

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Tutela Provisória no novo Código de Processo Civil

GUILHERME TROPIA PADILLA

Professor Orientador: LUIS EDUARDO SIMARDI FERNANDES

São Paulo

2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Tutela Provisória no novo Código de Processo Civil

GUILHERME TROPIA PADILLA

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de pós-graduado, sob a orientação do Professor Luis Eduardo Simardi Fernandes.

São Paulo

2015

Banca Examinadora

Prof. Orientador Luis Eduardo Simardi Fernandes

Prof.

Prof.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu professor de Processo Civil e orientador Luis Eduardo Simardi Fernandes, pela oportunidade, apoio e exemplo.

Agradeço e dedico aos meus pais, Luiz e Vania, que com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida. Exemplos de dignidade, honestidade e caráter, que durante esses anos me educaram com muita paciência, cuidado e amor, sendo os grandes responsáveis por parte de minhas escolhas e sucessos.

Agradeço também a todos do escritório Castro Souza advogados pela oportunidade e conhecimentos que me foram passados ao longo desses anos de experiência que tem permeado nosso trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar o novo sistema que será implementado quando do início da vigência do novo Código de Processo Civil em abril de 2016 quanto às novas técnicas para obtenção de medidas que requerem respostas urgentes do Poder Judiciário. Analisarei aqui pormenorizadamente todos os novos artigos comparando-os ao sistema atualmente utilizado, buscando demonstrar quais futuras interpretações serão alcançadas e quais diferenças técnicas irão adentrar no cotidiano jurídico com a nova lei. Tal estudo mostra-se de grande importância, pois se trata de um relacionamento estreito e de total dependência entre as instituições para viabilizar e garantir a plenitude da eficiência do Poder Judiciário e da estabilização das relações jurídicas.

Palavras-chave: Tutelas de Urgência. Tutelas de Evidência. Cautelares. Antecipação dos efeitos da tutela. Poder Judiciário. Efetividade das decisões. Medidas Cautelares e de Urgência. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate the new system that will be implemented when the beginning of the term of the new Civil Procedure Code in April 2016 as new techniques for obtaining measurements that require urgent answers the judiciary. I analyze here in detail all new articles comparing them to the currently used system, seeking to demonstrate that future interpretations will be achieved and what technical differences will enter in the legal daily with the new law . This study shows great importance because it is a close relationship and total dependence among institutions to facilitate and ensure fulfillment of the efficiency of the judiciary and the stabilization of legal relations.

Keywords: Emergency guardianships. Guardianship of Evidence. Precautionary. Anticipating the effects of guardianship. Judicial power. Effectiveness of the decisions. Precautionary measures and emergency. New Civil Procedure Code.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....08

CAPÍTULO I.

1.1- Introdução Histórica.....10

1.2- Tutelas Cautelares.....12

1.3- Tutelas Antecipadas.....17

CAPITULO II.

2.1- Considerações Iniciais.....23

2.2- Tutela de Urgência e Tutela de Evidencia.....28

CONCLUSÃO.....39

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....41

INTRODUÇÃO

Nosso país enfrenta há décadas uma séria e grave crise institucional no Poder Judiciário, que se mostra incapaz de se auto administrar e oferecer a mínima qualidade de atendimento jurisdicional ao povo.

Nesta declarada falência do Poder Judiciário as causas da morosidade são múltiplas e de diversas naturezas não cabendo aqui discuti-las. O jurisdicionado não é tratado com o devido respeito, nem é proporcionada a devida e esperada segurança jurídica à população. Ao contrário, essa morosidade provoca ansiedade, frustração, incerteza, e gera uma intranquilidade social, pela excessiva demora na solução das demandas judiciais.

Pesquisas realizadas recentemente atestam que esta falta de estruturação e preparos atrasam o desenvolvimento econômico do Brasil, que passa por um momento de único em sua história. A taxa de crescimento do PIB poderia ser 25% maior, se o Poder Judiciário tivesse melhor desempenho, conforme pesquisa realizada pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, publicada no jornal "A Folha de São Paulo" de 29.01.2011.

Dito isso, uma das medidas tomadas para a melhoria da prestação jurisdicional à população foi à criação de um novo Código de Processo Civil, que discutido por estudiosos, juristas, advogados, juízes, promotores, procuradores, e claro, parlamentares, veio a ser sancionado no corrente ano tendo como data prevista para entrar em vigor o mês de Abril de 2016.

Diversos novos artigos trazem à nossa prática jurídica diversas situações novas, para as quais teremos que nos preparar até sua implementação, buscando prever quais serão os novos pontos a serem discutidos, e quais novas interpretações serão propostas pelos tribunais.

Portanto, neste trabalho caberá a discussão e abordagem das tutelas antecipatórias que poderão ser utilizadas pelo novo Código de Processo Civil, que extinguirá o livro das medidas cautelares e agrupará em um único

capítulo todas as novas medidas de urgência e evidência, agora denominadas assim, cabíveis para uma melhor efetividade jurisdicional.

Assim diversas vantagens serão apresentadas. Todavia, há também uma serie de deficiências práticas a serem discutidas em sua abordagem.

Seguindo por este diapasão o presente trabalho se subdividira em duas partes, na primeira uma apresentação de todos os pontos da nova lei do Código de Processo Civil que normatizam as tutelas de urgência e o debate em cima de toda sua técnica jurídica comentando a intenção dos legisladores ao criarem tal norma legal.

E na segunda parte, analisaremos criticamente alguns pontos processuais do sistema, como a eficácia das decisões e os procedimentos de execução, bem como as medidas preparatórias e cautelares que podem vir a ser utilizadas nesses novos procedimentos, tomando como base a o atual código e toda prática processual que temos nos dias atuais.

Importante frisar que o trabalho seguirá os pontos de vista atuais dos diversos autores e doutrinadores que estudam este instituto ainda muito recente e desafiador para a dogmática jurídica, pois este ainda será posto em exercício, quando enfim teremos resultados mais concretos da interpretação jurídica à aplicação prática.

CAPITULO I

1.1 INTRODUÇÃO HISTÓRICA

Trata-se a tutela de urgência de uma matéria relativamente recente na dogmática jurídica que, contudo, cresceu exponencialmente de importância na prática forense em virtude das mudanças sociais cotidianas recentes de nossa vida em sociedade.

Quando do primeiro código processual registrado em nosso país 1939, bem como das normas anteriores a ele que regiam a prática da organização processual, a tutela jurisdicional era tida como algo de grande rigorismo que advinha de um processo judicial que não se estendia por muito tempo, atingindo a sua finalidade prática ao final do transcorrer da ação.

Naquela época a sociedade não ansiava como hoje por respostas tão rápidas do judiciário, capazes de alterarem em questão de horas as relações jurídicas entre as partes.

Com a necessidade de uma prestação jurisdicional mais rápida, doutrinadores e legisladores trouxeram ao nosso direito brasileiro a técnica processual conhecida como processos cautelares, técnica esta que pode ser utilizada até nossos dias atuais, evidentemente com muitas mudanças interpretativas já implementadas.

Por força da Lei nº 8.952/94, foi introduzido na legislação processual civil brasileira a antecipação da tutela definitiva de mérito, possibilitando ao requerente da demanda ter algum determinado resultado prático efetivo, ainda enquanto em curso a lide entre as partes e não encerrada a cognição processual, trazendo grande mudança ao cotidiano forense.

Prática essa que se dá até os dias atuais, uma vez que grande parte das lides ajuizadas em nossos tribunais dependem de liminares para conferirem efetividade e inclusive utilidade ao processo judicial.

Contudo, no Novo Código de Processo Civil já aprovado pela câmara e sancionado pela presidência da república, em razão dessa mudança social já mencionada, e de uma necessidade gritante de respostas urgentes pelos litigantes que buscam a prestação jurisdicional, foi tomada mais uma mudança em nossa legislação.

No código atual de 1973, essas matérias estão disciplinadas tanto no artigo 273, que define as antecipações de tutela, no livro próprio das medidas cautelares, além das criações e interpretações doutrinárias e jurisprudenciais que possibilitam a fungibilidade entre elas, bem como um formalismo não muito rigoroso em benefício da necessidade de ser tutelado do cidadão.

Uma vez exposto isso, a comissão de juristas que criou o Novo Código de Processo Civil que entrará em vigor no próximo ano, inovou na redação do mesmo, enxugando os artigos que normatizavam o tema e concentrando toda matéria em um capítulo apenas, abolindo o livro das cautelares como antigamente.

Exatamente sobre isso, passo agora a analisar os pontos relevantes que alterarão a matéria na ordem doutrinária e prática, uma vez que muito do que agora passa a estar positivado no novo ordenamento legal, advém de uma construção interpretativa dos tribunais de forma já pacificada, e de teses de juristas que já estavam enraizadas no nosso atual sistema legal, fator que, sem sombra de dúvidas, acarretará uma grande transformação legal para os anos futuros em que caberá aqui uma nova discussão do que poderá estar por vir.

Discutiremos a seguir o enxugamento dos artigos que regulavam a matéria, enfatizando aquilo que passará a ser letra morta e os novos problemas que poderão surgir dessa transformação prática que presenciaremos quando da entrada em vigência do novo Código de Processo.

1.2 TUTELAS CAUTELARES

Primeiramente, cabe aqui fazermos uma breve explanação teórica sobre as medidas cautelares presentes em nosso código atual, mas que contudo não estarão presentes na nova lei sancionada da forma como conhecemos hoje.

Como define Humberto Theodoro Junior¹ as cautelares são instrumentos de realização da tutela jurisdicional, uma vez que determinadas lides não podem obter seu provimento definitivo desejado de forma direta.

Para o doutrinador, a composição do conflito, chamada de lide, só pode ser ajuizada em determinados casos mediante a sequência de vários atos essenciais a sua existência, atos estes que são conhecidos como processos cautelares, e estes por sua vez podem se desenvolver previamente a lide principal ou até mesmo no decorrer dela.

Seguindo as lições de Ovídio Baptista², a tutela cautelar tem por finalidade não apenas a proteção de direitos subjetivos, mas também, pretensões de direito material, ações e exceções, quando os titulares da mesma alegarem que os interesses reconhecidos e protegidos pelo direito estejam em estado iminente de ameaça ou dano irreparável.

Assim o procedimento cautelar não é um procedimento propriamente autônomo, embora resguarde suas características processuais próprias, ele deve necessariamente estar ligado a um processo principal, desta forma, sendo cabível tanto previamente quanto durante o curso do processo ao qual se refere.

Dessa forma não se trata de uma antecipação do resultado, mas sim de resguardar o bom resultado da composição da lide principal, visto que as cautelares são medidas *conservativas*, segunda a lição mais uma vez de Humberto Theodoro Junior em seu Curso de Processo Civil, vol. II.

¹ JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de direito Processual Civil. Volume II. 47ª Edição. São Paulo.

² SILVA, Ovidio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. V.3.3.ed3 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P. 17.

Define a doutrina que as cautelares possuem alguns princípios relevantes, como a instrumentalidade, a provisoriedade, a revogabilidade e a autonomia.

O primeiro deles, a instrumentalidade, se origina exatamente do fato das medidas cautelares funcionarem exatamente como um instrumento que possibilita a interposição de uma segunda ação, consequência legal da primeira. Tanto que nesse sentido Calamandrei³ afirma que a tutela cautelar serve para “predispor o terreno e preparar os meios mais adequados para o seu êxito”, demonstrando a todos a seu caráter preparatório e acessório.

Nas palavras de Alexandre Câmara:

“É preciso ter claro o seguinte: enquanto o processo principal é instrumento de realização do direito material, o processo cautelar é instrumento de realização do processo principal. Por isso, aliás, já se disse que o processo cautelar é instrumento do instrumento.”⁴

Já quanto à provisoriedade, toda medida cautelar é caracterizada dessa forma porque nenhuma se reveste de caráter definitivo, estando diretamente vinculada ao resultado de mérito da lide principal, e este sim receberá viés definitivo, podendo ou não reafirmar o que fora decidido no provimento acautelatório.

Mesmo porque, a sentença que julga a medida cautelar não faz coisa julgada material, estando, portanto os princípios da provisoriedade e da revogabilidade, estritamente ligados.

Sendo assim, a medida concedida pode ser revogada a qualquer tempo pelo mesmo juízo que a concedeu, visto que as cautelares são sempre requisitadas sobre circunstâncias momentâneas que as fazem de estrita necessidade, mas que podem muito bem se esvaziarem de necessidade ao decorrer do tempo.

³ CALAMANDREI, Piero. Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares. Campinas: Servanda, 2000. P. 41.

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol. III. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. P.22.

Contudo, o mais contraditório é que a tutela cautelar possui autonomia para se processar exclusivamente, não interferindo na lide principal, e se processando em paralelo, uma vez que a sua improcedência, por exemplo, não impede o ajuizamento da lide principal nem sequer vinculam o resultado de seu julgamento final de mérito.

Definem também os doutrinadores que as cautelares podem ser classificadas como cautelares que asseguram bens, cautelares que asseguram pessoas ou cautelares que asseguram provas, de acordo com a necessidade e finalidade desejada para o uso das mesmas.

Em nosso Código vigente, as definições que estão positivadas são outras, diferenciando-as com típicas e atípicas ou preparatórias e incidentais, também de acordo com a destinação que caberá a elas.

Entretanto, todas essas classificações não alteram sua essência, apenas servindo para que fiquem mais claras todas as possibilidades de utilização que as medidas cautelares podem ter na prática forense.

Cabe ainda destacar aqui, que além de todas essas predefinições e possibilidades que traz a legislação processual, aos juízes ainda é conferido o chamado poder de cautela, presente no artigo 798, do código atual, em que à parte será possível pleitear ao magistrado, com base nesse poder geral de cautela, qualquer medida extraordinária a legislação que se faça necessária, podendo ter seu pleito atendido pelo juízo da causa desde que comprovado o cumprimento dos requisitos legais, requisitos estes que se fazem necessários para a concessão de toda e qualquer medida cautelar, devendo sempre ser observados atentamente pelo magistrado da causa, quais sejam, a presença de um dano em potencial que gere serio risco ao requerente da medida, também chamado de *periculum in mora*, e simultaneamente que exista uma plausibilidade do direito invocado conhecida como *fumus boni iuris*.

Desta forma, ao autor que pleiteia qualquer medida cautelar caberá demonstrar no ato da interposição da mesma, o preenchimento destes dois requisitos em conjunto, bem como, e aqui também se trata de requisito legal,

que o autor já na petição inicial desenvolva uma breve exposição dos fatos e do direito que será posto em lide na ação principal, de forma a contextualizar a medida cautelar.

Cabe aqui ressaltar que as medidas cautelares devem, como regra, ser ajuizadas no juízo de competência da causa principal que será posta em discussão, como forma de unificar a causa toda em torno de um só juízo.

Ademais, outro aspecto de suma importância quanto à matéria das medidas cautelares está regulamentado no artigo 805, porque dele surge a interpretação pacificada já pela jurisprudência que, dentre todas as espécies de cautelares previstas, pode se aplicar a fungibilidade entre elas, assim como sob a tutela antecipada também.

Como regra, a fungibilidade permite ao magistrado da causa em benefício da parte judicante receber uma medida cautelar pela outra, substituindo-as ou até mesmo convertendo um pedido de antecipação de tutela em medida cautelar ou vice versa, como melhor entender para o aproveitamento dos atos do processo.

No entanto, na prática, a fungibilidade se apresenta de forma mais complexa, uma vez que para se adentrar com um procedimento cautelar é necessário o recolhimento de custas processuais, existindo ainda o risco de uma condenação de sucumbência da lide cautelar ao final. Nos pedidos de antecipação de tutela os advogados se viam livres de tais problemas, gerando assim, este instituto, um desequilíbrio prático no sistema.

Por esse prisma, um instituto que deveria abranger um leque de possibilidades benéficas aos litigantes acabou por sacramentar o desuso do processo cautelar em grande parte.

Nesse sentido inclusive muito bem comenta Fredie Didier Junior:

“É possível agora sem mais qualquer objeção doutrinária, a concessão de provimentos cautelares no bojo de demandas de conhecimento. Não há mais necessidade de instauração de um processo com objetivo exclusivo de obtenção de um provimento acautelatório: a medida cautelar pode ser concedida no processo de

conhecimento, incidentalmente como menciona o texto legal. A redação do dispositivo é bem clara: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautela em caráter incidental no processo ajuizado”.⁵

Essa fungibilidade, inclusive, e seu efeito prático desde sua entrada em vigor, juntamente com o movimento de sincretismo processual que influencia nosso atual período, é que foram determinantes para as alterações realizadas para o novo código quanto a essa matéria.

Cabe por fim ainda destacar que o procedimento previsto para as medidas cautelares é específico, possuindo uma celeridade maior que a do procedimento ordinário, com a finalidade de justamente ter uma maior celeridade para o exaurimento da cognição, possibilitando o ajuizamento da lide principal, que como regra geral, deverá ser distribuída dentro do prazo de trinta dias após a conclusão do processo cautelar.

Neste procedimento é possível à interposição de todos os recursos previstos em lei, como via de regra, contudo estes não receberão os mesmos efeitos que os recursos interpostos nas vias ordinárias, para viabilizar o andamento da lide principal sem percalços.

Estas são em síntese as considerações necessárias a respeito do processo cautelar presente no nosso código atual, mas que desaparecerá quando da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil.

⁵ JORGE, Flavio Cheim, JUNIOR, Fredie Didier, RODRIGUES, Marcelo Abelha, A nova reforma processual, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003. p. 85.

1.3 TUTELAS ANTECIPADAS

Em nosso ordenamento jurídico até o ano de 1994, a tutela antecipada só era prevista em casos excepcionais taxativamente descritos em lei, e possuíam a conotação de liminares, como por exemplo, nos mandados de segurança e em ações de reintegrações de posse.

Contudo, como já mencionado aqui anteriormente, desde a instituição do Código de 1973 foi possibilitado aos juízes pelo artigo 798 a concessão de medidas cautelares atípicas com base no poder geral de cautela.

A partir dessa premissa foi relevada uma lacuna legal suprida interpretativamente por juristas, através da qual advogados passaram a requerer judicialmente diversas medidas cautelares atípicas com base no poder geral de cautela, só que com natureza satisfativa, o que significava um desvirtuamento do instituto em benefício de seus clientes.

Tal prática se disseminou rapidamente porque atingia resultados práticos muito além dos possibilitados pela legislação, passando a ser amparados pela jurisprudência dos tribunais que reconheciam essa necessidade dos postulantes em detrimento do formalismo legal.

Tanto é verdade que José Roberto dos Santos Bedaque comenta que:

“O abuso da cautelar antecipada ocorreu não só no Brasil. Em países onde existem regras semelhantes ao nosso art. 798, também se verificou esse uso possivelmente indevido do mecanismo cautelar, para concessão de tutelas de urgência não cautelares. Talvez esse seja o principal motivo por que a doutrina nacional rejeita a cautelar antecipatória, tal como imaginado por Calamandrei, bem como tende a restringir essa modalidade de tutela àquelas medidas de natureza conservativa”.⁶

⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumarias e de urgência (tentativa de sistematização), 3 ed., cit., p. 292.

Portanto, o que iríamos chamar mais tarde de tutelas antecipadas satisfatórias, eram medidas conhecidas e requeridas na época como medidas cautelares através do preenchimento dos requisitos do *fumus boni iuris e periculum in mora*, como por exemplo, nas cautelares de sustação de protestos.

Sob esse contexto histórico, a reforma legal introduzida pela Lei nº 8.952/1994 alterou os artigos 273 e 461 do nosso atual código passando a viabilizar o poder geral de antecipação satisfativa dos efeitos da tutela dentro da ação principal que transcorria pelo procedimento ordinário.

Dessa forma, possibilitou aos postulantes o ajuizamento de uma única ação em juízo, como conhecemos hoje, em que na petição inicial da ação ordinária, se acrescenta um capítulo destinado exclusivamente à antecipação dos efeitos da tutela.

Então, a partir da verossimilhança das alegações e do risco de dano irreparável ao postulante, requisitos novos criados pela legislação, o juiz pode conceder determinações de cunho prático com obrigações de fazer ou não fazer ou entregar coisa, visando evitar um prejuízo irreversível futuramente.

Quanto a essa antecipação dos efeitos discutiu-se por muito tempo criticando referido instituto se ela não seria uma forma de julgamento antecipado da lide, conquanto hoje já se tenha de forma pacificada que a tutela antecipada embora também tenha natureza satisfativa não pode ser confundida nem questionada sob esse prisma.

Em sua definição:

“A tutela antecipada é uma tutela jurisdicional provisória (precária e temporária), urgente e fundada em cognição sumária. Satisfaz antecipadamente o direito deduzido. Prestigia os valores da efetividade e celeridade. O julgamento antecipado da lide é a decisão que concede tutela jurisdicional definitiva, fundada em cognição exauriente. Esse julgamento diz-se antecipado, tão-somente, pelo fato de a atividade cognitiva necessária ser mais restrita, dispensando fase de instrução”.⁷

⁷ JUNIOR, Fredie Didier. Curso de direito Processual Civil. Volume II. 2ª Ed. Bahia. Editora Podivm. 2008 p. 616.

Resumindo de maneira prática, o uso da tutela antecipada significa simplesmente acelerar os efeitos de uma provável sentença favorável no futuro, desde que comprovados os requisitos necessários para tanto, assim conferindo uma melhor prestação de serviço jurisdicional a quem postula e não pode esperar por toda cognição exauriente para ter seu direito tutelado, de forma exatamente semelhante à mesma intenção e fundamento dados as cautelares antigamente.

O doutrinador José Miguel Garcia Medina afirma em sua obra que a tutela antecipada é modalidade de tutela de urgência concedida com base no artigo 273 inciso I do Código de Processo Civil. Contudo, a seu ver, uma vez que a tutela seja concedida com base no inciso II do mesmo artigo, não há necessidade de se verificar a urgência, pois o pedido deverá estar fundamentado exclusivamente sobre o abuso de direito ou no manifesto propósito protelatório⁸.

Podemos dizer então que as tutelas antecipadas possuem dois requisitos e dois pressupostos legais, os quais alguns doutrinadores nomeiam de forma diferenciada, variando entre requisitos alternativos, específicos dentre outros, de acordo com a teoria de cada autor.

Para nós, o fundamental já está expresso no texto do código atual, na forma de pressupostos legais contidos no caput do artigo 273, quais sejam a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações. Como já pacificado, para que o postulante consiga antecipar os efeitos da tutela como pleiteado, é rigorosamente necessário que traga aos autos imediatamente a sua pretensão, qualquer prova que fundamente o seu direito, a fim de que o juiz possa analisar e concluir pela verossimilhança da alegação.

Sendo assim, a concessão da tutela está sempre diretamente condicionada à comprovação nos autos, mesmo que não de forma exauriente, de que o postulante convença ao magistrado da veracidade daquilo que esta sendo pleiteado por provas robustas, que configurem previamente a instrução processual de que o autor terá aquele direito ao final da lide provavelmente.

⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. A sentença declaratória como título executivo. Revista de Processo, São Paulo: RT, 2006.

No entendimento jurisprudencial, essa prova não precisa necessariamente ser documental, sendo aceito qualquer tipo de prova, desde que a mesma possua credibilidade para convencer ao magistrado da causa.

“Prova inequívoca é pura simplesmente prova com boa dose de credibilidade que forneça ao juiz elementos robustos para formar sua convicção provisória”.⁹

Cumulativamente a este pressuposto, exige o código, também, que os efeitos da tutela a ser concedida sejam reversíveis, visando evitar prejuízos e abusos de direito sobre a aplicação da norma.

Observa-se no texto legal que o objeto da concessão da tutela obrigatoriamente terá de ser regressivo ao *status quo* em caso de revogação da ordem judicial para prevenir que sejam cometidos equívocos insanáveis através da tutela antecipada.

Entretanto, há de se considerar que em certos casos, podemos dizer que a irreversibilidade da tutela tanto poderá ser arguida pelo autor postulante como pelo réu que deverá cumpri-la, como por exemplo, no caso de uma ação que verse sobre a obrigação de prestação de serviços médicos a um paciente enfermo que poderá não sobreviver em caso de não atendimento.

Nesta hipótese, assim como em outras diversas, fica nitidamente configurado um conflito de interesses, em que se entende por bem uma flexibilização deste pressuposto, desde que analisados pelo juízo os direitos que estão envolvidos na causa, cabendo ao magistrado fazer uso da sua razoabilidade e proporcionalidade para a melhor resolução da controvérsia.

Imperioso ressaltar que, quanto a isso, sempre se deve privilegiar a efetividade da tutela com sua antecipação, em prejuízo da segurança jurídica da parte contrária, que futuramente poderá buscar seu ressarcimento em outra demanda comprovando a irreversibilidade da decisão cumprida e o prejuízo obtido.

⁹ ASSIS, Carlos Augusto de. A antecipação da tutela, 2001, p144.

Sobre o tema:

“Não se pode entender tal solução como regra geral. Somente cabe sua adoção em condições de absoluta excepcionalidade, ou seja, quando ficar evidenciado que, sem a antecipação, o direito provável, sofre sério risco de perecer. Mesmo porque, se as perdas e danos constituíssem alternativa normal raramente haveria situação irreversível, pois todo o prejuízo causado pela antecipação seria, em tese, passível de ressarcimento”.¹⁰

Além destes pressupostos, subentende-se que ainda existem dois requisitos para a concessão da tutela antecipada, já mencionados anteriormente, os quais atuam alternativamente, pois resguardam hipóteses diferentes de aplicação.

O primeiro requisito, definitivamente muito mais usual, é o perigo na demora da concessão da tutela, e está descrito na lei como receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Nele a doutrina exprime o mesmo raciocínio utilizado do *periculum in mora* das cautelares em que a demora na concessão de alguma medida reparadora ou protetora poderá trazer um maior prejuízo ao requerente da mesma, sendo fundamental uma pronta resposta para efetivação da justiça.

Por outro lado, o inciso II do artigo 273 prevê a concessão de antecipação da tutela em casos de abuso do direito de defesa e quando manifesto direito protelatório do réu, que nada mais é do que mais um instituto previsto que visa garantir um bom andamento aos processos, como aqueles que determinam as multas por litigância de má-fé dentre outros.

Esse segundo pressuposto tem um nítido caráter inibitório, desempenhando sua função em muito menor número de vezes em relação à primeira hipótese.

A Lei Federal nº 10.444/2002 trouxe outra alteração fundamental na prática forense instituindo também a fungibilidade dentre a tutela cautelar e a antecipada satisfativa, acolhendo-se a teoria do processo sincrético com aproveitamentos dos atos processuais levando-se em consideração o princípio da

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos. Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumarias e de urgência (tentativa de sistematização), 3 ed., cit., p. 433.

razoável tempo de duração do processo, como ensina o professor Humberto Theodoro Junior:

“Não se deve, portanto, indeferir tutela antecipada simplesmente porque a providencia preventiva postulada se confundiria com a medida cautelar, ou rigorosamente, não se incluiria, de forma direta, no âmbito do mérito da causa. Havendo evidente risco de dano grave e de difícil reparação, que possa, realmente, comprometer, a efetividade da futura prestação jurisdicional, não cometerá pecado algum o decisório que admitir, na liminar do artigo 273 do CPC, providências preventivas que, com mais rigor, deveriam ser tratadas como cautelares. Mesmo porque as exigências para o deferimento da tutela antecipada são maiores do que as da tutela cautelar”.¹¹

Pela análise do dispositivo, o que se pressupõe é que o juiz possa apenas deferir a cautelar a título de antecipação de tutela. No sentido contrário, doutrinadores acreditam no duplo sentido da fungibilidade. Dentre eles está o Prof. Cândido Rangel Dinamarco, que afirma “Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis, isso significa que tanto se pode substituir um por outro, como outro por um” (DINAMARCO, 2002).

Atualmente, como observamos com o presente trabalho, a busca por eficiência processual vem sendo uma constante. Desta maneira, pontos como a economia processual e a duração do processo em si são amplamente discutidos. Não poderia ser diferente com relação às fungibilidades, sendo natural representem uma alternativa prática, posto que a tutela antecipada é célere com relação à cautelar e acaba por trazer a segurança esperada de maneira simplificada.

¹¹ THEODORO Jr. Humberto. Tutela de emergência. Antecipação de tutela e medidas cautelares. O processo civil no limiar do novo século. Rio de Janeiro. Forense, 1999 p. 94.

CAPITULO II

TUTELAS PROVISÓRIAS

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para entendermos a tutela provisória, primeiramente é preciso compreender o antônimo da mesma, que é a tutela definitiva, compreendida como o tipo de tutela que se pretender alcançar ao final do provimento jurisdicional.

A tutela definitiva é aquela que representa o bem material ou imaterial, a pretensão, o pedido final da lide, em que o autor da demanda estará satisfeito com a prestação jurisdicional efetivada. Podemos dizer que a tutela definitiva pressupõe a exaustão da cognição processual.

Essa tutela definitiva, no ensinamento de Fredie Didier Jr., pode ser subdividida em dois grandes grupos, que são as tutelas satisfativas e as tutelas cautelares.

Dentre esses dois grupos, as tutelas satisfativas são aquelas em que o processo atinge a sua finalidade lógica, obtendo-se o bem da vida desejado ao final da lide, enquanto as tutelas cautelares visam garantir e possibilitar um meio de se buscar em outra ação a pretensão necessária, desta forma resguardando direitos.

Na visão do mesmo doutrinador, a tutela provisória é igual à tutela definitiva, no entanto, a mesma se dá ainda em cognição sumária na lide, de forma provisória, sem que o juiz tenha ouvido a todas as partes envolvidas ou se quer tenha tido contato com as provas que virão a ser produzidas.

Contudo, não havendo distinção entre as tutelas definitivas e provisórias no sentido de sua abrangência de atuação ou aplicabilidades, sendo possível a obtenção de uma pela outra, apenas divergindo quanto ao seu momento cognitivo.

O legislador, ao elaborar a redação do Novo Código de Processo Civil, ao invés de manter a antiga formatação usada no Código de 1973, decidiu agrupar toda matéria de tutela provisória em um único livro, de número V, em que a partir de agora, tanto o antigo artigo 273 como o antigo livro das cautelares e o art. 804, passam a figurar em uma única sequência dos artigos 294 a 311.

Nesses artigos o legislador não diferencia mais as tutelas provisórias como antes, distinguindo cautelares e antecipadas, atribuindo os mesmos requisitos e normas a concessão de ambas as categorias, que passam a constar agora como distintas somente na doutrina, buscando assim uma maior facilidade e acesso à justiça.

Portanto, esse livro V foi criado exclusivamente para facilitar a normatização da matéria, unificando todo gênero nele, para uma mais fácil compreensão.

Nessa mesma linha José Roberto dos Santos Bedaque define:

“O livro V passou a denominar-se ‘Da tutela provisória’, visto que trata deste gênero de tutela jurisdicional, cujas espécies são de tutelas urgentes e as não urgentes. Aquelas – tutelas de urgência – podem ser cautelares ou antecipadas, e são reguladas pelo título II do Livro V. Nesse título II há dois capítulos. O primeiro versa sobre o procedimento da tutela antecipada requerida antes da propositura da demanda principal. O segundo contém regras sobre a tutela cautelar pleiteada também em caráter antecedente.

Já as tutelas não urgentes recebem a denominação de tutela de evidência. Todas têm em comum, ao menos o princípio, natureza provisória. E constituem técnicas destinadas a assegurar a efetividade da tutela jurisdicional. Encontram-se previstas no Título III do Livro V. Essas providências, todas aprovadas pelo Senado Federal, tem por objetivo facilitar a compreensão do instituto e, principalmente, afastar interpretações formalistas, que acabam comprometendo sua finalidade.”¹²

¹² Bedaque. José Roberto dos Santos. Tutela Provisória. Revista do Advogado AASP. O Novo código de Processo Civil. Ed. Nº126. P. 137.

Assim, pode-se dizer que agora, com a vigência do novo código, que não tivemos grandes alterações estruturais que envolvessem as tutelas provisórias, tendo ocorrido na verdade, uma reestruturação daquilo que já vinha sendo pacificado e entendido na prática forense, com algumas alterações que discutirei a seguir.

A primeira observação a ser feita quanto à reestruturação do sistema, é que o legislador optou por agrupar dentro do mesmo gênero chamado tutelas provisórias, tanto as tutelas satisfativas quanto as tutelas cautelares.

O código impõe, também, expressamente que as tutelas provisórias podem ser pleiteadas tanto de forma antecedente quanto de forma incidental, quer dizer, a qualquer tempo durante o curso da ação, desde que preenchidos os requisitos para sua concessão, sendo necessário aqui apenas destacar que quanto às tutelas de evidência, que abordarei a seguir, logicamente por seu fundamento legal, a mesma só será cabível de forma incidental, pela sua natureza jurídica.

Ademais, ao contrário do que se considerava possível no código atual, a nova legislação processual expressa também à necessidade de requerimento da parte para pleitear seu direito, não sendo assim mais viável a concessão de medidas cautelares de ofício por parte do juízo.

Seguindo com as premissas gerais das tutelas provisórias, ressalto aqui que o recurso cabível para se atacar qualquer decisão que concede, denega ou deixa de apreciar a tutela continua sendo o agravo e instrumento pelo artigo 1.015, inciso I, este que passará a ser obrigatório para se evitar a estabilização da tutela como falarei a diante. Contudo quando a decisão for concedida em sede de sentença, quando assim como hoje, deverá ser combatida através de apelação, que agora está regulamentada no artigo 1.013.

Outro ponto relevante, é que o legislador em sua técnica nova optou por não manter expresso na letra da lei a fungibilidade tão discutida anteriormente. Contudo, até a presente data, quase todos os doutrinadores que já vem apresentando seus comentários ao novo Código, expressam em seu entender que não haveria motivos de não aceitar mais a fungibilidade, uma vez que o instituto esta

realmente enraizado em nossa cultura jurídica e na jurisprudência, para o benefício dos litigantes e do aproveitamento dos atos processuais.

Desta feita, acredito que mesmo não subsistindo mais de forma expressa, a fungibilidade continuará sendo aceita uma vez que o Código novo também não veda a mesma, e agrupa quase todas as formas técnicas de antecipação dos efeitos da tutela em poucos artigos, que agora não possuirão mais distinções.

Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno reflete que a fungibilidade passa estar presente como um princípio basilar da efetividade da tutela, não necessitando mais estar expresso nos artigos específicos, e além disso, o próprio código passou a não fazer mais distinções de tipos e objetos como antes, caminhando o entendimento em direção de uma única tutela de urgência sem mais formalidades restritivas.

O princípio da provisoriedade, também já mencionado anteriormente, continua mantendo no texto legal resumido no artigo 296 aquilo que era subdividido antes nos artigos 273, § 4º e 807. É necessário, portanto, que essa provisoriedade conferida às tutelas provisórias seja ainda reafirmada em sentença, ou agora estabilizada, como debaterei a seguir, para que seus efeitos sejam considerados como definitivos, podendo assim serem revogados ou modificados a qualquer tempo. Logicamente, todas as decisões que concederem revogarem ou modificarem qualquer tutela provisória, deverão ser claramente fundamentadas pelo juízo, assim como é hoje.

Na nova técnica processual o poder geral de cautela conferido aos magistrados fica mantido e também é reagrupado nesse novo Livro V que contem os artigos das tutelas provisórias, sendo de grande importância para a efetividade do sistema processual, que ao magistrado seja possível determinar medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela na prática.

Daí portanto a maior diferença em relação ao código atual, pois ao juiz não será mais permitido de ofício editar qualquer providencia útil ao resultado pratico da causa, porem caso haja requerimento da parte, o magistrado deverá decretar de pronto medidas efetivas que garantam o resultado final da demanda.

Nesse sentido, Misael Montenegro fazendo um contraponto as alterações do novo Código de Processo Civil ressalta que:

“Além disso, percebemos que o legislador preferiu disciplinar a tutela de urgência apenas no gênero, propondo a implosão do sistema que prevê a coexistência de cautelares típicas (arresto, sequestro, busca e apreensão, alimentos provisionais, justificação, notificação, protesto, dentro outras) e de cautelares atípicas. O nomen juris não tem mais qualquer importância, sendo suficiente a demonstração do preenchimento dos requisitos que autorizam a concessão da tutela de urgência”.¹³

Portanto, o legislador optou claramente por dar ênfase a uma regra geral de muita força prática conferida aos magistrados, em detrimento de um formalismo rígido que dificultava a atuação e a interpretação do direito, tendência essa que já havia ganhado força há muitos anos em nossa jurisprudência e doutrina processuais.

Por fim, frisa-se aqui que o legislador subdividiu a tutela provisória em dois títulos, sendo o primeiro deles e com certeza o que será de maior relevância, como tutelas de urgência, no qual esta inserida tanto a tutela antecipada como a tutela cautelar como conhecidas hoje, ficando para o segundo título a tutela de evidência, a qual deriva dos parágrafos do atual artigo 273, baseando a antecipação dos efeitos da tutela no abuso do direito de defesa como exposto a seguir.

¹³ FILHO, Misael Montenegro. Projeto do Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 275.

2.2 A TUTELA DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA

Consolidada no artigo 300 do Novo Código de Processo Civil, a tutela de urgência nada mais é que um gênero novo atribuído pelos legisladores para abranger em um único instituto e artigo de lei, tanto a tutela antecipada quanto a tutela cautelar.

Assim, a tutela de urgência passa a ser o instituto legal que viabiliza a parte requerente pleitear toda e qualquer providência necessária que seja capaz de alcançar um resultado prático, ainda em cognição sumária, de forma rápida, a fim de garantir a satisfação futura da prestação jurisdicional.

Dentro deste instituto está inserida grande parte das características já discutidas neste trabalho quando abordada a antecipação da tutela e das medidas cautelares. Contudo, com a unificação do sistema, visou-se simplificar sua aplicabilidade e principalmente sua eficiência prática, para um processo civil de respostas rápidas e eficientes ao jurisdicionados.

Uma das principais alterações trazidas na nova lei, se dá quanto aos requisitos de concessão da tutela de urgência, que agora não fica mais condicionada à prova inequívoca e à verossimilhança da alegação como mencionado anteriormente. A partir da vigência do novo Código a letra da lei traz um novo requisito, chamado de probabilidade do direito, que segundo a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier é:

“A probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica – que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos”.¹⁴

¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, coordenadores. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 782.

E mais:

“O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder a tutela provisória”.¹⁵

A rigor, trata-se mais de uma alteração semântica que visa facilitar a compreensão do instituto do que uma alteração técnica para o preenchimento das condições de concessão. Contudo deve ser ressaltado aqui que com uma expressão mais ampla regulamentando o requisito, ficará muito mais a critério de cada juízo que analisará caso a caso, do que nas mãos dos advogados que visavam descrever o preenchimento de cada requisito detalhadamente para ter sua antecipação concedida.

O segundo requisito legal também foi alterado contextualmente. Aonde se descrevia como necessário o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, agora está descrito como perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Nesse sentido, os doutrinadores que já comentaram a respeito do tema, enfatizam que a expressão perigo de dano é um retrocesso ao nosso sistema processual, pois se trata de uma expressão muito ampla que abrangerá muitas situações não tuteladas anteriormente, gerando insegurança. Por outro lado se deve reconhecer que a adição da expressão risco ao resultado útil do processo confere importantíssima garantia de efetividade à prestação jurisdicional, permitindo que magistrados antecipem medidas ao início do processo cognitivo que resguardarão a efetividade de uma futura execução, por exemplo, isso dentro de um conceito mais apropriado do que a execução provisória da sentença.

Outro ponto que merece destaque está no § 1º, pois agora com a unificação das tutelas em um único gênero fez com que a nova lei determinasse a aplicação de caução para a concessão da tutela de urgência a critério do juízo em todos os casos, sendo que no atual sistema, a caução apenas era necessária nas medidas cautelares. Apenas a prática irá demonstrar se o entendimento da jurisprudência será pela aplicação como regra das cauções para garantirem o juízo, ou se a norma continuará a ser aplicada como antes.

¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, coordenadores. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 782.

Entretanto, alguns doutrinadores já ressaltam que uma vez garantido o juízo através de caução, os juízes poderão decretar medidas antecipatórias muito mais fortes e eficientes do que hoje sem tanto receio de exagerar na medida que poderia vir a ser irreversível mais tarde, tornando o processo mais forte e rápido se bem administrado.

Ademais a nova redação do §3º do artigo 300 agora veda expressamente a concessão da tutela de urgência em caso de irreversibilidade daquilo pleiteado, mesmo com a prestação de caução nos autos, deixando nítida a intenção do novo Código de privilegiar a irreversibilidade do direito do réu em detrimento da probabilidade de um direito futuro do autor da demanda, não deixando mais esse julgamento em posse do julgador, o que trata consequências inovadoras no sistema.

Antes o artigo 273 2§ possibilitava ao juiz uma avaliação da proporcionalidade entre os direitos atingidos e pleiteados na causa concreta, o que a partir de agora fica expressamente vedado pela lei, sendo afastada essa discricionariedade dos magistrados.

Em suma, a letra da lei praticamente não é alterada de um artigo para o outro no que diz respeito a irreversibilidade da medida pleiteada, contudo a interpretação dada pela jurisprudência, inclusive pacificada pelos tribunais superiores de que cabe ao magistrado a interpretação da proporcionalidade entre os direitos atingidos no processo para verificação da irreversibilidade em contraponto a efetividade da medida tutelada é que fica vedada segundo a nova interpretação.

Portanto, resumindo o tema, assim como fez em quase todas as suas alterações legais, o legislador poderia muito bem ter inserido na norma legal o entendimento jurisprudencial já definido pelos tribunais de que possível a interpretação dos direitos para concessão da tutela, contudo como assim não o fez, a nova doutrina vem entendendo que não será mais possível tal medida, ficando vedada a sua prática, entretanto isso apenas será resolvido a partir do momento em que os tribunais voltem a decidir sobre a matéria, e que provavelmente o entendimento se dará igual ao já pacificado hoje.

Nesse sentido:

“Tendo a técnica antecipatória o objetivo de combater o perigo na demora capaz de produzir um ato ilícito ou um fato danoso – talvez irreparável – ao direito provável, não há como não admitir a concessão dessa tutela sob o argumento de que ela pode trazer um prejuízo irreversível ao réu. Seria como dizer que o direito provável deve sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao direito provável – o que é obviamente um contrassenso”.¹⁶

Na sequência, o Código novo faz menção a algumas cautelares típicas do nosso sistema atual a título exemplificativo apenas, pois no mesmo artigo 301, fica constatado que toda e qualquer medida assecurativa de direitos poderá ser pleiteada, estabelecendo uma conexão ao nosso processo atual, uma vez que fica expresso que comprovada a probabilidade do direito e o perigo na demora, qualquer cautelar típica ou atípica poderá ser pleiteada em juízo, sem mais os requisitos e ritos próprios anteriores, facilitando o acesso à justiça.

Cassio Scarpinella Bueno faz duras críticas quando faz menção ao novo Código, defendendo que o texto da lei em sua natureza originária era reformador e estabelecia diversas novidades boas, contudo devido a longa tramitação do processo legislativo e as várias interferências que atuaram durante a sua aprovação legal, fizeram com que alguns retrocessos fossem restabelecidos.

Sob esse prisma, diz o autor quanto as cautelares típicas previstas ainda nos novos artigos, que ao enumerar citando algumas das hipóteses antigas de cautelares típicas, apenas trará confusão ideológica entre os aplicadores do direito, sendo que uma simples expressão possibilitando que a parte ingresse suplicando pela medida cabível necessária bastaria para suprir a lacuna das cautelares típicas, ficando a nomeação dela no texto legal como um retrocesso ideológico, pois manterá a nova lei em sua aplicação vinculada aos antigos institutos que não eram mais eficientes em si mesmos.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. coordenadores. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 783.

Em contrapartida a todos esses aspectos facilitadores ao acesso a tutela de urgência, para maior estabilidade jurídica do processo, o legislador manteve a responsabilização do autor pela tutela concedida que venha a gerar danos ao réu e depois venha a ser improvida em cognição definitiva.

Com certeza as duas maiores inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil se dão quanto ao procedimento para se pleitear a tutela de urgência de forma antecipada, ou seja, antes da propositura da lide principal, e a sua estabilização.

O artigo 303, com redação totalmente inovadora e sem nenhuma correspondência as legislações anteriores, possibilita ao autor da lide distribuir a petição inicial contendo apenas os requisitos para a concessão da tutela, juntamente com uma breve exposição da lide que será ajuizada posteriormente e uma simples indicação daquilo que será o pedido final da demanda, viabilizando assim uma apreciação urgente ao juízo sem nem ao menos ter de constar tudo aquilo que fará parte da petição inicial futura.

Contudo, no próprio artigo 300 em seu inciso I está expresso que deverá o autor após o prazo de 15 dias complementar a sua fundamentação instruindo a inicial com documentos, bem como será necessário reafirmar o pedido principal da ação sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito.

Esta novidade está sendo tratada pela doutrina como automatização da antecipação da tutela, uma vez que a mesma poderá ser proposta de forma independente e antes do resto da ação. Todavia, isto apenas se dará quanto à tutela de urgência, não sendo aplicável ao procedimento das tutelas de evidência que serão expostas a seguir.

Assim, a tutela de urgência ganha dois aspectos de relevante importância, a sua automatização e a sua estabilização, esta segunda que nada mais é do que a perpetuação dos efeitos da tutela concedida, desde que não recorrida pelo réu, até que a medida seja revogada ou modificada a qualquer tempo.

Esta estabilização não terá força de coisa julgada, uma vez que a decisão fora tomada em cognição sumária, possivelmente até

sem o contraditório. Porém, essa mesma decisão que antes tinha enfatizada sua provisoriedade, tomará caráter estável, surtindo efeitos extraprocessuais e efetivos.

Dessa forma, podemos definir a estabilização da tutela como uma decisão sumária em favor do autor da demanda, em que o réu não manifestou seu inconformismo nos autos, possibilitando a continuidade dos efeitos da antecipação por tempo indeterminado.

Destaco que esta estabilização apenas poderá obter força de coisa julgada quando o autor prosseguir com a ação, e após o julgamento de mérito seja proferida sentença favorável confirmando a tutela de urgência concedida.

Como ensina Eduardo Talamini, a técnica da estabilização de uma liminar foi introduzida em nosso ordenamento jurídico quando da inserção da ação monitória em nosso Código atual. Note, que quando um autor ingressa com uma ação monitória em face do réu, ele visa única e exclusivamente à cobrança de uma dívida que ainda não pode ser considerada como título executivo por não ter liquidez e certeza como regra. Contudo, na ação monitória, caso o réu não conteste a petição inicial, a mesma será convertida instantaneamente em título, prosseguindo-se a lide pelo rito das execuções.

Portanto a estabilização da tutela de urgência funciona exatamente sob o mesmo conceito, já que uma vez que o réu não demonstrou interesse em contestar os fatos apresentados, o autor passará imediatamente a poder usufruir o bem da vida pretendido liminarmente até que uma das partes tome alguma providencia em sentido contrário.

O que de fato poderá gerar agora novas discussões sobre o tema, podemos dizer que são, por exemplo, os honorários advocatícios que serão arbitrados sob a causa, uma vez que tanto autores e réus podem muito bem não ter interesses jurídicos em alterar o resultado da liminar. Além disso, o próprio artigo determina que caso o recurso cabível não seja interposto, bem como o autor não manifeste seu interesse de aditar a petição inicial prosseguindo com o processo, o mesmo deverá ser extinto de pronto, estabilizando os efeitos da tutela concedida.

Em artigo redigido por Fredie Didier Jr., o doutrinador baiano cita o exemplo em que o autor ingressa com uma lide pedindo

anteriormente a tutela de urgência, pretendendo a retirada imediata de seu nome de um cadastro de proteção ao crédito, e uma vez obtida a concessão da ordem, as partes não teriam mais interesse no prosseguimento do processo já que o autor encontra-se com o nome positivado novamente. Nesse caso, a lei é omissa nesse sentido, mas na sentença de extinção, deverá condenar o réu ao pagamento de honorários pelo princípio da causalidade.

Ademais, o código trata de forma geral e irrestrita a estabilização da tutela de urgência, sendo aplicável a qualquer parte no processo. Entretanto, alguns doutrinadores já destacam que em caso de inércia no polo passivo da lide por parte da Fazenda Pública, a estabilização deveria ser mitigada, em razão do bem público comum a todos, e os danos ao erário que isso pode gerar.

Define Heitor Vitor Mendonça Sica em sua obra que:

“O objetivo primordial da técnica é tornar meramente eventual e facultativo o exercício de cognição exauriente para dirimir o conflito submetido ao Estado-Juiz, desde que tenha havido antecipação de tutela e que o réu não tenha contra ela se insurgido. Sumarizam-se, a um só tempo, a cognição e o procedimento”¹⁷.

Defende o autor, outro ponto relevante a ser discutido, pois em seu entendimento, a tutela não estabilizada ainda é provisória, devendo ser executada provisoriamente, portanto. Uma vez estabilizada a tutela antecipada, a mesma, ainda que dentro do prazo para sua imutabilidade que é de dois anos, já poderá ser executada de pronto de forma definitiva. Este prazo inserido no § 5º do artigo 304 também certamente será alvo de discussão, já que não deixa claro se depois de decorrido, a tutela estabilizada terá ou não força de coisa julgada.

No entender do mesmo doutrinador ainda, a tutela de urgência estabilizada não terá força de coisa julgada material mesmo decorrido o prazo, uma vez que não passou por juízo de mérito para ser concedida. Contudo, enfatiza o autor que o direito de contestar ou atacar a tutela estabilizada já teria

¹⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Revista do Advogado – O novo Código de Processo Civil. AASP 2015, Ed. n.º 126 p. 117.

caducado de direito através da decadência, ficando o réu inerte sem mais medidas que possa tomar para reverter seu direito.

Dessa forma, a automatização da tutela de urgência, bem como a estabilização, são as duas novas características mais marcantes do novo CPC que trarão à tona novas interpretações e celeumas à nossa prática forense. Mesmo já sendo muito conhecidas em outros países, as duas refletirão em nosso cotidiano mudanças muito significativas e de consequências práticas, às quais devemos estar abertos.

Professor Humberto Theodoro Junior acredita também sobre o tema da estabilização, que ao contrario da exposição de motivos do código e da intenção do legislador, não teremos uma diminuição de causas em nossos tribunais, e o numero de processos continuara a subir.

E pior, além do numero de ações continuarem crescendo como ocorre hoje no código atual, o numero de recursos interpostos em função da estabilização das tutelas acarretará um grande volume de trabalho aos tribunais, uma vez que antes mesmo de contestarem as ações os advogados dos réus serão obrigados a agravarem das decisões liminares para impedir a estabilização.

Ademais todo este procedimento de recorrer necessariamente, apenas retarda a duração do processo, pois a petição inicial deverá ser aditada posteriormente para apenas mais tarde ocorrer o procedimento de citação para defesa do réu da lide. Portanto para o grande doutrinador este procedimento criado para estimular uma “desjudicialização” das causas apenas irá ao sentido inverso gerando mais conflitos e recursos nos tribunais.

Quanto a isso Cassio Scarpinella Bueno ainda ressalta que o código obrigará os réus a recorrer, complicando ainda mais a situação dos grandes litigantes em massa, que não poderão permitir que as decisões concessivas da antecipação da tutela de urgência se estabilizem.

Adiante, o Código traz em seus artigos 305 a 309 toda matéria relativa à tutela cautelar que visa assegurar o direito material necessário para a propositura de uma ação principal, e talvez aqui tenha sido mantido o maior número de características ao antigo sistema.

Na tutela cautelar, bem como já é possível hoje, a pretensão será ajuizada autonomamente e de forma antecedente, sendo concedido prazo de 5 (cinco) dias para a contestação do réu. Mesmo em caso de revelia, a tutela cautelar não se estabilizará, pois ainda depende e esta vinculada à pretensão principal que ainda precisará ser ajuizada dentro do prazo de 30 dias como consta do artigo 308.

Por isso ensina a doutrina que a referibilidade da tutela cautelar antecedente a faz também vinculada ao resultado da tutela final. Caso venha a lide principal a ser julgada extinta, improcedente, ou tendo qualquer outro resultado negativo, fará com que a tutela cautelar também venha a ser revogada no mesmo ato. Sendo a única forma de via inversa entre a tutela cautelar e a satisfativa da lide principal, quando na própria tutela cautelar antecedente o juízo já reconhece a prescrição ou decadência do direito, refletindo na ausência de condições para o ajuizamento da ação principal, pois já se terá coisa julgada sobre a matéria.

Por fim, a nova tutela de evidência criada pelo Código de Processo Civil, é na verdade uma abertura de oportunidade de se requerer uma antecipação dos efeitos da tutela baseada na inconsistência da defesa do réu apresentada nos autos.

Assim, o artigo 311 enumera quatro possibilidades de abuso ao direito de defesa que ensejariam até mesmo de ofício ao juízo da causa antecipar os efeitos da tutela final ao autor, em face da fragilidade da fundamentação, dos documentos produzidos de forma equivocada e sem força de convencimento e da probabilidade do direito do autor é claro.

Neste aspecto, não seria então necessária a comprovação do perigo de dano, muito menos do risco ao resultado útil do processo, pois não se trata de uma concessão da antecipação com base no perigo ou no prejuízo, mas sim na evidência de um direito que esta sendo violado.

Como regra, a tutela de evidência será portanto concedida apenas após o cotejo analítico das teses apresentadas em juízo, sendo vedada sua concessão de forma antecedente, portanto, daí surgindo o primeiro questionamento

sobre a matéria, pois o código não menciona se é necessária a apresentação de defesa para se constatar a sua inconsistência.

Dessa forma, questionasse se a revelia induziria diretamente a aplicação desta tutela, contudo nos debates ocorridos até então, interpretasse que a revelia também é um direito conferido aos litigantes, e uma vez revel o autor da demanda poderia sim requerer a concessão da tutela para antecipar os efeitos daquilo que esta pleiteando ao final da lide.

Como já mencionado aqui, na exposição de motivos do novo Código de Processo Civil o legislador deixou expressamente aberto que a nova lei traz em sua intenção um novo processo mais rápido, ágil e eficaz, capaz de dar respostas satisfatórias aos litigantes.

Justamente nesse sentido a tutela de evidência é um dos novos artigos modelos dessa intenção legislativa, pois em sua essência ele reúne normas que ficavam espalhadas pelo código anterior com a mesma finalidade construindo um tema novo.

Note que os antigos artigos 16 e 17 que versam sobre a litigância de má-fé bem como o próprio § 6º do artigo 273 já autorizavam a antecipação dos efeitos da tutela em função do comportamento da parte adversa no processo, bem como previam punições ao litigante, contudo de uma forma mal construída que era pouco utilizada e concedida na prática. Sendo que agora com a sistematização deste instituto visa-se uma grande aplicabilidade para ele, tanto de forma efetiva como de forma coercitiva principalmente, não permitindo mais a interposição de infinitos recursos para retardar o andamento do feito e suas consequências legais.

Por isso, muito se questiona a respeito da possibilidade da concessão da tutela de evidência em contrapartida aos princípios constitucionais da segurança jurídica e do devido processo legal, pois uma vez que o réu terá direito a uma diversa gama de defesas, provas e recursos por quatro instancias judiciais, o mais justo no entender dos elaborares do código, é que caso o réu venha a utilizar-se irregularmente desses direitos, abusando de sua defesa para lesar e retardar a prestação jurisdicional, ele deverá ser punido, beneficiando o litigante que não precisará esperar para ter seu direito tutelado.

Ainda em relação à tutela de evidência vale salientar o entendimento de Freddie Didier Jr:

“A evidência é uma situação processual em que determinados direitos se apresentam em juízo com mais facilidade do que outros. Há direitos que têm um substrato fático cuja prova pode ser feita facilmente. Esses direitos, cuja prova é mais fácil, são chamados de direitos evidentes, e por serem evidentes merecem tratamento diferenciado”.¹⁸

Dessa forma acredita-se que a tutela de evidência apesar de ser um instituto bem mais simples do que a nova tutela de urgência, e hoje com menor aplicabilidade, venha a se tornar a mais importante mudança trazida para o tema.

Afinal, de forma expressa e direta privilegia aos litigantes de boa-fé em detrimento daqueles que abusam do direito de defesa de forma protelatória, tirando a eficácia e agilidade do devido processo legal, podendo ser compreendida assim inclusive como o instituto que mais tem a cara do novo Código que entrará em vigor.

¹⁸ JUNIOR, Freddie Didier. Curso de Direito Processual Civil. 6. ed. Salvador: Podivm, 2010. v. 2. P. 408.

CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho foram discutidas diversas mudanças que serão estabelecidas pela vigência do Novo Código de Processo Civil a partir do ano de 2016, lei esta que busca principalmente conferir maior efetividade, agilidade, e segurança ao devido processo legal, para que o Poder Judiciário retome seu prestígio social e seja capaz de administrar as necessidades e anseios dos litigantes por todo o país.

A aplicação dessa lei, e no caso toda força proativa que passará a ter o processo civil, repousa no crédito que a sociedade lhe confere, e a sociedade se manifesta em decorrência da executoriedade e efetividade da aplicação desta lei. Estando assim diretamente ligadas as tutelas provisórias aqui debatidas e sua aplicação prática. A própria Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen já dizia que “o Direito não pode, na verdade, existir sem a força, mas que, no entanto, não se identifica com ela”¹⁹.

Apesar do Novo Código de Processo não trazer inovações grandiosas, e na verdade apenas reorganizar o código atual conferindo ao mesmo as interpretações e entendimentos pacificados pela jurisprudência e doutrina, o mesmo trará a tona novas discussões em cima daquilo que é inédito.

Nesse contexto as tutelas provisórias que serão implantadas possuirão em seus artigos fundamental relevância para o sucesso do novo Código, que trará conseqüentemente estabilidade e segurança jurídica a toda população.

Diante disso, destacamos aqui os pontos mais relevantes alterados dentro das tutelas provisórias que agora passarão a se subdividir em tutelas de urgência e tutelas de evidencia, capazes de abranger tudo aquilo que já conhecíamos em nosso universo jurídico e inovando em diversos aspectos aqui mencionados.

¹⁹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 238.

Contudo, é certo que a sua interpretação gerará diversas discussões daqui por diante, e apenas quando da sua entrada em vigor que saberemos os problemas de aplicação prática que surgirão no dia-dia forense.

Até aqui a pesquisa empírica que ora se conclui demonstra que, embora existam algumas divergências entre os doutrinadores e os próprios legisladores, todas as questões debatidas ainda giram em torno apenas de princípios basilares do direito e da jurisprudência já pacificada que temos hoje em dia, pois não temos ainda questões originadas de casos concretos com a aplicação da nova lei.

Porem com certeza já se pode antecipar que muita discussão girará em torno da tutela de urgência proposta anteriormente de forma independente da petição inicial, que deverá ser aditada posteriormente, bem como a estabilização da tutela gerará diversas mudanças no nosso cotidiano forense, principalmente em decorrência da necessidade de interposição de recurso da decisão que a concede como já exposto.

Além disso, a nova tutela de evidencia que a priori deverá ter muito mais um viés coercitivo do que efetivo, contudo, sabemos que no Brasil a atuação legal muitas vezes não funciona no campo das forças externas coercitivas, e muito se questionará em torno desse novo instituto também, lembrando sempre que toda interpretação legal agora deverá ser dada muito com base na exposição de motivos do Código, texto este de suma importância para a análise da lei e das intenções dos legisladores.

Diante dos dados aqui apresentados, só podemos prever para o futuro próximo, um crescimento dos debates de novas ideias e interpretações sobre a nova lei em nosso país, devendo os aplicadores e interpretes do direito estarem de mente aberta e preparados para uma nova atuação forense.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. – São Paulo: Malheiros, 2003. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 de abril de 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. A nova etapa da reforma do código de processo civil, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2007.

CALAMANDREI, Piero. Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares/Piero Calamandrei; tradução: Carla Roberta AndreassiBassi – Campinas: Servanda, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. Salvador: Jus Podivim, 2006, v. 3.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: Execução. 1. ed. Salvador: Jus Podvim, 2009, v 5.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/894>>. Acesso em: 20 de abril de 2015.

GUTIER, Murillo Sapia. Teoria do processo cautelar: características e classificações doutrinárias. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2456, 23 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14548>>. Acesso em: 1º de maio 2015.

GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela de evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. Revista Eletronica de direito Processual. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.redp.com.br>.

JORGE, Flavio Cheim, JUNIOR, Fredie Didier, RODRIGUES, Marcelo Abelha, A nova reforma processual, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de Tutela. 10 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O Projeto do CPC: crítica e propostas – 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MITIDIERO, Daniel. Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2ª Tiragem, Ed. Revista dos Tribunais, 2.015.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo XV, Ed. Forense, 1977.

NEGRÃO, Theotonio et al. Código de processo civil e legislação processual em vigor. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.007.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Método, 2009.

SILVA, Jaqueline Mielke. Tutela de urgência: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. – Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência).v. 3 – 3 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Patricia da. Tutela Antecipada. Jus Brasil. Disponível em: <<http://psilva7.jusbrasil.com.br/artigos/112142373/tutela-antecipada>>. Acesso em: abril de 2015.

TALAMINE, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a monitorização do processo brasileiro. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 209,2012.

THEODORO JR, Humberto. Curso de direito processual civil – processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. v. II. 41. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2007

THEODORO, Humberto Junior. Curso de direito processual civil. v. II. 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flavio Renato Correia e TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. 8ª ed São Paulo: RT, 2006, v. 2, p. 56-58.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves Comentários À Nova Sistemática Processual Civil: Emenda Constitucional n. 45; Lei 10.444/2002. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, coordenadores. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.