A isonomia formal está mais relacionada ao tratamento igualitário determinado por lei, ou seja, é aquela extraída do próprio ordenamento jurídico.

Porém, vezes tantas, aplicar a lei indistintamente pode representar verdadeira desigualdade, e foi justamente nesse panorama que surgiu a necessidade de se aplicar a isonomia material, *“consistente no dever de o juiz tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata proporção de suas desigualdades”*.¹⁹

Por oportuno, vale transcrever a seguinte lição de Cassio Scarpinella Bueno:

¹⁸ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 47

¹⁹ Idem. Pag. 51

*“O princípio, contudo, vai além, para atingir também situações em que existe real desigualdade, uma desigualdade pressuposta pelos litigantes. Nesses casos, é legítimo que a lei crie mecanismos para igualar a situação, colocando em pé de igualdade ambos os litigantes. O que releva, em tais casos, é que o tratamento desigual seja suficientemente justificável, isto é, que ele seja devido e adequado para equilibrar, perante o Estado, situação de desequilíbrio estranho ao processo ou, quando menos, que surja no próprio plano do processo. É o que deriva da costumeira e correta lição de que o tratamento desigual se justifica na medida exata da desigualdade combatida”.*²⁰

Nossa Constituição faz menção expressa ao princípio da igualdade no art. 5º, caput e inciso I, bem como no art. 37. Ainda sobre a igualdade material ou substancial, cumpre registrar o ensinamento do constitucionalista Pedro Lenza:

*“Essa busca por uma igualdade substancial, muitas vezes idealista, reconheça-se, eterniza-se na sempre lembrada, com emoção, Oração aos Moços, de Rui Barbosa, inspirado na lição secular de Aristoteles, devendo-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades”.*²¹

O novo Código de Processo Civil também elevou tal princípio à condição de norma fundamental ao processo, disciplinando no art. 7º que “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdade processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.” O art. 139, I, do novo Código também faz menção ao princípio da isonomia.

Com o advento da tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro, poder-se-ia questionar sua constitucionalidade frente ao princípio da isonomia, já que seus efeitos implicam em antecipação da tutela pretendida por uma das partes em detrimento da pretensão da outra.²² Todavia, em verdade, a tutela provisória ou antecipação de tutela

²⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Pag. 51.

²¹ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. Pag. 679

²² RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 52

como era denominada, tem por finalidade equilibrar o tratamento dispensado às partes, impedindo que o réu se beneficie com a morosidade da marcha processual ou abuse do direito de defesa, em detrimento de direito evidente do autor que clama por urgência.

1.6. Princípio da Publicidade

Está previsto no art. LX do art. 5º da Constituição Federal com a seguinte redação: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Também consta nos incisos IX e X do art. 93, da Constituição Federal.

O atual Código de Processo Civil, nos artigos 8º e 11, que integram o capítulo “das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais”, também prevê expressamente o princípio da publicidade. O princípio também é mencionado no art. 189 do Código, que elenca as hipóteses de segredo de justiça.

O Estado democrático de direito prima pela regra do julgamento público, de modo que todos tenham acesso aos atos praticados no transcorrer do processo, excetuadas as hipóteses previstas pelo próprio texto constitucional (art. 93, IX).

Segundo Cássio Scarpinella Bueno, a publicidade exigida pelo texto constitucional deve ser entendida de dois modos. O primeiro deles se alinha à ideia transcrita acima, ou seja, tirante as exceções legais, todos os atos praticados durante o processo ou julgamento devem ser públicos; o segundo sentido do princípio da publicidade está relacionado à publicação das decisões nos diários oficiais ou por outro meio, para que tenham validade jurídica.²³

As exceções ao princípio da publicidade²⁴, previstas na Constituição Federal (art. 93, IX) e também no código de processo civil (art. 11 e 189), dizem respeito à preservação do direito à intimidade do interessado, interesse público ou social, ações que versem sobre

²³ BUENO, Cássio Scarpinella. Pag. 52

²⁴ O princípio da publicidade também deve ser visto como a garantia de acessibilidade aos atos judiciais, de modo a “viabilizar o indispensável controle dos destinatários da função jurisdicional”. Idem. Pag. 101

arbitragem (desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo) e ações que versem sobre direito de família.

1.7. Princípio da motivação

Trata-se de garantia fundamental aos jurisdicionados, bem como condição de validade da própria decisão judicial proferida. Pelo que se extrai do art. 93, IX e X, da Constituição Federal, a ausência ou deficiência de motivação gera a nulidade da decisão.

O Código de Processo Civil de 2015 entendeu por bem reafirmar o mandamento constitucional e consignar, de maneira expressa, a exigência de fundamentação das decisões (art. 11).

Para Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, *“a fundamentação das decisões judiciais traduz-se em garantia imprescindível, viabilizando o controle e a fiscalização, contribuindo, pois, para a sua qualidade”*.²⁵

Além de permitir o controle e a fiscalização, o princípio da motivação revela-se como verdadeiro instrumento de garantia da imparcialidade do juiz.²⁶

A fundamentação, como dito, permite o controle do exercício jurisdicional, o que é fundamental em qualquer Estado democrático de direito. Ocorre que, à medida em que o volume de processos crescia no Judiciário, mais comum era se deparar com decisões genéricas, com frases prontas e de fácil adaptação a qualquer tipo de situação, que não enfrentavam as alegações suscitadas pelas partes.

A título de exemplo, antes da vigência do novo código de processo, era comum se deparar com decisões que apreciavam pedidos de antecipação de tutela de urgência, fundamentadas em simples alusão à ausência ou presença dos requisitos legais.

Atento a isso, o art. 489, §1º, do atual Código de Processo Civil, elenca as hipóteses em que a decisão judicial não será considerada fundamentada, vejamos: “i) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; ii) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar

²⁵ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 53

²⁶ LENZA, Pedro. Pag. 718

o motivo concreto de sua incidência no caso; iii) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; iv) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; v) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; vi) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Sem dúvida foi um grande avanço o novo Código ter esmiuçado as hipóteses de fundamentação deficiente, notadamente para evitar o crescimento da indústria de decisões pré-moldadas.

1.8. Princípio da economia e celeridade processual.

Também conhecido como duração razoável do processo, deve ser entendido como a garantia de meios que imprimem celeridade processual.²⁷

Está previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, que contém a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Sobre o tema, revela-se importante registrar a lição de Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

“O dispositivo revela a preocupação geral do legislador com um dos entraves mais problemáticos ao funcionamento da justiça: a demora no julgamento dos processos. Boa parte das alterações e acréscimos havidos na legislação processual, nos últimos anos, tem por fim buscar uma solução mais rápida para os conflitos. Esse princípio é dirigido, em primeiro lugar, ao legislador, que deve editar leis que acelerem e não atravanquem o andamento dos processos. Em segundo lugar, ao administrador, que deverá zelar pela manutenção adequada dos órgãos judiciários, aparelhando-os a dar efetividade à norma constitucional. E, por fim, aos juízes, que, no exercício de suas

²⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. Pag. 54

*atividades, devem diligenciar para que o processo caminhe para uma solução rápida”.*²⁸

Deve-se reconhecer os grandes avanços direcionados ao cumprimento da norma constitucional, podendo elencar, dentre eles, a informatização dos serviços judiciários (processo digital), julgamento virtual e a comunicação eletrônica de atos processuais.

Por fim, é importante dizer que a razoável duração do processo deve ser vista à luz da complexidade da causa, isto é, não se pode pretender a duração razoável do processo a todo custo, com violação ao devido processo legal, isonomia, contraditório e ampla defesa.²⁹

Demais disso, tal princípio prima pela criação de meios que viabilizam a celeridade na tramitação do processo, trilhando sempre o menor custo para os cofres públicos.

1.9. Princípio do juiz natural.

Nenhum juízo deve ser criado especificamente para julgar determinado fato ou evento que o antecede. Em outras palavras, trata-se de garantia constitucional que veda o tribunal de exceção, permitindo que o jurisdicionado tenha conhecimento prévio sobre a que órgão do Poder Judiciário será submetida a questão de seu interesse.

Nas palavras de Pedro Lenza:

*“(...) o que se veda é a designação ou criação, por deliberação legislativa ou outra, de tribunal (de exceção) para julgar, através de processo (civil, penal ou administrativo), determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, irrelevante a já existência de tribunal, não abrangendo na aludida proibição a Justiça especializada, nem tampouco tribunais de ética, como o da OAB, cujas decisões administrativas (disciplinares) poderão ser revistas pelo Judiciário”.*³⁰

²⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Pag. 63

²⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 56 – nota de rodapé.

³⁰ LENZA, Pedro. Pag. 702/703

O princípio está previsto nos incisos XXXVII e LII, do art. 5º, da Constituição Federal, que prescrevem, respectivamente, os seguintes textos: 1) “não haverá juízo ou tribunal de exceção”; 2) “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Não há que se confundir o princípio do juiz natural com o princípio da identidade física do juiz, pois este último, como o próprio nome sugere, determina que o juiz titular, auxiliar ou substituto, responsável pelo encerramento da instrução, será o competente para julgar a causa. Esse princípio, então previsto no art. 132 do Código de 1973, não foi reproduzido pelo novo Código de Processo Civil, contudo, não se pode dizer que ele não subsiste mais no ordenamento jurídico, notadamente diante do que dispõe o art. 366 do novo diploma legal.

Deste modo, haverá violação ao princípio do juiz natural sempre que determinado órgão ou tribunal for criado para julgar determinado fato pré-existente.

1.10. Princípio da efetividade

A efetividade do processo está, de certa forma, ligada ao processo justo. Como bem acentua Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, *“a efetividade é, indubitavelmente, um princípio processual e se entrelaça com os princípios do devido processo legal, da inafastabilidade do controle jurisdicional, do contraditório e da ampla defesa”*.³¹

É dizer, para ser efetiva, a tutela jurisdicional deve observar as regras e princípios normativos fundamentais ao processo. A tutela provisória, tema deste trabalho, revela-se como um dos instrumentos aptos a garantir a efetividade jurisdicional.

Segundo Cássio Scarpinella Bueno, o princípio da efetividade tem amparo no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o mesmo dispositivo que agasalha também o princípio da inafastabilidade da jurisdição.”³²

³¹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 55

³² BUENO, Cássio Scarpinella. Pag. 54.

CAPÍTULO II

2. Evolução histórica da tutela provisória.

2.1 Denominação e conceito.

A denominação empregada pelo novo Código de Processo Civil, para abranger a antecipação de tutela (art. 273 do CPC de 1973) e processo cautelar, é oriunda de uma situação um tanto inusitada, ocorrida durante a tramitação do projetos de lei nas duas casas legislativas.

Segundo Cássio Scarpinella Bueno, em substituição aos termos “antecipação de tutela e processo cautelar”, assim tratados pelo código de 1973, respectivamente, nos artigos 273, 461, §3º e artigos 796 a 889, o projeto do Senado propunha a denominação “tutela de urgência e tutela de evidência”, tratando das matérias de maneira conjunta e uniforme. O projeto da Câmara dos Deputados, por sua vez, propôs a denominação “tutela antecipada”, igualmente vocacionada a reunir a antecipação de tutela e o processo cautelar.³³

Todavia, estranhamente, e para o espanto de muitos, o novo Código de Processo Civil não adotou nenhuma das nomenclaturas sugeridas pelas casas de leis deste país, já que, sabe-se lá a mando de quem, preferiu a denominação “tutela provisória” como gênero, das quais são espécies a “tutela de urgência” e a “tutela de evidência”.

O professor Cássio Scarpinella Bueno sinaliza que a alteração da nomenclatura, à surdina, na reta final do projeto, pode até mesmo representar vício no processo legislativo, por violação ao devido processo legislativo, especificamente o art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal.³⁴ Porém, com certo eufemismo, conclui que a questão não deve trazer maiores complicações de ordem jurídica. São suas as seguintes palavras:

³³ BUENO, Cassio Scarpinella. Pag. 246

³⁴ Idem. Pag. 246

*“A conclusão a que chego a respeito do tema neste Manual – preservando, ainda aqui, a que alcancei no meu Novo Código de Processo Civil anotado – não evidencia maiores problemas quanto ao ponto – diferentemente do que ocorre alhures –, embora lamente, confesso, prezado leitor, a alteração de nome ocorrida na reta final do Projeto do Senado, porque ele está longe de descrever o alcance das normas por ele acobertadas. De qualquer sorte, nomes são nomes e, por definição, não podem querer se sobrepor às realidades, ainda que normativas, que eles descrevem. A doutrina e a jurisprudência precisam ter isso claro ao traçar, criando, o regime jurídico da tutela provisória, independentemente da nomenclatura que, a final, foi escolhida para descrevê-la pelo CPC de 2015”.*³⁵

Tutela provisória, grosso modo, pode ser entendida como a proteção temporária de um bem jurídico, através de técnicas processuais exercidas pelo Juiz.

A demora na entrega da tutela jurisdicional passou a ser a verdadeira vilã da efetividade do processo, decorrendo daí a necessidade de se criar mecanismos jurídicos aptos a eliminar ou minimizar os danos decorrentes.

Não há que se confundir tutela provisória com a entrega da tutela jurisdicional. Este último deriva do provimento que resolve, de modo exauriente, a lide proposta em juízo; já a tutela provisória consiste no conjunto de técnicas disponíveis ao magistrado, também chamadas de “técnicas de sumarização”, destinadas a equilibrar o ônus da duração do processo”.³⁶

2.2 Direito Comparado.

Ainda que de maneira breve, antes de discorrer sobre a introdução da tutela provisória em nosso ordenamento jurídico, nos parece oportuno tecer alguns comentários sobre o modelo de “tutela provisória” adotado em outros países. Essa abordagem é baseada na obra de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, que, por sua vez, se valeu de dados

³⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Pag.247

³⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 610.

fornecidos por Ada Pelegrini Grinover, obtidos a partir de informações que recebeu de 11 países.

Como se verá adiante, todos países que se propuseram a encaminhar as informações solicitadas pela professora Ada Peligrini Grinover dispõem de mecanismos semelhantes ao nosso modelo de tutela provisória.

2.2.1 Direito Argentino.

O capítulo III, do Código Procesal Civil y Comercial de la Nacion, faz previsão expressa das “medidas cautelares”, contendo, por assim dizer, cautelares típicas e atípicas. As cautelares típicas são previstas a partir do art. 209 do referido Código, sendo elas: 1) *embargo preventivo*; 2) *secuestro*; 3) *intervencion judicial*; 4) *inhibicion general de bienes y anotacion de litis*; 5) *probacion de inovar y proibicion de contratar*; 6) *proteccion de personas*.

O art. 232 do Código Processual Argentino prevê técnica parecida com o poder geral de cautela aplicável no Brasil, tendo por finalidade um provimento de natureza conservativa, porquanto vincula as medidas urgentes à função de assegurar provisoriamente que a sentença será cumprida.

A antecipação da tutela satisfativa no ordenamento jurídico Argentino, enquadradas no gênero “tutelas diferenciadas”³⁷, sofreu grande influência do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, de modo que não se nota diferença relevante nos requisitos exigidos para a concessão da medida reclamada.

As tutelas satisfativas surgiram a partir de um *leading case* da *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, sendo denominadas de tutelas antecipatórias ou cautelares inovativas, aplicadas através de técnica semelhante ao poder geral de cautela.³⁸

³⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 185.

³⁸ BERINZONCE, Roberto Omar. La Tutela anticipada em el derecho argentino. In: Storme, Marcel; Gómez, Lara Cipriano (coord.). XII Congreso Mundial de Derecho Procesal. –Obtención de información y de assunción probatória. Procedimientos sumários y familiares. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, vol.1. p.249

No ordenamento Argentino, à mingua de legislação específica para o tratamento das tutelas satisfativas, doutrina e jurisprudência, influenciadas pela solução adotada no código brasileiro de 1973, convencionaram que as medidas antecipatórias de caráter satisfativo devem exigir maior probabilidade do direito invocado em relação às cautelares.³⁹

No Brasil, com a vigência do novo Código de Processo Civil, essa distinção de cognição, maior ou menor a depender da natureza satisfativa ou conservativa, deixou de existir. Isso porque, nos termos do art. 300 do atual Código, a tutela de urgência deverá ser concedida se houver elementos que demonstrem a “probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

2.2.2 Direito Inglês - *Common law*

Diz-se *Common law* o direito amparado de maneira predominante em precedentes judiciais, e não por leis escritas. Os precedentes judiciais exercem força vinculante sobre o sistema jurídico, criando e revogando regras.

Ao que interessa para o nosso tema, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro ensina que, na Inglaterra, as medidas cautelares são mais presentes que as medidas de natureza satisfativa. Parafraseando Neil Andrews, discorre sobre as principais medidas cautelares disponíveis no sistema jurídico Inglês, explicando a função de cada uma delas. Vejamos:

*“Na Inglaterra, como nos ensina Neil Andrews, as medidas cautelares (protective relief) pode se dar por três formas principais: (i) frElenca como principais as seguintes medidas apresentando-se como príncipeezing injunction, assim configurada como ordem de indisponibilidade dos bens do réu, visando a garantir um futuro pagamento; (ii) ordem civil de busca e apreensão visando à preservação de provas; (iii) ordem de prestação de caução, pelo autor, para garantir o pagamento das custas na hipótese de perder a ação ou haver acordo no qual fique estipulado que o autor deverá pagar as custas pelo réu”.*⁴⁰

³⁹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 186.

⁴⁰ Idem. Pag. 187-188.

Embora tratadas indistintamente como cautelares, algumas medidas previstas no sistema inglês indiscutivelmente assumem caráter satisfatório, como é caso, por exemplo, das ordens de pagamento interinas, que permitem ao autor receber de maneira antecipada parte da pretensão deduzida em juízo. Há também previsões de ordens de fazer (*mandatory*) ou de não fazer (*prohibitory*), concedidas em caráter de urgência, antes do julgamento definitivo.⁴¹

Como se vê, o sistema inglês, ao contrário do brasileiro e argentino, não cede muito espaço para a concessão de medidas antecipatórias de cunho satisfativo, provenientes de cognição não exauriente. Isso certamente está ligado ao tempo de duração do processo, pois, na Inglaterra, o tempo médio de um processo é de 16,6 meses, situação que, a depender da matéria, não reclama medidas urgentes de maneira frequente.⁴²

2.2.3 Direito Italiano

Pode-se dizer que o modelo de “tutela provisória” Italiano se aproxima mais àquele adotado pelo nosso Código de 1973. Há previsão de cautelares típicas, bem como de uma espécie de poder geral de cautela do juiz, que, diante de uma situação em que não são aplicáveis nenhuma das cautelares típicas, pode deferir “providências de urgência” para assegurar de modo provisório os efeitos da tutela jurisdicional pretendida.

Antes do advento da lei 80/2005, as “providências urgentes” não inseridas nas hipóteses de cautelares típicas eram tidas como um poder reservado ao juiz, que tinha por finalidade precípua assegurar o resultado útil do processo, ou seja, um provimento de natureza cautelar atípica.⁴³

⁴¹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 188

⁴² BRITO, Thiago Carlos de Souza. Gerenciamento dos processos judiciais: Estudo Comparado dos Poderes e Atuação do Juiz na Inglaterra, nos Estados Unidos e no Brasil. Dissertação de mestrado. Disponível em: [\[http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-9CKKAC/disserta_o_gerenciamento_dos_processos_judiciais_nos_eua_e_inglaterra.pdf?sequence=1\]](http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-9CKKAC/disserta_o_gerenciamento_dos_processos_judiciais_nos_eua_e_inglaterra.pdf?sequence=1).

Acesso em: 17.01.2017.pag.63

⁴³ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 177

Seguindo a clássica distinção entre medida cautelar e tutela antecipada, tem-se como cautelar o provimento que assegura o resultado útil do processo, enquanto que a tutela antecipada satisfaz provisoriamente, de modo total ou parcial, a pretensão de mérito deduzida em juízo.

Acontece que o “poder geral de cautela”, previsto no art. 700 do Código de Processo Civil Italiano, também abre espaço para concessão de medidas urgentes satisfativas, ou seja, algo parecido com o que denominamos de “tutela antecipada”. Nesse sentido, cumpre transcrever o ensinamento de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

“Não se pode deixar de referir que há consenso entre os doutrinadores italianos de que os provimentos de urgência regulados pelo art. 700 têm natureza cautelar e que podem assumir feição conservativa ou antecipatória, sendo certo que tal opinião, desde muito cedo, vem se consolidando.

De fato, não pode haver dúvidas nesse sentido, notadamente após a reforma do sistema italiano perpetrada em 2005, que, por meio da lei 80, de 2005, deu nova redação ao art. 669-octies, inserido no Capítulo relativo à cautelares, referindo-se expressamente aos provimentos antecipatórios (“provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell’articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali”).”⁴⁴

Interessante registrar que, a exemplo do que ocorria no nosso Código de 1973, antes da reforma trazida pela lei 80/2005 ao direito Italiano, a providência urgente deferida perdia sua eficácia se o processo principal não fosse ajuizado no prazo de 60 dias. Após as modificações, ou seja, a partir de 2005, a providência urgente deferida mantém sua eficácia mesmo se a ação principal deixar de ser ajuizada, o que demonstra certa semelhança com o que se convencionou chamar de “estabilização dos efeitos da tutela antecipada”, prevista no art. 304 do novo Código de Processo Civil Brasileiro, nos casos em que não há resistência por parte do réu contra tal decisão.

2.2.4 Direito Português.

⁴⁴ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 177.

Em Portugal, há previsão, em um único artigo, de medidas cautelares e antecipatórias, conferindo ao magistrado algo semelhante ao que conhecemos como “poder geral de tutela de urgência”⁴⁵, previsto no atual artigo 300 do nosso Código de Processo Civil. Por oportuno, vale a transcrição do artigo 362, n. 1, do Código de Processo Civil Português, que contém a seguinte redação: “*Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado*”.

O Código de Processo Civil português faz menção expressa às cautelares típicas (art. 377 a 409), nelas inserindo provimentos de natureza conservativa e satisfativa, sem qualquer distinção, senão vejamos: 1) *Restituição provisória de posse* – art. 377 a 379 –. Destinada a combater com eficiência as hipóteses de esbulho possessório. A nosso sentir, tal providência revela-se mais de natureza satisfativa do que conservativa; 2) *Suspensão de deliberações sociais* – art. 380 a 383 –. Vocacionada a preservar os interesses da sociedade, se apresenta como medida de natureza conservativa; 3) *Alimentos provisórios* – art. 384 a 387 –. Inegavelmente de natureza satisfativa, vez que antecipa a pretensão de mérito deduzida em juízo; 4) *Arbitramento de reparação provisória* – art. 388 a 390 –. Reservada às ações fundadas em morte ou lesão corporal, diz respeito à possibilidade de o juiz antecipar, provisoriamente, renda mensal certa em favor da família ou à própria vítima; 5) *Arresto* – art. 390 a 396 –. Com o mesmo conceito difundido no Brasil, a cautelar nominada de arresto visa a apreensão antecipada dos bens do devedor, com a finalidade de garantir o crédito exigido em juízo; 6) *Embargos de obra nova* – art. 397 a 400 –. Também de natureza conservativa, confere ao requerente a possibilidade de interromper determinada obra que lhe cause ameaça ou prejuízo ao seu direito de propriedade; 7) *Arrolamento* – art. 401 a 409. Instrumento processual de natureza conservativa, que visa impedir que a parte contrária oculte ou se livre dos bens, com o nítido propósito de violar direito de outrem.

⁴⁵ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag.180

Embora faça previsão às cautelares como procedimento autônomo, dependente da ação principal, o Código de Processo Civil Português contém um instrumento interessante denominado “inversão do contencioso”, previsto no art. 369. Trata-se da possibilidade do juiz resolver o litígio no próprio procedimento cautelar, o que é melhor explicado nas palavras de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

*“Com esta nova figura, permite a lei portuguesa, mediante requerimento da parte, transformar um procedimento cautelar – até então caracterizado por um processo urgente destinado a decretar medidas provisórias – numa decisão definitiva sobre a composição do litígio. Este novo regime veio quebrar o princípio segundo o qual os procedimentos cautelares estão sempre dependentes de uma ação principal, relativizando, por assim dizer, sua provisoriedade e, bem assim, a sumariedade da cognição, pois pode gerar um juízo de certeza”.*⁴⁶

Por fim, cumpre registrar que as “cautelares” no direito Português, inegavelmente de natureza conservativa e satisfativa, podem ser requeridas em caráter antecedente ou incidente, conservando sua natureza instrumental e dependente da ação principal, exceto se for deferida a “inversão do contencioso”.

2.2.5 Direito Francês

Em linhas gerais, é possível dizer que a denominada “ordonnance de référé” do direito Francês, tida como decisão provisória que confere medidas necessárias à conservação de um direito, abrange tanto as medidas urgentes conservativas quanto as satisfativas.

A providência está prevista no art. 484, do Código de Processo Civil Francês, que, pela tradução de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, contém a seguinte redação: “*A ordonnance de référé é uma decisão provisória, proferida a requerimento de uma parte,*

⁴⁶ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag.181

presente ou convocada a outra, nos casos em que a lei confere a um juiz que não é o da causa principal o poder de ordenar imediatamente as medidas necessárias”⁴⁷

Diferente dos sistemas adotados nos países estudados anteriormente, o procedimento cautelar da França guarda total independência em relação ao processo principal, de modo que a decisão provisória deferida não alcança os efeitos da coisa julgada, competindo às partes a conveniência ou não da instauração da ação principal para rever tal decisão, que não encontra limite temporal em caso de inércia.⁴⁸

Interessante registrar que a França possui instrumento parecido com a nossa tutela de evidência, pois o artigo 809, 2ª alínea, prevê hipótese de antecipação do julgamento de mérito, quando a contestação não se revelar séria, o que pode ser entendido como ausência de impugnação específica às pretensões deduzidas pela parte autora.

No Brasil, mesmo no Código de 1973, já era possível manejar o que hoje conhecemos por tutela de evidência, nas situações em que um ou mais dos pedidos cumulados mostravam-se incontrovertidos, e também para os casos de abuso de direito de defesa (art. 273, do CPC de 1973).

Atualmente o tema é tratado de maneira expressa no artigo 311, do Código de Processo Civil Brasileiro em vigor, que, além de dispensar a presença de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, elenca de maneira clara e taxativa as hipóteses de cabimento.

2.3 Integração no ordenamento jurídico pátrio.

Tendo em vista que a Constituição Federal garante o acesso à justiça de maneira efetiva (vide item 1.1), a demora na entrega da tutela jurisdicional pretendida passou a ser grande empecilho à concretização de tal garantia. Nesse passo, Luiz Guilherme Marinoni faz interessante reflexão sobre a celeuma da duração do processo judicial:

⁴⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 182.

⁴⁸ Idem. Pag. 182

*“O tempo do processo angustia os litigantes; todos conhecem os males que a pendência da lide pode produzir. Por outro lado, a demora processual é tanto mais insuportável quanto menos resistente economicamente é a parte, o que vem a agravar a quase que insuperável desigualdade substancial no procedimento. O tempo, como se pode sentir, é um dos grandes adversários do ideal de efetividade do processo”.*⁴⁹

Atento a isso, o legislador pátrio vislumbrou a necessidade de criar mecanismos destinados a trazer equilíbrio às partes no procedimento, isto é, evitar que uma das partes tenha seu direito prejudicado em virtude da demora do processo.

O Código de Processo Civil de 1973, no livro III, trouxe o processo cautelar, destinado, grosso modo, a conservar a efetividade do processo de conhecimento ou executivo. A exemplo do que vimos em alguns dos países estudados no capítulo anterior, o legislador de 1973 entendeu por bem elencar hipóteses de cabimento do processo cautelar, fazendo menção expressa às seguintes: a) arresto (art. 813 a 821); b) sequestro (art. 822 a 825); c) caução (art. 826 a 838); d) busca e apreensão (art. 839 a 843); e) exibição (art. 844 a 845); f) produção antecipada de provas (art. 846 a 851); g) alimentos provisionais (art. 852 a 854); h) arrolamento de bens (art. 855 a 860); i) justificação (art. 861 a 866); j) protestos, notificações e interpelações (art. 867 a 873); k) homologação do penhor legal (art. 874 a 877); l) posse em nome do nascituro (art. 877 a 879); m) atentado (art. 879 a 881); n) protesto e da apreensão de títulos (art. 882 a 887); o) outras medidas provisionais (art. 888 e 889).

De se ressaltar que, muito embora a natureza do processo cautelar seja conservativa, algumas das hipóteses elencadas acima assumiam o propósito de satisfazer a pretensão deduzida, como, por exemplo, a busca e apreensão de pessoas ou coisas e os alimentos provisionais. A possibilidade de obter o bem da vida de maneira urgente, logo no início do processo, também era possível em procedimentos especiais, tais como nas ações de alimentos e ações possessórias.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do processo e tutela antecipatória. In: Wambier, Luiz Rodrigues; Wambier, Tereza Arruda Alvim (organizadores). Tutela de urgência e procedimentos emergenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pag. 359

Surgiu então a lei 8.952/94, que, conferindo nova redação ao art. 273, do Código de 1973, possibilitou a antecipação dos efeitos da tutela para todos os tipos de procedimento. Por oportuno, vale transcrever a lição de Marcus Vinicius Gonçalves sobre o tema:

“Com a nova lei, generalizou-se a possibilidade de antecipação de tutela, em todos os processos de conhecimento, de procedimento comum ou de procedimento especial, para o qual não havia previsão de tutela antecipada específica – desde que preenchidos os requisitos genéricos estabelecidos nos arts. 273 e 461 do CPC.

Se, antes, ela só cabia em ações específicas, expressamente previstas pelo legislador, e desde que preenchidos requisitos determinados, agora é admitida em geral, desde que o juiz verifique o preenchimento dos requisitos genéricos estabelecidos por lei”.⁵⁰

O ordenamento jurídico pátrio passou então a contar com dois instrumentos destinados a combater os malefícios do tempo no processo, a tutela antecipada e o processo cautelar. O primeiro vocacionado a antecipar, total ou parcialmente, de modo provisório, o bem da vida pretendido; o segundo, por sua vez, com a finalidade de assegurar o resultado útil do processo.

Ocorre que, com o passar do tempo, a distinção de conceitos implicou em verdadeira confusão, permitindo que, no mais das vezes, processos cautelares fossem extintos sob o argumento de inadequação da via eleita, ou, até mesmo, pedidos de tutela antecipada não fossem apreciados por estarem relacionados ao processo cautelar. Tal situação reclamou maior atenção do legislador, que, por intermédio da lei 10.444/2002, introduziu o §7º ao art. 273, do Código de 1973, instituindo, assim, o que se denominou chamar de fungibilidade entre medida cautelar e tutela antecipada.

A fungibilidade pode ser traduzida como a possibilidade de substituição de uma coisa pela outra, na hipótese de existir dúvidas sobre qual medida processual se deve adotar.⁵¹ Foi exatamente essa a finalidade do legislador em relação às cautelares e tutela antecipada, pois permitiu ao juiz conceder a medida urgente requerida independentemente da sua qualificação jurídica.

⁵⁰ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Pag. 671.

⁵¹ Idem. Pag. 683

Não bastasse a problemática extraída da aplicação adequada de uma ou outra medida, a convivência como instrumentos autônomos da antecipação de tutela e do processo cautelar ainda causava certo descontentamento no mundo jurídico. Isso porque, com a introdução e aperfeiçoamento da tutela antecipada no ordenamento jurídico pátrio, o processo cautelar mostrou-se cada vez mais desnecessário, avesso à celeridade e economia processual.

Em estudo realizado à comissão de reforma criada no Instituto Brasileiro de Direito de Direito Processual, Athos Gusmão Carneiro foi firme ao defender a incongruência da manutenção do processo cautelar. São suas as seguintes palavras:

“Vale refletir se a ‘necessidade’, sempre e sempre, de um ‘processo’ cautelar, com todas as implicações disso decorrentes, não estará representando, hodiernamente, um aprisionamento da lei ‘na teia das abstrações’ de que falou Barbosa Moreira, impondo-se assim traçar, como disse o mestre, uma ‘modelagem do real’.

*Com efeito, quando menos a partir do momento em que passou a ser admitida, como possibilidade inerente ao processo de conhecimento ou de execução, a concessão de medida antecipatória dos efeitos da tutela (art. 273 do CPC, com redação dada pela lei 8.952, de 13.12.1994), requerida e decidida nos próprios autos da causa, tornou-se incongruente exigir um ‘processo’ em apartado, com autuação, citação, contestação etc. para que qualquer das partes possa postular, no curso da demanda, a concessão de medida cautelar”.*⁵²

Atualmente, processo cautelar e tutela antecipada estão reunidos no Livro V do novo Código de Processo Civil, como espécies do gênero tutela provisória. O novo Código estipula que a tutela provisória é dividida em tutela de urgência e tutela de evidência.

A tutela de urgência, fundada na probabilidade do direito invocado e no perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, abrange medidas cautelares e satisfativas e pode ser requerida em caráter antecedente e incidental.

⁵² CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência. Medidas antecipatórias e cautelares. In: Luiz Rodrigues Wambier e Tereza Arruda Alvim Wambier (organizadores). Tutela de urgência e procedimentos emergenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pag. 242

A tutela de evidência, por sua vez, não reclama como requisito o perigo de dano ou risco ao processo, mas, ainda que num exame superficial, exige “*extrema densidade da prova da existência do direito para o qual se procura tutela liminar*”.⁵³ O art. 311 do novo código de processo civil elenca as hipóteses em que se permite a concessão da tutela de evidência. Nas palavras de Cássio Scarpinella Bueno:

*“A evidência que nomina a técnica não merece ser interpretada literalmente mas, de forma mais genérica, no sentido de que o requerente da medida tem direito mais provável que o do seu adversário assim entendidas as afirmações de direito e de fato que, por portarem maior juridicidade, recomendarem proteção jurisdicional. Em suma, a expressão merece ser compreendida no sentido de que, à luz dos elementos apresentados, tudo indica que o requerente da medida é o merecedor da tutela jurisdicional”.*⁵⁴

Há que se reconhecer significativa melhora com a sistemática introduzida pelo novo Código de Processo Civil, já que enaltece, entre outros, o princípio constitucional da economia e celeridade processual. Isso porque, não há mais a necessidade de instauração de um processo autônomo, com todas suas peculiaridades, para assegurar a efetividade de outro processo.

O pedido cautelar fundado em urgência pode ser requerido de maneira incidental, ou seja, no curso do processo, ou em caráter antecedente, ocasião em que deverá ser formulado o pedido principal, nos mesmos autos, no prazo de 30 dias após a efetivação da tutela cautelar.

⁵³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 612

⁵⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Pag. 267

CAPÍTULO III

3. Noções gerais da Tutela Provisória

3.1 Juízo competente

A regra é extraída do próprio Código de Processo Civil, que, em seu art. 299, “caput”, estabelece ser competente para apreciação da tutela provisória o próprio juízo da causa, quando requerida de maneira incidental, e, quando requerida de maneira antecedente, o juízo competente para apreciar o pedido principal. Importante consignar que o Código faz menção a juízo, enquanto órgão jurisdicional, e não à pessoa física do juiz.⁵⁵

Nas palavras de Humberto Theodoro Junior, “*é pela natureza da relação jurídica substancial litigiosa que se faz a distribuição de competência entre as várias justiças dos sistema judiciário nacional*”.⁵⁶

Dito isso, cumpre esclarecer que alguns critérios são adotados para estabelecer a competência do órgão jurisdicional. Sem a pretensão de esgotar o tema, podemos elencar os seguintes: 1) competência em razão da matéria – a depender do objeto da ação, o órgão jurisdicional competente para conhecê-la será Federal ou Estadual. É ainda em razão da matéria que se determina a competência entre um e outro juízo do mesmo foro, de modo a observar sua especialidade (família, falência, previdenciário, fazenda etc); 2) competência em razão do valor da causa – a competência também pode ser regulada pelo valor da causa. A lei 9.099/95 faculta às partes submeterem ao procedimento do Juizado Especial Civil as causas elencadas pelo art. 3º da referida lei, desde que a pretensão deduzida não exceda quarenta salários mínimos. No âmbito da Justiça Federal, o procedimento é regulado pela lei 10.259/01, que estabelece o limite da competência do Juizado Especial Federal para apreciação das causas cujo valor não exceda sessenta salários mínimos; 3) competência

⁵⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Pag. 250

⁵⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 204

territorial – o novo Código trata da matéria nos artigos 46 a 53. Em linhas gerais, a competência territorial pode ser definida como sendo o local a ser distribuída determinada ação, que leva em conta diversos critérios como a natureza da ação, a situação da coisa, o domicílio do réu, o domicílio do autor, etc.

Deste modo, apenas para exemplificar, tratando-se de tutela provisória requerida em caráter antecedente e relacionada a uma lide de alimentos, o juízo competente será uma das varas da família da comarca onde reside o requerente (art. 53 do Código de Processo Civil), evidentemente se a comarca contar com vara especializada, pois, do contrário, o pedido será distribuído a uma das varas cíveis.

Ainda no que diz respeito à tutela provisória, nos recursos e nos casos de competência originária de tribunal, o requerimento será formulado ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito. Sobre o tema, vale a transcrição do ensinamento de Cassio Scarpinella Bueno:

*“A menção que o dispositivo faz a “ação de competência originária de tribunal” e a “recursos” é, neste sentido, de nenhuma importância. Até porque, medindo o “modelo constitucional” e os Regimentos Internos dos Tribunais, deve ser levado em conta o que o CPC de 2015 dispõe acerca da competência dos Tribunais, como, por exemplo, no § 3º do art. 1.012, § 1º do art. 1.026 e § 5º do art. 1.029, preservado, no que aqui interessa, pela lei n. 13.256/2016, hipóteses em que ele atribui ao relator a competência para concessão de efeito suspensivo à apelação, aos embargos de declaração e aos recursos extraordinário e especial, respectivamente, e, mais amplamente, no inciso II do art. 932 ao estatuir que cabe ao relator “apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal”.*⁵⁷

3.1.1 Peculiaridades da competência na tutela provisória

Distribuída a ação, o juiz, ao despachar a inicial, deve verificar se estão presentes os pressupostos de regularidade do processo, dentre eles a competência.

⁵⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. Pag. 251

A competência pode ser constatada de ofício pelo juiz (se for absoluta) ou a requerimento da parte. O problema surge quando um juiz, ao se declarar incompetente para apreciar determinada matéria, remeter os autos a outro juiz, que, por sua vez, também se declara incompetente para julgar a causa; ou, ainda, quando dois ou mais juizes se declaram competentes para julgar a mesma causa. Em tais hipóteses, segundo o art. 66 do atual Código de Processo Civil, restará configurado o conflito de competência.

Cumpre salientar que o Código de Processo Civil simplificou o procedimento para provocar a incompetência do juízo, que deverá ser alegada como preliminar de contestação, seja ela absoluta ou relativa, e não mais em peça apartada.⁵⁸

Ao que interessa para o nosso tema, na hipótese de ser veiculado pedido de tutela de urgência antecedente (cautelar ou antecipada) a juízo que se declara incompetente para apreciá-lo e o remete a outro juízo, que, por sua vez, suscita conflito negativo de competência, como fica a situação de urgência reclamada? Qual juízo deve decidir sobre a medida urgente reivindicada pela parte?

O conflito de competência é tratado nos artigos 951 a 959 do atual Código de Processo civil. Na situação acima retratada, em caso de ser suscitado conflito negativo ou positivo de competência, caberá ao relator do Tribunal designado para dirimir o conflito a indicação do juiz que decidirá, em caráter provisório, as medidas urgentes (art. 955).

José Miguel Garcia Medina e Janaina Marchi Medina recomendam que, diante de requerimento de medida urgente (de natureza cautelar ou antecipada), antecedente ou no bojo da inicial, o juiz, ainda que evidente a incompetência, conceda a pretensão deduzida a fim de evitar perecimento de direito, determinando em seguida a remessa dos autos ao juiz competente (art. 64, § 4º, do CPC).⁵⁹

Indo além, e sendo reconhecida a incompetência no curso do processo, seja por acolhimento de alegação da parte ou de ofício pelo juiz, como fica a situação de eventual tutela provisória deferida pelo juízo incompetente?

⁵⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 258

⁵⁹ MEDINA, José Miguel Garcia e Janaina Marchi Medina. Pag. 70

Nesse caso, também se aplica o art. 64, § 4º, do Código de Processo Civil, ou seja, não havendo decisão judicial em contrário pelo juízo destinatário, serão mantidos os efeitos da tutela provisória deferida pelo juízo incompetente.⁶⁰

Por fim, o art. 69 do Código de Processo Civil prevê, ainda, o pedido de cooperação jurisdicional e abrange, dentre outros, a efetivação da tutela provisória (§ 2º, inc. IV). Portanto, nesse caso, embora deferida por um juízo, a efetivação da tutela provisória poderá se dar por juízo diverso, mediante pedido de cooperação jurisdicional.

3.2 Momento processual para o requerimento da tutela provisória

A tutela provisória pode ser requerida em caráter antecedente (a nosso ver, exceto a tutela de evidência), no bojo da própria petição inicial, ou em caráter incidental. Diz-se antecedente a medida requerida antes do ajuizamento do processo em que contém o pedido principal, ao passo que incidental é aquela requerida no curso do próprio processo.

Embora o código de processo civil não declare expressamente, o pedido da tutela provisória no bojo da inicial é perfeitamente possível, devendo o juiz dele conhecer no despacho da peça vestibular, exceto se constatada a ausência de uma das condições da ação.

Em regra, de modo incidental, enquanto estiver em curso o processo, a tutela provisória pode ser requerida a qualquer tempo, inclusive na fase recursal.

O Código de Processo Civil nada disse a respeito do momento processual a ser requerida a tutela de evidência, espécie do gênero tutela provisória. Com efeito, o art. 294 do Código de Processo Civil diz respeito tão somente ao momento em que é permitido à parte requerer a tutela de urgência, seja ela de natureza antecipada ou cautelar.

A omissão, contudo, pode ser suprida por dedução lógica. Isso porque, como já visto anteriormente, a tutela de evidência não exige a comprovação de situação de urgência, o que a torna incompatível com a necessidade de ser requerida em caráter

⁶⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 258/259

antecedente, já que em tal hipótese a urgência deve ser tamanha a ponto de inviabilizar que se aguarde o ajuizamento do pedido principal.

O Código de Processo Civil traz questão polêmica, pois, ao tratar da tutela provisória requerida em caráter incidental, preconiza que tal requerimento prescindirá de pagamento de custas (art. 295). A polêmica é acentuada porque, em relação aos aditamentos realizados no procedimento de tutela de urgência em caráter antecedente, também se dispensa o pagamento de custas (art. 303, § 3º).

O assunto é polêmico porque, de certa forma, a União estaria legislando sobre isenção de custas judiciais no âmbito dos Estados, o que, para Cassio Scapinella Bueno, não é permitido, senão vejamos:

*“Resta saber se lei ordinária pode impor à Justiça dos Estados a isenção de custas (que tem natureza tributária). É uma questão multidisciplinar interessante e de efeitos práticos indelmentáveis a ser debatida entre processualistas e tributaristas. Entendo que não. Os Estados não estão inibidos, destarte, de legislar sobre custas judiciais inclusive na hipótese aqui identificada. O art. 295 fica, destarte, restrito aos processos que correm perante a Justiça Federal”.*⁶¹

Todavia, com toda deferência, ousa discordar em parte do saudoso e sempre festejado professor. A meu ver, no que diz respeito à regra contida no art. 303, § 3º, o legislador ordinário tratou de unificar procedimentos que antes eram conhecidos como autônomos, decorrendo daí a inviabilidade de incidir dupla cobrança de custas judiciais pelo mesmo ato. Deste modo, ainda que não existisse a regra contida no § 3º do art. 303, seria inviável aos Estados a cobrança de custas judiciais para aditamento de pedido, sem que houvesse modificação no valor da causa.

⁶¹ BUENO, Cassio Scapinella. Pag. 253

Já no que diz respeito ao art. 295, do Código de Processo Civil, que dispensa o pagamento de custas judiciais para o requerimento de tutela provisória requerida em caráter incidental, penso que o legislador poderia ter sido mais claro. Isso porque, considerando que a tutela provisória incidental é aquela requerida no curso do processo, como ficaria o pedido formulado no bojo de um recurso, cuja análise depende de preparo? Pode-se dizer que o conhecimento do recurso é condição para apreciação da tutela provisória recursal, assim como a regularidade da petição inicial (aqui inserido o recolhimento das custas devidas) o é para análise de tutela provisória decidida liminarmente.

3.3 Cognição sumária e cognição plena.

É possível definir cognição judicial como a técnica de valorar as provas e as alegações suscitadas pelas partes, com a finalidade de externar um fundamento jurídico destinado a resolver a lide.⁶²

Nas palavras de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, cognição é *“a atividade do juiz que considera, avalia e valora as alegações e provas produzidas pelas partes, para o fim de formar um juízo de valor sobre as questões que foram suscitadas, a fim de decidilas.”*⁶³

A cognição sumária pode ser entendida como superficial, ou seja, incompleta no plano da profundidade. No exercício da cognição sumária, o juiz deve se limitar a buscar elementos (provas e alegações) que, a despeito de sua precariedade, permitam garantir a efetividade de um direito, antecipar um direito diante de uma situação de risco ou, até mesmo, antecipar um direito que se revela evidente.⁶⁴

Veja-se, portanto, que à tutela provisória aplica-se a técnica da cognição sumária, de onde deriva uma decisão que, via de regra, é provisória, pois fundada em análise superficial.

⁶² WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000, pag. 58-59

⁶³ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 77.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de tutela. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, pag. 32-33

A coginção plena, por sua vez, é aquela extraída da certeza, ou seja, é a técnica utilizada pelo juiz para proferir sentença, pois, a essa altura, os elementos constantes nos autos estão maduros suficientes a permitir um juízo de certeza na solução da lide.

3.4 Necessidade de fundamentação da decisão.

A determinação decorre do próprio texto Constitucional que, em seu art. 93, IX, prevê pena de nulidade às decisões destituídas de fundamento.

O Código de Processo Civil entendeu por bem reptir a determinação do texto Constitucional, disciplinado em seu art. 298 que, *“na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso”*.

Trata-se de verdadeira garantia dada aos jurisdicionados, vocacionada a prestigiar o contraditório e a ampla defesa, bem como evitar o arbitrio do juiz.⁶⁵ A motivação clara e precisa da decisão também permite perquerir sobre a imparcialidade do juiz, bem como se foram enfrentadas as alegações das partes e analisadas as provas ofertadas.⁶⁶

Para Cassio Scarpinella Bueno, o dispositivo é inócuo diante da previsão inserida na Constituição, mas o autor adverte que essa enfâse do legislador ordinário certamente é dirigida ao interprete que desconhece o modelo Constitucional do processo civil.⁶⁷

Humberto Theodoro Junior disciplina que a obrigatoriedade da motivação dos provimentos judiciais decisórios está inserida no devido processo legal, a qual atribui a idéia de processo legal e processo justo.⁶⁸

Conforme já tratamos neste trabalho (vide item 1.7 – capítulo I), o art. 489 do código de processo civil elenca algumas hipóteses em que a decisão proferida, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, não será considerada fundamentada.

⁶⁵ CAPEZ, Fernando, et al. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.Pag.324

⁶⁶ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Nulidades do processo e da sentença. 6. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 313.

⁶⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. Pag. 251

⁶⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 51

Especificamente às tutelas provisórias há que se admitir como positiva a redundância do legislador ordinário, pois, mesmo diante do modelo processual constitucional, não eram raras as decisões que continham a célebre frase: “presentes os requisitos legais, concedo a liminar”, ou, então, “ausentes os requisitos legais, indefiro a liminar”.⁶⁹

3.5 Conservação da eficácia da tutela provisória.

É da essência da tutela provisória o limite temporal de eficácia. O art. 296 do Código de Processo Civil estabelece que “*a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada*”. Acrescenta-se que o parágrafo único do mencionado artigo prevê a possibilidade de conservação da eficácia da tutela até mesmo quando o processo estiver suspenso, exceto se houver decisão judicial em contrário.

A característica de provisoriedade da tutela antecipada está relacionada à precariedade em que é concedida, pois, como já dito anteriormente, deriva de um exame de cognição superficial, não exauriente, que não transmite certeza suficiente para qualificá-la como definitiva.⁷⁰

Embora o Código de Processo Civil não tenha feito qualquer distinção, Teori Albino Zavaski, citando Calamandrei, associa o que é provisório à tutela antecipada e o que é temporário à medida cautelar. A tutela antecipada tem característica provisória porque conserva sua eficácia até que seja substituída pela tutela definitiva; a tutela cautelar, por sua vez, tem sua eficácia limitada no tempo, uma vez que não é substituída por “outra medida de igual natureza”.⁷¹

É bem verdade que o atual Código de Processo Civil trouxe interessante inovação em relação ao que se convencionou chamar de estabilização da tutela provisória, contudo,

⁶⁹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 54

⁷⁰ Idem. Pag. 120

⁷¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pag. 35

abordaremos esse assunto mais adiante, quando tratarmos especificamente da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente.

3.6 Meios de efetivação da tutela provisória – Poder geral de tutela

Ao juiz é dada a liberdade de se valer dos meios que julgar necessários para fazer cumprir a tutela provisória deferida, seja ela de natureza cautelar ou antecipada. Essa discricionariedade é conferida ao juiz pelo art. 297, caput, do Código de Processo Civil, que autoriza a adoção de medidas adequadas à efetivação da tutela provisória, muito embora o parágrafo único do referido artigo determine que sejam observadas, no que couber, as normas referentes ao cumprimento provisório de sentença. Na essência, o que o dispositivo legal quer transmitir é que o juiz não está adstrito às medidas sugeridas pelas partes, pois a ele cabe a missão de eleger a medida mais adequada às peculiaridades do caso.⁷²

Indo além, o art. 301 do Código de Processo Civil, após elencar algumas hipóteses de tutela de urgência cautelar, também confere poder discricionário ao juiz ao permitir a efetivação de qualquer “medida idônea para assecuração do direito”.

Cassio Scarpinella Bueno denomina a técnica processual como “*dever-poder geral de assecuramento (cautela) e de satisfação (antecipação)*”. Para ele, no exercício da função jurisdicional, o magistrado tem o dever de exercer o poder a ele conferido, afirmando, ainda, que somente existe “*poder enquanto vocacionado ao atingimento de um dever*”.⁷³

A maior parte da doutrina ainda mantém o termo clássico poder geral de cautela ou de prevenção. Seguindo o novo Código, ousamos classificar tal técnica como dever-poder geral de tutela, pois, em verdade, a discricionariedade do magistrado é vocacionada a garantir a efetivação da tutela provisória, seja ela de natureza antecipada ou cautelar.

⁷² THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 641-642

⁷³ BUENO, Cassio Scarpinella. Pag. 253

No que diz respeito a tal dever-poder geral de tutela, pode-se dizer que o legislador ordinário conferiu ao magistrado imensa margem de discricionariedade para deliberar sobre a escolha de medidas adequadas à efetivação da tutela provisória. Em verdade, os artigos. 297 e 301, ambos do Código de Processo Civil, assumem caráter de norma em branco, remetendo a atividade jurisdicional àquela exercida na Roma antiga.⁷⁴

Embora discricionário, cumpre registrar que o dever-poder do juiz não é ilimitado. Humberto Theodor Junior ressalta que a limitação mais evidente a esse poder discricionário do juiz é a necessidade, acrescentando que *“somente a meddia realmente necessária, dentro dos objetivos próprios da tutela de urgência, é que deve ser deferida”*.⁷⁵

A nosso ver, o dever-poder discricionário do juiz também encontra limites nos princípios fundamentais da proporcionalidade, razoabilidade, eficiência e economia processual, pois, a toda evidência, não será adequada e tampouco idônea a adoção de providência que destoa em grande escala da medida considerada menos onerosa às partes e aos cofres públicos, para garantir a efetivação da tutela provisória.

Por fim, resta saber se o dever-poder geral de tutela permite ao juiz a adoção de ofício das medidas que julgar necessárias para assegurar o direito ou garantir a efetivação das medidas. Sem a pretensão de se aprofundar no tema, uma leitura harmônica do Código de Processo Civil induz a uma resposta afirmativa para alguns casos (tutela de urgência de natureza cautelar), especialmente porque o art. 139, inc. IV, do referido código, determina que ao juiz incumbe adotar medidas “necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”.⁷⁶

3.7 Recurso cabível

Nos termos do art. 1015, do Código de Processo Civil, o recurso cabível contra decisão que deferir ou indeferir tutela provisória em primeira instância é o agravo de instrumento. O recurso deverá ser interposto no prazo de 15 dias úteis (art. 1003, § 5º), a

⁷⁴ LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. VIII, t. 1, n.25, pag. 135-136

⁷⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 643

⁷⁶ MEDINA, José Miguel Garcia e Janaina Marchi Medina. Pag. 70

contar da intimação da decisão, observado o disposto no art. 1003, §1º e § 2º, do referido diploma legal.

Tratando-se de competência originária de tribunal e sendo a decisão proferida monocraticamente, o recurso cabível será o agravo interno, previsto no art. 1021 do Código de Processo Civil. No caso da tutela provisória ser deferida no próprio acórdão, o meio adequado de impugnação será o recurso especial ou extraordinário.

Exceção feita às matérias de ordem pública, não se reconhece como meio de impugnação da decisão o denominado “pedido de reconsideração”. O juízo de retratação do magistrado que proferiu a decisão deve ser exercido pela própria dinâmica procedimental do agravo de instrumento, razão pela qual não há falar em interrupção do prazo para interposição do referido recurso através de tal expediente.⁷⁷

Indo além, a nosso ver, não há como deixar de reconhecer os embargos de declaração como recurso adequado à impugnação da decisão que concede ou indefere tutela provisória. Isso porque, além de sua inquestionável natureza recursal (art. 994), o próprio Código permite que a ele seja atribuído efeito modificativo, desde que ouvida previamente a parte contrária (art. 1022, § 2º).

⁷⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 677

CAPÍTULO IV

4. Tutela de urgência

4.1 Conceito

É o instrumento jurídico adequado para, diante de uma situação de urgência, antecipar no todo ou em parte o bem da vida pretendido em juízo, bem como para garantir o resultado do útil do processo.

A tutela de urgência está prevista no art. 300 a 310 do Código de Processo Civil, sendo de fácil percepção a reunião dos antigos conceitos que se tinha de tutela antecipada e medida cautelar. Humberto Theodoro Junior destaca que, no Brasil, a unificação das tutelas de urgência tem seu marco inicial com a implantação do critério de fungibilidade entre medida antecipatória e cautelar, pela lei 10.444/02, e acrescenta que, embora seja novidade introduzida pelo atual Código de Processo Civil, tal técnica é antiga e predominante no direito europeu.⁷⁸

Como se vê, a de tutela de urgência é espécie do gênero tutela provisória, da qual também faz parte a tutela de evidência, tema a ser abordado no capítulo VII deste trabalho. A depender do grau e momento em que surge a situação de urgência, a medida pode ser requerida em caráter antecedente ou incidental ao processo (vide item 3.2).

Por fim, cumpre destacar que a principal característica que diferencia a tutela de urgência da tutela de evidência é a situação de risco a direito ou ao resultado útil do processo, já que à luz do art. 311 do Código de Processo Civil, a concessão da tutela de evidência dispensa tais requisitos.

4.2 Semelhanças e diferenças entre tutela antecipada e tutela cautelar

⁷⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 614, 616/617

Muito embora o atual Código de Processo Civil tenha optado por unificar os conceitos de tutela antecipada e tutela cautelar no instrumento jurídico denominado tutela de urgência, remanesce, ainda que em menor escala, a necessidade diferenciá-las, pois, a depender do momento processual em que é requerida a medida urgente, o procedimento e os efeitos são distintos. Sobre o tema, vale transcrever a lição de Humberto Theodoro Junior:

“Continua, porém, relevante a distinção entre tutela cautelar (conservativa) e tutela antecipatória (satisfativa), porque (i) a medida cautelar tem a sua subsistência sempre dependente do procedimento que, afinal, deverá compor o litígio que se pode dizer “principal”, ou “de mérito”; enquanto (ii) a tutela antecipada pode, por conveniência das partes, estabilizar-se, dispensando o prosseguimento do procedimento para alcançar a sentença final de mérito, e, portanto, sem chegar à formatação da coisa julgada. Em outros termos: a medida cautelar, por restringir direito, sem dar composição alguma ao litígio, não pode se estabilizar, fora ou independentemente da prestação jurisdicional definitiva; só a medida de antecipação de tutela pode, eventualmente, estabilizar-se, porquanto nela se obtém uma sumária composição da lide, com a qual os litigantes podem se satisfazer”⁷⁹.

Todavia, antes de tratar das diferenças, parece conveniente destacar as semelhanças. Com efeito, a primeira semelhança a apontar é que ambas são concedidas ou indeferidas por intermédio de um juízo de cognição sumária, não exauriente.

São provisórias e podem ser revogadas a qualquer tempo, desde que haja decisão devidamente fundamentada.⁸⁰ Também há identidade quanto à acessoriedade, pois ambas guardam relação de dependência com o pedido principal.

Leonardo Ferres da Silva Ribeiro defende de maneira interessante a instrumentalidade e a referibilidade, por muitos outros doutrinadores associadas apenas à medida cautelar, como características comuns entre as tutelas de urgência aqui tratadas:

⁷⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 623

⁸⁰ O caráter provisório encontra exceção na dinâmica da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, quando escoado o prazo de revisão previsto no § 5º do art. 304 do código de processo civil.

“Quanto à instrumentalidade, pode-se dizer que o provimento antecipado, em certa medida, tem o condão de garantir a utilidade do resultado final. É justamente aí que se insere a tutela antecipada como forma de evitar o dano irreparável ou de difícil reparação que prejudicaria a tutela final se tivesse a parte de aguardar o momento próprio para fruir dos seus efeitos. Tal como a cautelar, a tutela antecipada serve à utilidade do provimento final.

*E o mesmo raciocínio, em tudo e por tudo, pode ser aplicado à referibilidade, porquanto a antecipação dos efeitos da tutela faz referência a um direito que ainda não foi reconhecido definitivamente. Como se vê, a referibilidade, nesse caso, está associada ao direito provável, que somente será reconhecido, definitivamente, no provimento final a ser proferido no mesmo processo. Tal raciocínio, como é curial, vale tanto para a cautelar quanto para a antecipação de tutela”.*⁸¹

Por fim, tem-se como semelhantes os requisitos, pois, em ambos casos, exigem-se a probabilidade do direito alegado e o risco de dano a direito ou à efetividade do processo.

No que diz respeito à distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar, é possível individualizá-las pela natureza do pedido veiculado. Se a pretensão estiver ligada a antecipar desde logo o bem da vida reivindicado em juízo, sua natureza será satisfativa e, portanto, o instrumento ou técnica a ser empregada será o da tutela antecipada; por outro lado, se a pretensão veiculada tiver por objetivo assegurar ou conservar a efetividade do processo, sua natureza será cautelar, reclamando o emprego da tutela cautelar.

Cassio Scarpinella Bueno, com o brilhantismo de sempre, ensina que a distinção deve residir na *“preponderância ou na ênfase de uma característica sobre a outra”*, ou seja, na preponderância de satisfazer ou assegurar, pois, segundo o renomado processualista, ainda que em menor escala, satisfazer pode implicar em assegurar e vice-versa.⁸²

4.3 Requisitos

4.3.1 Probabilidade do direito – “fumus boni iuris”

⁸¹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 205

⁸² BUENO, Cassio Scarpinella. Pag. 249

Diz o art. 300 do Código de Processo Civil que, para a concessão da tutela de urgência, a parte deverá demonstrar que o direito reivindicado provavelmente será reconhecido pelo juízo. A probabilidade exigida caracteriza-se por elementos de prova consistentes trazidos pela parte, aptos a convencer o juiz acerca da plausibilidade das alegações.⁸³

Para Cássio Scarpinella Bueno, não há mais razões para diferenciar a densidade da probabilidade do direito alegado a depender da natureza da medida requerida (cautelar ou antecipada), pois, com a unificação de conceitos, os requisitos de sua concessão foram igualados.⁸⁴

Importante frisar que a probabilidade do direito será analisada em cognição sumária, não exauriente. Disso decorre a necessidade da parte reunir elementos suficientes que evidenciam, à primeira vista, o direito alegado.

Não há classificação predeterminada de cognição a ser exercida pelo juiz⁸⁵, que deverá avaliar caso a caso a necessidade de comprovação do direito alegado em maior ou menor grau. A densidade da probabilidade do direito alegado está intimamente ligada ao grau de perigo a direito ou risco ao resultado útil do processo, ou seja, quanto maior o grau de perigo demonstrado, menor será a exigência da probabilidade do direito alegado.

Nesse sentido, vale transcrever a lição de Humberto Theodoro Junior:

“Segundo o princípio da proporcionalidade, o que se passa é que quanto mais verossímil o direito, menos rigorosa se apresenta a exigência do risco de dano; e quanto mais grave o perigo de lesão extrema e irreparável, mais se atenua o rigor na exigência do fons boni iuris. Assim é que se vai da admissibilidade de medidas liminares para ‘tutela pura do fumus extremado’ (tutela da evidência, sem reportar-se ao perigo de dano) até a adoção de ‘tutela do periculum extremado’ (como nas medidas autorizadas pela legislação ambiental, que se fundam no ‘princípio da precaução’, sem maior preocupação com demonstração efetiva do direito – fumus – dada a ‘emergência crítica’ evidenciada no caso analisado). Entre os dois extremos,

⁸³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Pag. 675

⁸⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Pag. 254

⁸⁵ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 210

*cabem inúmeros tipos, em que ora se valoriza mais intensamente o fomes, ora o periculum, embora ambos sejam exigidos, ainda que assimetricamente”.*⁸⁶

Para melhor ilustrar o raciocínio acima, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro faz interessante analogia com uma gangorra, asseverando que, “*quanto maior for o periculum, menos importância se dará ao fomes para a decisão sobre a concessão da tutela de urgência*”.⁸⁷

4.3.2 Perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo – *periculum in mora*

Além da probabilidade do direito alegado, a parte deverá demonstrar que a espera pela entrega da tutela jurisdicional definitiva causará prejuízo irreparável ou de difícil reparação à efetividade do processo. Em outras palavras, deverá demonstrar que a demora na solução da lide ensejará circunstâncias desfavoráveis à própria tutela jurisdicional.⁸⁸

O dano alegado deve ser concreto, ou seja, deve ir além do mero temor subjetivo da parte. Ainda que em cognição sumária, o juiz deve estar convencido de que a marcha natural do processo causará o dano alegado.

Aqui também se aplica a proporcionalidade acima referida sobre a probabilidade do direito, isto é, a depender da densidade da prova do direito alegado, em menor grau será a exigência do *periculum in mora* e vice-versa.

Destaca-se que o Código faz menção a “perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”, de modo que não há como atrelar o perigo à tutela antecipada e o risco à tutela cautelar, pois, à toda evidência, os termos são “*denotativos da necessidade urgente da intervenção jurisdicional*”, aplicáveis, portanto, às duas espécies de tutela de urgência.⁸⁹

Por fim, atento à relevância conferida ao requisito do *periculum in mora* na concessão das tutelas de urgência, Leonardo Ferres Ribeiro da Silva⁹⁰ faz importante

⁸⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 613

⁸⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 210

⁸⁸ LIEBMAN, Enrico Tulio. Manual de Direito Processual Civil. Tradução da 4.ed. italiana por DINAMARCO, Candido Rangel. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v.I, pag. 92

⁸⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Pag. 254

⁹⁰ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 210

observação ao que denominou de “fabricação” desse requisito. Isso porque, na prática, a parte pode postergar o requerimento da tutela de urgência para o último momento possível, com o único propósito de acentuar o *periculum in mora* e, de certa forma, forçar o juiz a exigir menor densidade da probabilidade do direito alegado.

4.4 Concessão *inaldita altera pars* e Audiência de justificação prévia

O novo Código de Processo Civil privilegia o princípio do contraditório, notadamente para evitar as chamadas decisões surpresas. Com efeito, depreende-se do art. 10 do referido diploma legal que o juiz está proibido de decidir sobre questão na qual as partes não tenham se manifestado ou tomado conhecimento, mesmo se tratando de matéria cognoscível de ofício.

Tratando-se de medida invasiva ao direito da parte contrária, comunicá-la sobre a intenção de deferi-la certamente comprometerá sua eficácia. Daí a razão da exceção prevista no art. 9º, parágrafo único, inc. I, do Código de Processo Civil, que libera o juiz de ouvir a parte contrária antes de proferir decisão relacionada à tutela de urgência.

A tutela de urgência, na essência, protege a efetividade da tutela jurisdicional, vezes tantas ameaçada por manobras de uma das partes. Dessa forma, a tutela de urgência serve de instrumento para equilibrar a situação das partes no processo.

Em linhas gerais, a concessão da tutela de urgência *inaldita altera pars* pode ser entendida como a medida de urgência deferida pelo juiz, sem oitiva da parte contrária. Tal técnica não viola o princípio do contraditório e da ampla defesa, pois, por privilegiar a proteção da tutela jurisdicional, há certa “*preponderância do princípio da efetividade do direito material pelo processo*” sobre eles.⁹¹

A audiência de justificação prevista no art. 300, § 2º do Código não está relacionada à oitiva da parte contrária como condição para concessão da tutela de urgência pretendida. Em verdade, tal audiência se traduz na oportunidade do requerente instruir melhor a probabilidade do direito alegado.

⁹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Pag. 255

Em outras palavras, se mesmo diante dos elementos apresentados pelo requerente o magistrado reputar necessária a oitiva da parte contrária, a tutela de urgência deverá ser indeferida, sem nenhuma óbice para que seja revista posteriormente.⁹² Por outro lado, se faltarem elementos que à primeira vista atestem a probabilidade do direito alegado, mas o risco ao resultado útil do processo se revelar acentuado, cabível será a designação de audiência de justificação prévia para auxiliar o magistrado na análise do pedido de urgência.

4.5 Exigência de caução

O § 1º do art. 300, do Código de Processo Civil, prevê a hipótese do magistrado exigir caução da parte requerente, real ou fidejussória, como condição para a concessão da tutela de urgência requerida.

Pode-se dizer que a exigência de caução possibilita ao juiz conceder determinada tutela de urgência, em situações de fragilidade da probabilidade do direito alegado, nas hipóteses em que a audiência de justificação prévia não se revelar adequada. Dada a precariedade dos elementos de convicção, é necessário que a caução oferecida tenha o condão de ressarcir eventuais danos que a parte contrária possa vir sofrer.

Por fim, em prestígio ao princípio do acesso à justiça, cumpre destacar que a caução somente poderá ser exigida de quem demonstrar condições de oferecê-la, dispensando-a, portanto, daqueles que comprovarem hipossuficiência econômica.

4.6 Concessão de ofício.

A maior parte dos doutrinadores ao abordar o tema remetem-se a dispositivos do Código de 1973. Isso porque o art. 797 do referido diploma legal permitia, em casos excepcionais, a concessão de medidas cautelares sem a oitiva das partes, ou seja, de ofício.

⁹² BUENO, Cassio Scarpinella. Pag.255

No tocante à tutela antecipada, o Código de 1973, ao menos pela disposição literal do art. 273, não conferia a mesma margem de abertura, pois vinculava a concessão da medida ao requerimento da parte.

Desse modo, na vigência do Código de 1973, havia quem defendia a possibilidade de concessão de medida cautelar de ofício, mas negava tal possibilidade para as tutelas antecipadas. Para essa corrente, a concessão “ex officio” de medida cautelar se justificava em razão da sua finalidade, isto é, a de preservar o exercício da jurisdição, circunstância inexistente na antecipação de tutela, que privilegia apenas o interesse de uma das partes.⁹³

Ainda na esteira do raciocínio acima, aqueles que defendiam a proibição da concessão de tutela antecipada “ex officio”, sustentavam a violação ao princípio dispositivo.⁹⁴

De outro norte, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, ainda na sistemática do Código de 1973, defendia a possibilidade do juiz conceder, excepcionalmente, medida cautelar e tutela antecipada “ex officio”. Para ele, ao passo que a medida cautelar protege o exercício da jurisdição, a antecipação da tutela privilegia a efetividade da tutela jurisdicional.⁹⁵

Os defensores dessa corrente negavam qualquer violação ao princípio dispositivo, pois, ao decidir de ofício, o juiz apenas antecipa a análise de pedido formulado pela parte.⁹⁶ Demais disso, defendiam ser natural o abrandamento do princípio dispositivo frente ao modelo constitucional do processo civil, preocupado com a tutela jurisdicional efetiva.⁹⁷

O novo Código de Processo Civil não traz correspondente do texto previsto no art. 797 do Código de 1973, ou seja, não prevê expressamente a possibilidade excepcional da concessão “ex officio” de medida cautelar, tampouco de tutela antecipada.

Diante de tal “omissão”, na leitura do atual Código, Humberto Theodoro Junior⁹⁸ assevera que, em regra, a tutela de urgência (cautelar ou antecipada) deve ser requerida pela parte, a teor do que dispõe o art. 299 do diploma legal. Todavia, tratando-se de

⁹³ DINAMARCO, Candido Rangel. Nova era do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2001, pag.78-79

⁹⁴ LOPES, Maria Elizabeth Castro. O juiz e o princípio dispositivo. São Paulo: Ed. RT, 2006, pag. 142

⁹⁵ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 157 a 159

⁹⁶ Idem. Pag.159

⁹⁷ PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pag. 124.

⁹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 638

situação de “*vulnerabilidade e risco sério e evidente de comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional*”, admite-se a concessão da tutela de urgência por iniciativa própria do juiz.

A nosso ver, em casos excepcionais, a tutela de urgência poderá ser concedida de ofício pelo juiz, pois tal iniciativa prestigia a efetividade da tutela jurisdicional. Resta saber, nestes casos, a quem é atribuída a responsabilidade objetiva prevista no art. 302, do Código de Processo Civil.

Tratando-se de medida exequível pelo próprio juízo, ao nosso sentir, não há como responsabilizar a parte que, quiçá ciente das consequências oriundas da concessão da tutela de urgência, nada requereu e preferiu aguardar o julgamento de mérito. Todavia, em sendo o caso de decisão que exija qualquer iniciativa da parte para ser efetivada, a manifestação destinada ao cumprimento da ordem atrai para si a responsabilidade por eventuais danos causados à parte contrária.

4.7 Reversibilidade e seus efeitos

Nos termos do art. 300, § 3º, do Código de Processo Civil, “*a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão*”. Com isso, quer o legislador privilegiar a segurança jurídica, bem como os princípios do contraditório e ampla defesa.

A reversibilidade dos efeitos da decisão deve se dar no próprio processo em que a tutela de urgência foi concedida, isto é, não há falar em reversibilidade para os casos em que a parte prejudicada é indenizada por intermédio de processo diverso.⁹⁹

Embora o dispositivo não dê margem a qualquer discricionariedade ou faculdade por parte do juiz, é sabido que existem situações irreversíveis que reclamam uma resposta urgente do judiciário.

Nesses casos, o operador do direito deve se valer do princípio da proporcionalidade para enfrentar o problema. Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno:

⁹⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 625

“É necessário superar a interpretação literal do dispositivo para contornar o reconhecimento de sua inconstitucionalidade substancial: a vedação da concessão da tutela antecipada fundamentada em urgência nos casos de irreversibilidade não deve prevalecer nos casos em que o dano ou o risco que se quer evitar ou minimizar é qualitativamente mais importante para o requerente do que para o requerido. É implícito ao sistema – porque decorrente do ‘modelo constitucional’ – o chamado ‘princípio da proporcionalidade’ a afastar o rigor literal enunciado pelo dispositivo”¹⁰⁰.

É dizer, há situações excepcionais¹⁰¹ em que o juiz deverá optar entre conceder medida irreversível para evitar o perecimento do direito e cumprir estritamente os rigores do dispositivo mencionado acima. Nesses casos, valendo-se do princípio da proporcionalidade, o juiz deverá avaliar se a irreversibilidade é menos prejudicial ao réu do que o perecimento do direito ao autor, sendo de grande relevância uma análise mais detida da verossimilhança das alegações.

Isso porque, se a probabilidade do direito alegado for suficiente a ponto de convencer o julgador, não se revela legítimo que o Estado-juiz escolha o perecimento de tal direito a tutelá-lo, especialmente porque o mais provável é que a tutela se confirme na sentença.¹⁰²

4.8 Responsabilidade objetiva

É consagrada no novo Código a regra da responsabilidade objetiva pelo prejuízo causado à parte adversa em razão da concessão da tutela de urgência. Por oportuno, reproduzimos abaixo o art. 302 do Código, que trata da matéria.

“Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I – a sentença lhe for desfavorável;

¹⁰⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. Pag. 255

¹⁰¹ Como exemplo, citamos as ações de alimentos e determinação de procedimento médico.

¹⁰² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. A antecipação da tutela na recente reforma processual. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo. Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 142

- II – obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;
- III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;
- IV – o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.”

A primeira observação que fazemos diz respeito à necessidade de efetivação da tutela para possibilitar a reparação prevista, ou seja, somente se pode falar em prejuízo se a tutela concedida for de fato efetivada.¹⁰³

Confesso que a imputação de responsabilidade objetiva à parte favorecida pela tutela de urgência causa certo incomodo. Isso porque, as tutelas de urgência (antecipada e cautelar) têm por finalidade evitar o perecimento do bem da vida pretendido ou assegurar a efetividade do processo, que são ameaçados pela demora na entrega da tutela jurisdicional.

Indo além, a parte não efetiva tutela de urgência por conta própria, já que sua atuação é limitada ao requerimento instruído de provas suficientes a demonstrar a probabilidade do direito alegado. O Estado-juiz, por sua vez, ao apreciar o pedido, é quem analisa o preenchimento dos requisitos legais e concede ou não a pretensão de urgência deduzida.

Nessa linha de raciocínio, exceto se demonstrada má fé da parte destinada a induzir o juízo a erro, a responsabilidade prevista no art. 302 do Código reflete uma punição desmedida à parte que se vale de instrumento processual para enfrentar a morosidade do próprio sistema.

E nem se diga que a parte assume o risco de eventual prejuízo causado por se valer de decisão proferida em cognição sumária, pois, conforme visto acima, não há qualquer exceção para as tutelas de urgência deferidas em sentença e revogadas pelo Tribunal¹⁰⁴, tampouco para os casos de concessão de ofício da tutela de urgência.¹⁰⁵

¹⁰³ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 246

¹⁰⁴ O inciso III do art. 302 deixa claro que a responsabilidade estará presente quando “ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal”.

¹⁰⁵ Vide Item 4.6 deste capítulo.

CAPÍTULO V

5. Tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

O requerimento de tutela antecipada antes de promovida a ação principal é algo novo trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, já que o Código de 1973 previa tal hipótese apenas para as medidas cautelares.

Pois bem, os artigos 303 e 304 do atual Código disciplinam o procedimento a ser seguido para o requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente ao pedido principal. Segundo Cassio Scarpinella Bueno, referido procedimento é tão rico em detalhes que poderia ser reconhecido como caso de *“tutela diferenciada, expressão que, a despeito de pomposa, conduz à distinção procedimental por vezes eleita pelo legislador para obtenção de tutela jurisdicional levando em conta especificidades do direito material.”*¹⁰⁶

Os requisitos, vale dizer, são os mesmos da tutela de urgência requerida em caráter incidental (probabilidade do direito alegado e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo), com pequeno ajuste em relação à urgência da medida, que deve ser contemporânea à propositura da ação e em grau mais acentuado para justificar a utilização do procedimento.

5.1 Procedimento

5.1.1 Petição inicial

Em virtude da urgência qualificada da medida pretendida, dispõe o art. 303 do atual Código de Processo Civil que a petição inicial deve se limitar ao requerimento da tutela antecipada, com breve exposição dos fatos e do direito, a demonstração do dano ou risco ao resultado útil do processo, a indicação da pretensão principal e o valor da causa.

¹⁰⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Pag. 258

Humberto Theodoro Junior¹⁰⁷ faz interessante observação no que diz respeito ao requerimento de antecipação parcial do julgamento final de mérito, asseverando que, nesse caso, o valor da causa poderá ser menor do que o proveito econômico pretendido no pedido principal.

Não sendo beneficiário da gratuidade processual, o requerente deverá recolher as custas e taxas judiciárias necessárias, sob pena de não ser conhecido o pedido e ser determinado cancelamento da distribuição da ação.

Além da qualificação das partes, a petição deverá indicar o juiz competente, que, neste caso, corresponderá àquele que detiver competência para conhecer e julgar o pedido principal (art. 299).

Por fim, estabelece o art. 303, § 5º do Código de Processo Civil, que o requerente deverá deixar claro na petição inicial a pretensão de se valer do procedimento destinado à tutela antecipada em caráter antecedente, seja para evitar rigorismo desmedido no juízo de admissibilidade da peça de ingresso, seja para se valer dos benefícios da estabilização dos efeitos da tutela.

5.1.2 Concessão da tutela

Se após analisar a petição e os documentos que a instruem o juiz reputar que estão presentes os requisitos legais e conceder a tutela de urgência requerida, deverá intimar o requerente para aditar a petição inicial no prazo de 15 dias, com suplementação dos argumentos, juntada de novos documentos e a ratificação do pedido principal (art. 303, § 1º, inc. I).

Algumas observações merecem ser feitas a respeito do referido aditamento. A primeira delas diz respeito ao prazo previsto para o aditamento da inicial que, a critério do juiz, poderá ser maior do que 15 dias.

A determinação de juntada de novos documentos deve ser compreendida em sentido amplo, ou seja, poderá o requerente juntar tanto outros documentos já existentes ao

¹⁰⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 673

tempo do requerimento da tutela antecipada antecedente, como documentos efetivamente novos. Trata-se, portanto, de verdadeira exceção ao art. 320, do Código de Processo Civil.¹⁰⁸

Demais disso, embora não aplicáveis em sua total compreensão quando do requerimento em caráter antecedente, as exigências do art. 319 e 320 do Código devem ser observados no aditamento, especialmente o requerimento de provas que o autor pretende demonstrar os fatos alegados.

Ainda sobre o aditamento, cumpre asseverar que deverá ser nos próprios autos, independente de novas custas judiciais.

Deferida a tutela antecipada antecedente, o juiz determinará a citação e intimação do réu para comparecer à audiência de conciliação e mediação, desde que ambas as partes não tenham se manifestado expressamente pela não realização do ato e o objeto da lide admita autocomposição (art. 334, § 4º, inc. I e II).

Em verdade, a lei é omissa quanto ao momento em que deve ocorrer a citação e intimação do réu, mas, seguindo uma interpretação lógica e sistêmica, tem-se que o melhor momento da notificação do réu é imediatamente após a concessão da tutela.¹⁰⁹ Dessa forma, o réu será citado da ação e intimado da decisão liminar (bem como para comparecer à audiência de conciliação), sendo certo que o prazo para interposição de recurso (agravo de instrumento – art. 1015) contra a decisão proferida passa a fluir a partir da intimação (art. 1003, § 2º), enquanto que o prazo para contestação se inicia nos termos do art. 335, do Código de Processo Civil.

O prazo para oferecimento da defesa é determinado de acordo com algumas circunstâncias. Em sendo realizada a audiência de conciliação com resultado infrutífero, o prazo para contestação fluirá a partir da realização da audiência referida (art. 335, inc. I). No caso das partes dispensarem expressamente a realização da audiência de conciliação, o prazo para contestação fluirá a partir do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação formulado pelo réu (art. 335, inc. II). Por fim, nos casos em que não se

¹⁰⁸ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag.223

¹⁰⁹ Idem, pag. 223

admite a autocomposição, o prazo para contestação fluirá a contar da citação (art. 335, inc. III).

A esse respeito, Cassio Scarpinella Bueno traz importante observação digna de nota;

*“Questão interessante é saber se esta última previsão, o inciso III do § 1º do art. 303, viola o parágrafo único do art. 65 da CF, já que o Projeto do Senado não tratava deste tema o da Câmara limitava-se a estabelecer que o prazo para contestação do réu fluiria depois de emendada a inicial (art. 304, § 1º, II, do Projeto da Câmara). A regra, por isso mesmo, parece inovar indevidamente o processo legislativo. Como a opção feita pela Câmara – que não encontrava similar no Senado – era a de o prazo para contestar fluir a partir da intimação da emenda da inicial, tudo indicava que não haveria audiência de conciliação ou mediação como ato processual nestes casos de tutela antecipada antecedente, a justificar a deflagração do prazo para contestação naqueles termos. Ao estabelecer a realização daquela audiência como regra, acabou-se, na reta final do processo legislativo, criando nova regra, incidindo, assim, em inconstitucionalidade formal”.*¹¹⁰

Sem adentrar o mérito da aparente inconstitucionalidade formal do dispositivo, a verdade é que os incisos I, II e III, do art. 303, § 1º, trazem grande embaraço ao momento adequado para o oferecimento da defesa.

Para quem entende que o aditamento da inicial deve ser determinado imediatamente após a concessão da tutela antecipada¹¹¹, haverá inegável dilema no oferecimento da contestação nos casos em que o prazo se iniciar com o protocolo de petição pelo cancelamento da audiência (art. 335, II), ou, com a citação, nas hipóteses em que o objeto da lide não admitir autocomposição (art. 335, III). Isso porque em tais situações é bem provável que o réu tenha de se defender antes mesmo do aditamento da inicial, o que, a toda evidência, além do embaraço procedimental, demandaria maior cuidado do magistrado para evitar nulidade processual por violação ao contraditório e ampla defesa. Ocorrendo tal hipótese, que, a meu ver, não pode ser descartada, o réu deverá ser intimado a “complementar” sua contestação, assim que o autor oferecer o aditamento da inicial.

¹¹⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Pag. 259/260.

¹¹¹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 223.

Há quem defenda que o aditamento da inicial deve ser condicionado à interposição de recurso por parte do réu, contra a decisão que concedeu a tutela antecipada¹¹². Com isso, o prazo para aditamento da inicial somente terá início após escoado o prazo para interposição do recurso cabível, pois, não havendo recurso contra a decisão, o aditamento se torna inócuo diante da estabilização da tutela e consequente extinção do processo.¹¹³

Dessa forma, se considerada como imediata a citação e intimação do réu após a concessão liminar, a probabilidade do réu apresentar contestação sem que tenha havido o aditamento é ainda maior nessa hipótese.

Embora defenda que o prazo do aditamento somente se inicie com a interposição do recurso cabível por parte do réu, Humberto Theodoro Junior propõe que a citação e audiência de conciliação ocorram apenas depois da conversão do procedimento em processo principal, ou seja, após o aditamento da inicial.¹¹⁴ Assim, quando citado para se defender ou comparecer à audiência de conciliação, o réu já terá ciência do aditamento oferecido pelo autor e poderá se defender amplamente da pretensão deduzida.

5.1.3 Ausência dos requisitos da Tutela antecipada antecedente

Se o juiz entender que os elementos trazidos com a inicial não demonstram a probabilidade do direito invocado e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, intimará o autor para que emende a inicial no prazo de 05 dias, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 303, § 6º).

Questão polêmica a esse respeito é saber se a determinação de aditamento é destinada a melhor instruir o pedido de tutela antecipada antecedente ou para que o autor formule logo o pedido principal. Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, entende que a emenda é destinada a melhor instruir o pedido de tutela antecipada antecedente, permitindo ao autor

¹¹² MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no Novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil n. 63, 2014. Pag. 26.

¹¹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 674

¹¹⁴ Idem. Pag. 675

juntar documento essencial para o deferimento da medida pretendida, ou, até mesmo, se valer de audiência de justificação.¹¹⁵

Cassio Scarpinella Bueno, por sua vez, demonstra certo incômodo com a redação do art. 303, § 6º, do atual Código de Processo Civil. Para o renomado professor, nos termos do art. 321, do mesmo diploma legal, incumbe ao juiz esclarecer a que fim se destina a emenda à inicial, ou seja, para melhor instruir o pedido de tutela antecipada antecedente ou se para deduzir a pretensão principal.¹¹⁶

De todo modo, se determinada a emenda à inicial e o autor quedar-se inerte, independente da sua finalidade (melhor instruir o pedido liminar ou deduzir a pretensão principal), o processo será extinto sem resolução de mérito.

5.2 Estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente

O art. 304 do Código de Processo Civil prevê que, não havendo recurso contra a decisão que deferir a tutela antecipada antecedente, os efeitos dela decorrentes tornam-se estáveis. Para atrair a estabilização dos efeitos da decisão, o dispositivo legal trata da ausência de interposição do “recurso respectivo”, o que, a rigor, induz a inviabilidade de evitar a sobredita estabilização por outros meios de defesa.

Todavia, na visão de Cassio Scarpinella Bueno, o dispositivo deve ser interpretado de forma ampliativa, extraindo-se do termo “recurso respectivo” toda e qualquer resistência oferecida pelo réu contra a decisão liminar proferida. Assim, a despeito da ausência de interposição do recurso adequado, a contestação, pedido de revogação ou até mesmo a presença do réu em audiência são meios aptos a inviabilizar a estabilização da tutela antecipada antecedente.¹¹⁷

É dizer, qualquer manifestação expressa do réu contrária à decisão proferida exigirá nova manifestação do magistrado, que, a depender da natureza da petição veiculada (contestação, embargos de declaração com efeitos modificativos ou simples petição

¹¹⁵ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 224

¹¹⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. Pag. 260-261

¹¹⁷ Idem. Pag. 262

relacionada a matéria de ordem pública), poderá, até mesmo, rever, modificar ou cassar a tutela inicialmente concedida.

Em sentido contrário, isto é, em defesa do cumprimento literal da norma, Dierli Nunes e Érico Andrade defendem que apenas o recurso respectivo será apto a evitar a estabilização da norma, pois, em versões anteriores do projeto do novo Código de Processo Civil, para tal situação havia previsão do termo “impugnação”, de modo que o termo contido no projeto aprovado (recurso respectivo) revela a vontade expressa do legislador de exigir instrumento processual específico.¹¹⁸

De todo modo, para que a tutela antecipada tenha o condão de se estabilizar, necessário se faz que o réu, ao ser intimado da decisão, seja expressamente advertido de que a ausência de recurso no prazo legal importará em tal consequência, sob pena de violação ao contraditório e ampla defesa, além do princípio da cooperação (art. 6º, código de processo civil).¹¹⁹

A sistemática da estabilização prevista no atual Código se assemelha em muito ao sistema francês e italiano, pois admite *“a desvinculação entre a tutela de cognição sumária e a tutela de cognição plena ou o processo de mérito, ou seja, permitiu a chamada autonomização e estabilização da tutela sumária”*¹²⁰

Como se verá adiante, a estabilização dos efeitos da tutela antecipada somente poderá ser revista por meio de ação própria, o que torna inviável sua revisão de ofício pelo próprio magistrado, até mesmo porque o processo é extinto após atingida a estabilização da tutela.

5.2.1 Ação de revisão.

¹¹⁸ NUNES, Dierli e ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no Novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. In: Didier Jr., Fredie (coordenador geral); Macedo, Lucas Buril de; Peixoto, Ravi; Freire, Alexandre (organizadores). Novo CPC doutrina selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Juspodvim, 2016. Vol. 4, pag. 83/84.

¹¹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Pag. 261

¹²⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 681

A estabilização dos efeitos da tutela antecipada poderá ser revista mediante o ajuizamento de nova demanda, a ser requerida por qualquer das partes, no prazo de 02 anos, a contar da ciência da decisão.

Deste modo, nos termos dos §§ 2º ao 5º do art. 304 do Código de Processo Civil, a parte que desejar rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, terá o prazo de 02 anos para ajuizar nova ação com essa finalidade, autorizado o desarquivamento do processo em que foi concedida a medida, a fim de melhor instruir o novo processo.

A primeira observação a ser feita é sobre a natureza jurídica do prazo previsto para o ajuizamento da demanda tratada pelo § 2º, do art. 304, do Código, pois dela derivam os fundamentos necessários a afastar interessante discussão sobre a formação de coisa julgada material após o escoamento de tal prazo.

A discussão ganha relevância na medida em que a formação de trânsito em julgado material viabilizaria o ajuizamento da ação rescisória (art. 966), cujo prazo de ajuizamento somente teria início após esgotados os 02 anos destinados ao aforamento da demanda prevista no § 2º, do art. 304.¹²¹

O prazo de 02 anos para o ajuizamento da ação revisional (art. 304, § 2º) é decadencial, sendo, portanto, inadmissíveis suspensões ou interrupções. Nenhuma estranheza há no fato de se atribuir natureza decadencial a prazo previsto no processo civil, pois, em verdade, convivemos com diversas situações semelhantes em nosso ordenamento jurídico, tais como as ações fundadas em vício de consentimento e as ações renovatórias de locação.

Deste modo, sobretudo à luz do que expressamente dispõe o § 6º do art. 304, esgotado o prazo de 02 anos para o ajuizamento da ação a que alude o § 2º, do já referido dispositivo legal, não há falar em coisa julgada material, mas sim em extinção de um direito pelo reconhecimento da decadência.

¹²¹ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. A tutela antecipada no projeto do Novo CPC. In: Freire, Alexandre et al (coords). Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 329.

Inobstante a previsão contida no § 6º, do art. 304, cumpre registrar a posição de Bruno Garcia Redondo, que entende haver coisa julgada material depois de transcorrido o prazo de 02 anos previsto no § 2.¹²²

Sobre o tema, também cumpre transcrever o posicionamento de Humberto Theodoro Junior com o qual concordamos:

“(...) Ao estabelecer o Código um prazo para o exercício do direito de propor a questionada ação de revisão ou de invalidação, nada mais fez do que criar um prazo decadencial, que tanto pode ser estabelecido em lei material, como em lei processual (...).

(...) Em suma, não se trata de conferir a autoridade de coisa julgada material à decisão provisória estabilizada nos termos do art. 304, mas simplesmente de submetê-la ao regime da prescrição e decadência, fenômenos que impedem a demanda, apresentando-se como causas de extinção liminar do processo, com resolução do mérito. Não é preciso, pois, instaurar-se uma celeuma em torno da verificação ou não da coisa julgada na espécie, quando o que o legislador fez foi simplesmente estabelecer um prazo de decadência”¹²³

Nessa linha de intelecção, não se revela possível o ajuizamento de ação rescisória após o escoamento do prazo para o ajuizamento da ação de revisão prevista no § 2º, art. 304, pois, além de previsão expressa de que tal decisão não faz coisa julgada material (art. 304, § 6º), se faz presente a decadência do próprio direito de revisar a decisão proferida.

Indo além, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro defende que, respeitados os prazos prescricionais, diante da ausência de trânsito em julgado material, após o prazo de 02 anos da concessão da tutela antecipada antecedente, é permitido a qualquer das partes discutir em ação diversa o mesmo bem da vida abrangido pela decisão estabilizada, sem que nela se reabra discussão específica de tal decisão. O autor cita, como exemplo, a hipótese de fixação liminar de alimentos provisórios, cuja decisão tenha se estabilizado, afirmando ser

¹²² REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. Revista de Processo, São Paulo: RT, a. 40, v. 244, jun. 2015, p. 167-194.

¹²³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 685

perfeitamente possível o ajuizamento de ação negatória de paternidade após o prazo de 02 anos a que alude o § 2º, do art. 304.¹²⁴

Todavia, com toda deferência, o exemplo trazido não se presta a fundamentar a rediscussão da decisão estabilizada além da hipótese prevista no § 5º, pois, como se sabe, a situação retratada espelha medida de extrema exceção, apta até mesmo a possibilitar a flexibilização da coisa julgada material.

¹²⁴ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 230

CAPÍTULO VI

6. Tutela cautelar requerida em caráter antecedente.

A tutela cautelar antecedente ou conservativa se assemelha em muito ao processo cautelar previsto no Código de 1973. Está prevista nos artigos 305 a 310 do novo Código de Processo Civil e tem por finalidade “*conservar bens, pessoas ou provas, que possam sofrer alguma lesão ou perigo de lesão em razão da longa duração da marcha processual*”.¹²⁵

O procedimento é distinto daquele reservado à tutela antecipada antecedente, o que tem sido alvo de crítica por parte da doutrina, pois o legislador deixou escapar a oportunidade de encerrar velha discussão sobre a necessidade de distinção da tutela antecipada e da tutela cautelar.¹²⁶

Os requisitos da tutela cautelar antecedente são os mesmos previstos para a tutela antecipada antecedente, isto é, probabilidade do direito e perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, consignando que, nesse caso, o risco deve ser entendido como todo e qualquer embaraço criado a dificultar a satisfação de um interesse protegido por lei.¹²⁷

Aqui também deve existir um grau de urgência acentuado a justificar o procedimento adotado, já que a tutela cautelar pode ser requerida de modo incidental e, até mesmo, em sede liminar no bojo da própria petição inicial que veicule a pretensão principal.

Diferente do que ocorre com a tutela antecipada antecedente, não há previsão para a estabilização da tutela cautelar antecedente, pois, nas palavras de Leonardo Ferres Da Silva Ribeiro, a tutela cautelar antecedente “*presume a adoção de uma providencia protetiva temporária, que deve ser eficaz até que a parte possa ser satisfeita pelo pedido*

¹²⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 652

¹²⁶ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 232

¹²⁷ LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. Medidas Preventivas. 2. ed. Belo Horizonte: Bernardo Alvares, 1958, n. 41, p. 41.

principal”¹²⁸, o que se revela incompatível com a técnica da estabilização prevista no art. 304, do código de processo civil.

6.1 Procedimento

6.1.1 Petição inicial

Nos termos do art. 305 do Código de Processo Civil, a petição deverá conter a lide e seu fundamento, breve indicação do direito que se busca assegurar e a demonstração do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

A indicação da lide¹²⁹ e seu fundamento nada mais é do que uma breve exposição de qual será o pedido principal. Ao exigir a breve exposição da lide, quis o legislador exigir do requerente a demonstração da viabilidade da ação de mérito, principalmente, de que estão presentes as condições da ação.

A petição também deverá conter breve exposição do direito que se busca assegurar. Isso nada mais é do que a demonstração da probabilidade do direito alegado, ou seja, a relevância dos interesses em conflito.

O perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo implica na necessidade da demonstração da urgência da medida. Como dito acima, tendo em vista que o Código de Processo Civil autoriza a concessão de tutela cautelar incidental, a nosso ver, o “*periculum in mora*” no procedimento de tutela antecedente deve ser acentuado.

Por fim, com a observação de que o endereçamento deve ser feito ao juízo competente do pedido principal, os requisitos da petição inicial indicados pelo art. 304 não excluem aqueles previstos no art. 319, desde que compatíveis com o procedimento.

6.1.2 Despacho da inicial e defesa do réu.

¹²⁸ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 225

¹²⁹ Nas palavras de Humberto Theodoro Junior, lide “é o conflito de interesse qualificado por pretensão resistida, é o objeto imediato do processo (o seu mérito) a ser resolvido pelo provimento definitivo”. THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 652

Ao analisar a inicial, o juiz poderá deferir ou indeferir a tutela cautelar deduzida, ou até mesmo determinar a realização de audiência de justificação para entender melhor a pretensão do requerente.

O juiz também poderá converter o procedimento para aquele previsto nos artigos 303 e 304, se entender que a natureza do pedido é de tutela antecipada e não cautelar (art. 305, parágrafo único).

O réu deverá ser citado para responder e indicar provas no prazo de 05 dias, ocasião em que apresentará as razões em que impugna a medida cautelar.

Nos termos do art. 307 do Código de Processo Civil, em caso de não ser oferecida defesa pelo réu, o juiz deverá decidir a questão no prazo de 05 dias, admitindo como verdadeiras as alegações deduzidas pelo autor. De outro norte, em sendo apresentada contestação, o juiz deverá observar o procedimento comum em relação à instrução da pretensão cautelar (art. 307, parágrafo único).

Segundo ensina Humberto Theodoro Junior, a tutela cautelar antecedente gera um *“incidente, cuja solução se dá mediante decisão interlocutória, passível de impugnação por agravo de instrumento (art. 1.015, I) ”*.¹³⁰ Desse modo, intimado da decisão que concedeu a pretensão cautelar, seja ela proferida em sede liminar ou não, cabe ao réu interpor agravo de instrumento, sob pena de preclusão.

Tal preclusão, contudo, não torna estável referida decisão, pois a ela não se aplica a sistemática da estabilização prevista no art. 304, do Código de Processo Civil.

Melhor esclarecendo, a cautelar poderá ser deferida em liminar do procedimento previsto no art. 305, do Código de Processo Civil, ou, então, no próprio julgamento que resolve o incidente, isto é, depois de oferecida contestação e instruído o processo em observância ao procedimento comum. Nos dois momentos, o meio de impugnação reservado ao réu é o agravo de instrumento.

6.1.3 Efetivação da Cautelar.

¹³⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 655

Conforme preceitua o art. 308, do Código de Processo Civil, uma vez efetivada a cautelar, o autor deverá formular o pedido principal no prazo de 30 dias, ocasião em que poderá aditar a causa de pedir. A apresentação do pedido principal se dará por intermédio de aditamento, ou seja, nos mesmos autos, e independe de novas custas processuais.

Uma vez formulado o pedido principal, as partes serão intimadas pessoalmente ou por seus advogados, a comparecerem à audiência de conciliação e mediação, dispensando-se, portanto, nova citação. O prazo para o réu oferecer contestação sobre o pedido principal passará a fluir nos termos do art. 335, do Código de Processo Civil, observadas as hipóteses nele contidas para início do prazo¹³¹.

Por fim, o art. 308, § 1º, autoriza o autor a deduzir o pedido de tutela cautelar conjuntamente com o pedido principal, o que, a nosso ver, inviabiliza a observância do procedimento específico aqui tratado (tutela cautelar antecedente), pois, nesse caso, a despeito do comportamento recursal em relação à medida deferida ou indeferida, o ideal é que réu seja intimado a comparecer à audiência de conciliação ou mediação, em observância ao procedimento comum. Nesse caso, a contestação do réu se dará em único momento e deverá abranger o pedido cautelar e o principal.¹³²

6.1.4 Indeferimento da tutela cautelar

Em sendo indeferida a tutela cautelar requerida em caráter antecedente, a parte não está impedida de formular o pedido principal, tampouco o indeferimento influirá no julgamento deste, exceto se a decisão que indeferir a tutela cautelar reconhecer a ocorrência de prescrição e decadência do próprio direito que se visa resguardar (art. 310).

Humberto Theodoro Junior explica ser perfeitamente possível o requerimento do pedido principal fora dos autos em que se deu a pretensão cautelar e sem a observância do prazo previsto no art. 308, do Código de Processo Civil. Isso porque, segundo o autor, não há previsão expressa que obrigue o autor a formular o pedido principal em determinado

¹³¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Pag. 266

¹³² Pedido principal “deve ser compreendido no sentido do objeto (o bem da vida) sobre o qual o autor requer recaia a tutela jurisdicional para além da tutela cautelar que já lhe foi concedida”. Idem. Pag. 264

prazo para os casos de indeferimento da tutela cautelar, o que, a seu ver, permite-se a formulação do pedido principal dentro ou fora dos autos em que foi deduzida a tutela cautelar antecedente.¹³³

Acontece que a formulação do pedido principal em outros autos, por não se tratar de aditamento, exigirá o pagamento de novas custas.

6.1.5 Cessação dos efeitos da cautelar

O art. 309 do Código de Processo Civil elenca as hipóteses em que cessará a eficácia da tutela cautelar requerida em caráter antecedente. A primeira delas se refere à inércia do autor em deduzir o pedido principal no prazo legal, ou seja, ausência de pedido principal no prazo de 30 dias, conforme preceitua o art. 308.

A segunda hipótese diz respeito à falta de efetivação da tutela no prazo de 30 dias. Nesse ponto é preciso inicialmente constatar a quem compete os meios de efetivação da tutela cautelar, pois se não estiverem ao alcance do autor, por razões óbvias, não haverá cessação da medida.¹³⁴

Por fim, também cessará a tutela cautelar em caso de improcedência ou extinção sem resolução de mérito do pedido principal (art. 309, inc. III), pois, sendo a tutela cautelar destinada a assegurar o resultado útil do processo, não há razão para sua subsistência nos casos acima mencionados.

Além das hipóteses legalmente previstas, não há como descartar a hipótese de revogação da tutela cautelar pelo próprio magistrado, mediante um juízo de retratação fundado na alteração das circunstâncias que autorizaram sua concessão, ou, nas palavras de Piero Calamandrei, *“alteração no quadro fático ou probatório vigente ao tempo da concessão”*.¹³⁵

¹³³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 657

¹³⁴ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 235

¹³⁵ CALAMANDREI, Piero. Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares. Trad. Carla Roberta Adreassi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, pag. 122-123.

A cessação da eficácia da tutela cautelar pelos motivos indicados no art. 309 impede que a parte renove o pedido, salvo se o fizer com base em novos fundamentos (art. 309, parágrafo único). Embora pareça óbvio demais, a restrição expressa é acertada, pois *“a provisoriedade e o caráter restritivo de direitos que se entreveem nas tutelas cautelares não coadunam com o uso reiterado dessas providências, consequências da extinção da eficácia da medida”*.¹³⁶

¹³⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 659.

CAPÍTULO VII

7. Tutela de evidência.

7.1 Conceito

A tutela de evidência prevista no art. 311 do Código de Processo Civil, permite, em determinados casos, a antecipação dos efeitos da tutela pretendida em juízo, sem que haja necessidade da comprovação de perigo ou risco ao resultado útil do processo.

É preciso demonstrar a probabilidade do direito alegado em conjunto com uma das hipóteses elencadas pelo art. 311, isto é: *“(i) ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte contrária; (ii) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; (iii) pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; (iv) petição inicial instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”*.¹³⁷

As hipóteses de evidência consignadas pelo legislador são taxativas, de modo que não podem ser ampliadas por interpretação extensiva.¹³⁸

A tutela de evidência, antes extraída do art. 273, inc. II e § 6º, do Código de 1973, é vocacionada a amenizar os efeitos negativos da duração do processo àquele que conseguiu demonstrar à saciedade o direito alegado, pois não proteger direito que se revela evidente equivale a espécie de denegação de justiça.¹³⁹ E mais, o modelo constitucional do processo

¹³⁷ Art. 311, Código de Processo Civil

¹³⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. Pag. 693

¹³⁹ FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela de evidência (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996, pag. 321

civil exige do Estado a criação de mecanismos adequados destinados à satisfação integral e concreta dos direitos, ou seja, a tutela jurisdicional deve ser efetiva.¹⁴⁰

Cumpra observar que a tutela de evidência não se confunde com o julgamento antecipado de mérito, previsto nos artigos 355 e 356 do atual Código. A tutela de evidência é concedida em cognição não exauriente e é passível de revogação pelo próprio magistrado que a concedeu, já o julgamento antecipado de mérito é realizado em cognição exauriente, após regular instrução do processo, passível de ser reformada apenas por intermédio do respectivo recurso.

Por fim, por expressa previsão legal (art. 9º, inc. II), apenas as hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 311 do Código autorizam concessão liminar da tutela de evidência, isto é, logo no início do processo, no bojo da petição inicial.

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

Esse inciso, de certa forma, reproduz o inc. II do art. 273, do Código de Processo Civil de 1973, que permitia ao juiz conceder a tutela antecipada se houvesse prova inequívoca dos fatos alegados e restasse caracterizado o abuso de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Já o art. 311 do atual Código de Processo Civil deixa a entender que a simples demonstração do abuso do direito de defesa, ou o manifesto propósito protelatório, revelam-se suficientes a tornar o direito autoral evidente, de modo a permitir a antecipação dos efeitos da tutela. Isso porque, ao contrário do antigo art. 273, não há qualquer exigência expressa quanto à probabilidade do direito alegado somado à caracterização do abuso do direito de defesa.

Todavia, em que pese a omissão legal, a caracterização pura e simples do abuso do direito de defesa não torna evidente o direito do autor, razão pela qual a tutela de evidência

¹⁴⁰ PINTO, Nelson Luiz. A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual. In: Tutela de urgência e procedimentos especiais. Org. Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, pag. 614

fundada no inc. I do art. 311 deverá apontar também para a probabilidade do direito alegado.¹⁴¹

O abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório devem ser entendidos em sentido amplo, ou seja, não deve se limitar à defesa técnica, mas também ao comportamento do réu no processo. A defesa que não reflete seriedade ou a interposição de inúmeros recursos disponíveis para discutir matéria preclusa ou já decidida, são exemplos típicos de abuso do direito de defesa.

Em verdade, o manifesto propósito protelatório integra o abuso do direito de defesa, pois, a toda evidência, o abuso dos meios disponíveis de defesa reflete o propósito protelatório do réu.¹⁴²

Para Cássio Scarpinella Bueno, o abuso do direito de defesa a ensejar a concessão da tutela de urgência deve ser, por si mesmo, “*conotativo da maior juridicidade do direito do autor*”, ou seja, sua própria essência (confissão, contradição, ect) espelha a probabilidade do direito alegado pelo autor.¹⁴³

7.3 Alegações de fato comprovadas documentalmente e tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

O inciso II do art. 311 do Código de Processo Civil, por ser claro e preciso, não exige maior aprofundamento. O legislador descreveu situação em que o direito da parte será evidente, pois fundado em fatos comprovados por documentos e respaldado em entendimento consolidado na jurisprudência.

A prova dos fatos por documentos também permite a prova documentada, isto é, prova emprestada, ata notarial ou aquela produzida antecipadamente¹⁴⁴.

¹⁴¹ MEDINA, José Miguel Garcia e Janaina Marchi Medina. Pag.76

¹⁴² YARSHELL, Flávio e Abdo, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela de evidência. Tutela Provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. Coordenação de Cassio Scarpinella Bueno et. al. São Paulo: Saraiva. Pag.457

¹⁴³ BUENO, Cassio Scarpinella. Pag. 268

¹⁴⁴ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 197

Questão interessante diz respeito às situações de precedentes citados expressamente pelo inc. II, vale dizer, súmula vinculante e julgamento de demandas ou recursos repetitivos, ambos previstos no art. 927 do Código de Processo Civil. Isso porque, ao lado dessas situações de precedentes, o art. 927 prevê outras com grau de vinculação forte, o que provoca certa inquietação na doutrina.

Leonardo Ferres da Silva Ribeiro afirma ser possível a interpretação analógica e extensiva do inc. II, para o fim de possibilitar a concessão da tutela de evidência nos demais casos de precedentes enumerados no art. 927, fundamentando seu posicionamento no art. 332, do Código de Processo Civil, que autoriza o juiz julgar o pedido liminarmente improcedente diante de outras hipóteses de precedentes enumerados no art. 927.¹⁴⁵

7.4 Contrato de depósito

O inciso III, do art. 311 do Código trata da hipótese de ser veiculado “*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*”.

De início, grosso modo, pedido reipersecutório deve ser entendido como aquele em que se reivindica a posse ou propriedade sobre determinada coisa. Nesse passo, a previsão de tutela de evidência contemplada no inc. III parece ser bem específica aos contratos de depósito, de modo que, a nosso ver, não pode ser estendida aos demais pedidos reipersecutórios¹⁴⁶.

Assim sendo, havendo necessidade de o depositante exigir em juízo a devolução da posse de determinada coisa objeto de contrato de depósito, o art. 311, inc. III, confere-lhe a possibilidade de requerer a tutela de evidência, inclusive liminarmente (art. 311, parágrafo único), desde que disponha de prova adequada da existência do contrato de depósito.

¹⁴⁵ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Pag. 197

¹⁴⁶ Em sentido contrário, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro afirma que o inciso III deverá ser interpretado “com certa amplitude”, de modo a abranger outras ações reipersecutórias. Idem. 198

7.5 Prova documental suficiente dos fatos constitutivos do autor

Se o autor instruir a inicial com provas suficientes do direito alegado e o réu não oferecer contraprova capaz de gerar razoável dúvida no julgador, haverá espaço para a concessão da tutela de evidência.

Não se trata de incontroversa, pois, nesse caso, abre-se espaço para o julgamento antecipado parcial de mérito, previsto no artigo 356, do Código e Processo Civil. A situação tratada pelo inc. III reflete a hipótese em que o réu não oferece prova idônea a gerar dúvida razoável frente as provas apresentadas pelo autor.¹⁴⁷

Por fim, cumpre destacar que a hipótese tratada se constitui verdadeiro instrumento de economia processual e eficiência da tutela jurisdicional, notadamente porque subtrai o efeito suspensivo dos recursos que possuem tal característica.

¹⁴⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres das Silva. Pag. 198

CAPÍTULO VIII

8. Restrições à tutela provisória.

Nos termos do art. 1.059 do atual Código de Processo Civil: *“À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o dispositivo nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009”*.

A lei 8437, de 30 de junho de 1992, trata das medidas cautelares contra o Poder Público. O “caput” do artigo 1º da referida lei veda a concessão de medida liminar contra o Poder Público, *“toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal”*.

O § 1º, do art. 1º, da mencionada lei, proíbe a concessão de medida cautelar no juízo de primeiro grau, quando, na via de mandado de segurança, o ato impugnado estiver sujeito à competência originária de tribunal. É o caso, por exemplo, de ato do Presidente da República e de Governadores, que, por determinação da Constituição Federal e Constituições dos Estados, devem ser impugnados perante o STF e o STJ.

A proibição prevista no § 3º, do artigo 1º, da lei em comento, esvazia a essência da tutela provisória. Isso porque, conforme a redação do dispositivo, *“não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação”*.

A finalidade da tutela provisória, sobretudo a tutela antecipada de urgência, é satisfazer prontamente o bem da vida deduzido em juízo, de modo que se revela inviável sua concessão sem que se atinja o objeto da ação.

Em prestígio ao princípio do contraditório, o § 4º do artigo 1º da referida lei determina a intimação do representante judicial da pessoa jurídica de direito público sobre

a qual tenha sido concedida medida liminar. A determinação visa possibilitar a imediata interposição do recurso cabível.¹⁴⁸

Por fim, o § 5º do art. 1º da lei restritiva, proíbe a concessão de medida liminar para os casos de “*compensação de créditos tributários ou previdenciários*”.

O artigo 2º da lei 8.437 de 1992 determina que, quando cabível a concessão de liminar no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, será necessária a intimação prévia da pessoa jurídica de direito público envolvida, a fim de que se manifeste sobre o pedido no prazo máximo de 72 horas.

A primeira observação a ser feita em relação à exigência contida no art. 2º da referida lei é que, por expressa disposição legal, só tem cabimento no mandado de segurança e na ação civil pública. A segunda observação é de que tal exigência depende da análise concreta do caso, pois, a depender da urgência reclamada, seu cumprimento poderá implicar dano irreparável a direito e, por via de consequência, violação ao princípio da eficiência.

O artigo 3º da lei 8.437 de 1992 diz respeito à atribuição de efeito suspensivo ao recurso voluntário ou *ex officio*, interposto em processo cautelar, que “*importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional*” em desfavor do Poder Público. Trata-se de exceção à regra contida no art. 1.012, §1º, inciso V, do atual Código de Processo Civil.¹⁴⁹

Ainda no âmbito das restrições à tutela provisória contra o Poder Público, cumpre consignar a proibição contida no art. 7º, § 2º, da lei n. 12.016 de 07 de agosto de 2009, relativa à concessão de medida liminar, em sede de mandado de segurança individual ou coletivo, que objetive a compensação de créditos, entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, bem como a reclassificação ou equiparação de servidores e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

¹⁴⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Pag. 271

¹⁴⁹ Idem. Pag. 271

Sobre as restrições impostas pelo art. 1.059 do Código de Processo Civil, vale destacar o entendimento de Cássio Scarpinella Bueno, que defende sua inconstitucionalidade:

“Restringir, como faz o art. 1.059, a ‘tutela provisória’ é agredir, frontalmente, o acesso à justiça garantido (expressamente) pelo inciso XXXV do art. 5º, da CF. Não há espaço para o legislador desdizer ou limitar o que lá está garantido sem qualquer ressalva. É o próprio § 1º do art. 5º da CF que dá estofo suficiente a esta resposta. Mesmo nos casos em que as regras buscam menos restringir, apenas limitar sua concessão, há inconstitucionalidade pelo que acabei de expor”¹⁵⁰

Certo é que, em determinadas situações, os princípios da proporcionalidade e efetividade deverão prevalecer sobre as restrições impostas, de modo a permitir a concessão da tutela provisória em face do Poder Público. Isto é, o magistrado deverá mensurar e ponderar os interesses *sub judice* (bem da vida pretendido pela parte e os interesses do Poder Público), sempre à luz do princípio da proporcionalidade.¹⁵¹ Toma-se, como exemplo, as tutelas provisórias nas ações previdenciárias e nas ações que impõe ao Poder Público o custeio de tratamento médico.

¹⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Pag. 273

¹⁵¹ MESQUITA, Eduardo Melo de. O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência. Curitiba: Juruá, 2006, p.212.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De um modo geral, é forçoso reconhecer que a tutela provisória trouxe um grande avanço para a dinâmica do processo, sobretudo no que diz respeito à economia e celeridade processual. Isso porque, não há mais falar em ação cautelar autônoma e independente do processo principal, com duplo pagamento de custas e despesas processuais, pois, a teor do que dispõem os artigos 303, § 3º e 308, ambos do Código de Processo Civil, o pedido principal será apresentado na forma de aditamento, nos mesmo autos, independentemente de novas custas judiciais.

A economia e celeridade processual também estão presentes na dinâmica da estabilização dos efeitos da tutela de urgência, prevista no art. 304 do Código. Deferida a tutela antecipada de urgência em caráter antecedente, o processo é extinto com a manutenção dos efeitos da decisão proferida, caso o réu dela não recorra.

Isso é, se o réu não oferecer resistência contra a decisão, não haverá necessidade de o autor ingressar com nova ação, ou, até mesmo, aditar a inicial para tornar definitiva a decisão estabilizada.

Indo além, mesmo para os casos em que não há risco ao resultado útil do processo, preocupou-se o legislador em criar mecanismo processual vocacionado a imprimir celeridade em determinadas situações. Tal mecanismo foi denominado de tutela de evidência, prevista no art. 311 do Código, que é destinada a antecipar o bem da vida pretendido, nos casos em que o direito invocado revelar-se indene de dúvida, sendo suas hipóteses de cabimento taxativamente elencadas pelo legislador.

Além de evitar abuso de defesa com nítido propósito protelatório, a tutela de evidência também confere maior prestígio e segurança jurídica às decisões proferidas com força vinculante, previstas no art. 927 do Código de Processo Civil.

Neste contexto, tem-se que a finalidade da tutela provisória não é apenas imprimir celeridade, mas sim, e acima de tudo, conferir maior efetividade ao processo, garantindo às partes a concretização de direitos, com a entrega de uma tutela jurisdicional justa.

BIBLIOGRAFIA

- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Nulidades do processo e da sentença. 6. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. A antecipação da tutela na recente reforma processual. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo. Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BERINZONCE, Roberto Omar. La Tutela anticipada em el derecho argentino. In: Storme, Marcel; Gómez, Lara Cipriano (coord.). XII Congreso Mundial de Derecho Procesal. – Obtención de información y de asunción probatoria. Procedimientos sumarios y familiares. vol.1. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 239-252.
- BRITO, Thiago Carlos de Souza. Gerenciamento dos processos judiciais: Estudo Comparado dos Poderes e Atuação do Juiz na Inglaterra, nos Estados Unidos e no Brasil. Dissertação de mestrado. Disponível em: [http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-9CKKAC/disserta_o_gerenciamento_dos_processos_judiciais_nos_eua_e_inglaterra.pdf?sequence=1]. Acesso em: 17.01.2017.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC. 2. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CALAMANDREI, Piero. Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares. Trad. Carla Roberta Adreassi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.
- CAPEZ, Fernando, et al. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência. Medidas antecipatórias e cautelares. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Tereza (organizadores). Tutela de urgência e procedimentos emergenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DA SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 38ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.
- DINAMARCO, Candido Rangel. Nova era do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela de evidência (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2011.

LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. VIII, t. 1, n.25.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Manual de Direito Processual Civil. Tradução da 4.ed. italiana por DINAMARCO, Candido Rangel. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v.I.

LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. Medidas Preventivas. 2. ed. Belo Horizonte: Bernardo Alvares, 1958.

LOPES, Maria Elizabeth Castro. O juiz e o princípio dispositivo. São Paulo: Ed. RT, 2006.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. A tutela antecipada no projeto do Novo CPC. In: Freire, Alexandre et al (coords). Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do processo e tutela antecipatória. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Tereza (organizadores). Tutela de urgência e procedimentos emergenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de tutela. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia e Janaina Marchi Medina. Guia prático do novo processo brasileiro. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

MESQUITA, Eduardo Melo de. O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência. Curitiba: Juruá, 2006.

MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no Novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil n. 63, 2014.

NUNES, Dierli e ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no Novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie (coordenador geral); MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores). Novo CPC doutrina selecionada:

procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Juspodvim, 2016. Vol. 4.

PINTO, Nelson Luiz. A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Tereza (organizadores). Tutela de urgência e procedimentos especiais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. Revista de Processo, São Paulo: RT, 2015. a. 40, v. 244.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Vol. I. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000.

YARSHELL, Flávio e Abdo, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela de evidência. In: BUENO, Cassio Scarpinella et.al (coords.). Tutela Provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.