

Murilo Rodrigues Junior
RA 00153975

**TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL – NOVOS ASPECTOS**

PUC-SP
COGEAE
Campinas, Outubro de 2016.

Murilo Rodrigues Junior

**A REFORMA DA EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXTRAJUDICIAIS E
A EXECUÇÃO FISCAL**

**Monografia elaborada pelo aluno
Murilo Rodrigues Junior à
Pontifícia Universidade Católica
de São Paulo, como exigência
parcial do curso de pós-
graduação, *lato sensu*, em Direito
Processual Civil.**

PUC-SP

COGEAE

Campinas, Outubro de 2016.

Murilo Rodrigues Junior

**A REFORMA DA EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXTRAJUDICIAIS E
A EXECUÇÃO FISCAL**

**Monografia elaborada pelo aluno
Murilo Rodrigues Junior à
Pontifícia Universidade Católica
de São Paulo, como exigência
parcial do curso de pós-
graduação, *lato sensu*, em Direito
Processual Civil.**

BANCA EXAMINADORA

Prof. _____ / _____

Prof. _____ / _____

**À minha doce e compreensiva família que suportou todos os momentos de ausência para
que este trabalho fosse realizado.**

AGRADECIMENTOS

À minha amada esposa, companheira em todas as áreas de minha vida.

RESUMO: Um novo código de processo civil é uma oportunidade única na legislação nacional para a construção de novos conceitos, revisão de outros e, até mesmo, da eliminação daqueles que já não atendem os anseios dos operadores do direito e, sobretudo dos jurisdicionados. Assim, o instituto da tutela antecipada recebe análise no Código de Processo Civil de 2015 e, de modo geral, no panorama nacional.

PALAVRAS-CHAVE: processo; tutela; antecipada; cautelar; reforma legislativa.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	08
2. Histórico da tutela provisória e evolução do tema.....	10
3. Natureza conceito e peculiaridades da tutela provisória.....	16
3.1.Sentença e decisão interlocutória.....	16
3.2.Provimentos de natureza cautelar – distinção no novo CPC...	19
4. Panorama do tratamento no novo código de processo civil.....	22
4.1.Nova sistemática da tutela antecipada – tutela provisória de urgência satisfativa e cautelar.....	24
4.2.Tutela provisória de urgência.....	30
4.2.1. Requisitos.....	31
4.2.2. Perigo de irreversibilidade dos efeitos da tutela.....	33
4.3.Procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.....	34
4.4.Estabilização da antecipação de tutela - direito comparado.....	37
4.5.Estabilização da antecipação de tutela.....	38
4.6.Procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente.....	44
4.7.Fungibilidade das tutelas de urgência.....	48
4.8.Tutela de evidência.....	48
5. Tutela provisória contra a Fazenda Pública.....	57
6. Execução e responsabilização pelos efeitos da concessão de tutela provisória em caso de reforma da decisão.	
6.1.Medidas para a efetivação da tutela cautelar de urgência.....	64
6.2.Responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela antecipada.....	65
7. Conclusão.....	71
8. Bibliografia.....	72

1. INTRODUÇÃO

Início esse trabalho com as palavras do Presidente da Comissão elaboradora do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, Luiz Fux, em mensagem dirigida ao Presidente do Senado:

“(…) William Shakespeare, dramaturgo inglês, legou-nos a lição de que o tempo é muito lento para os que esperam e muito rápido para os que têm medo.

Os antigos juristas romanos, por sua vez, porfiavam a impossibilidade de o direito isolar-se do ambiente em que vigora, proclamando, por todos, Rudooalf Jhering no seu *L.espirit Du droit romain*, que o método imobilizador do direito desaparecera nas trevas do passado.

Essas lições antigas, tão atuais, inspiraram a criação de uma Comissão de Juristas para que, 37 anos depois do Código de 1973, se incumbisse de erigir um novel ordenamento, compatível com as necessidades e as exigências da vida hodierna.

É que; aqui e alhures não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O vaticínio tornou-se imediato: “justiça retardada é justiça denegada” e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo.

Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere.

(...).

O tempo não nos fez medrar e de pronto a Comissão enfrentou a tormentosa questão da morosidade judicial. Queremos justiça!!! Prestem-na com presteza; dizem os cidadãos.

(...).

O Brasil clama por um processo mais ágil, capaz de dotar o país de um instrumento que possa enfrentar de forma célere, sensível e efetiva, as misérias e as aberrações que passam pela Ponte da Justiça. Missão cumprida, Senhor Presidente. Receba esse anteprojeto sob a magia da oração em forma de poesia, daquele que valia por uma literatura; o saudoso e insuperável Fernando Pessoa:

É o tempo da travessia

E se não ousarmos fazê-la teremos ficado para sempre...

À margem de nós mesmos”.

A evolução da sociedade caminhou no rumo da crescente urbanização e estreitamento das mais variadas espécies de inter-relações entre os indivíduos. Esse estreitamento implicou em uma massificação dos conflitos inerentes ao convívio humano. Essa pluralidade de litígios, invariavelmente trazidos ao Poder Judiciário para pacificação da sociedade, demonstrou claramente que um rito único processual não se mostrava adequado a dar uma resposta efetiva à tutela dos interesses que, não raro, não podiam aguardar a prolação de uma sentença definitiva de mérito.

Com esse cenário, importante ressaltar que a existência das medidas cautelares nem sempre se adequavam à proteção em caráter urgente do objeto litigioso. Por isso, não raro, eram conferidas medidas com nítido caráter satisfativo com base no poder geral de cautela.

Neste diapasão, releva comentar a constitucionalização do processo civil e a sua condição de realização do direito material a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Também não pode passar despercebido o grande avanço trazido pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que inseriu o inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal de modo a assegurar a todos o direito fundamental à razoável duração do processo.

A tutela antecipada está em completa sintonia com o preceito constitucional na medida em que distribui o ônus processual do tempo entre as partes, antes sempre carregado ao autor da ação.

O recém-promulgado Código de Processo Civil de 2015 vem na esteira da evolução do tema, acompanhando os passos do Código de 1973 e, principalmente da Lei 8.952/94 que deu nova redação ao art.273 deste código. Nesse sentido, pode-se apontar o novo instituto da estabilização da tutela e da medida provisória de urgência satisfativa em caráter antecedente.

Esse estudo pretende assim, de forma tímida, fazer uma abordagem sobre a forma como a tutela provisória foi tratada no novo código, apontando algumas peculiaridades e inovações sem a menor pretensão de esgotar o tema.

2. HISTÓRICO DA TUTELA PROVISÓRIA E EVOLUÇÃO DO TEMA

A marcha processual tem como fim o pronunciamento jurisdicional de mérito. Ainda que o processo não consiga a obter este pronunciamento, o intuito e a razão de ser do processo consistem em alcançar a decisão definitiva de mérito¹.

Para alcançar esse resultado, são necessários vários atos do juiz que conduzem o processo a um estado de maturidade em que se possa proferir a decisão definitiva de mérito.

Assim, a existência de decisões proferidas no curso do processo remonta ao direito romano:

Com relação ao direito romano, há que se ressaltar que a estrutura do procedimento formulário não permitia a existência de uma verdadeira decisão interlocutória, anterior à sentença, pois o processo como que se esgotava no pronunciamento único do pretor. No período pós-clássico, ao se fazer a distinção entre a sentença definitiva e a *interlocutio*, coloca-se a indagação do meio de vulnerar cada uma. Esse período corresponde, aproximadamente, à época da *extraordinaria cognitio*².

O direito português, fonte de nosso direito, teve influência romana e, durante o reinado de Afonso II previa dois tipos de sentença: a definitiva e a interlocutória, cabendo apelação para ambas as decisões³.

Interessante comentar que as Ordenações Afonsinas proibiram a apelação das interlocutórias não terminativas. Estabeleceu-se a regra de que todo juiz poderia revogar sua sentença interlocutória, antes de proferir a definitiva. Já nas Ordenações Manuelinas, que surgiram em 1521, havia três tipos de sentenças: as interlocutórias, as interlocutórias mistas e as definitivas.

No Código de 1939 já havia previsão de medidas preventivas que poderiam ser requeridas no curso do processo como em caráter preparatório⁴.

¹ Não passa despercebido, na afirmação supra, os processos que não visam uma decisão judicial de mérito propriamente dita e que, portanto, não têm o condão de formar coisa julgada como, por exemplo, os processos de jurisdição voluntária. Ocorre que mesmo nestes casos, vultosa doutrina afirma que se trata de coisa julgada com cláusula *rebus sic standibus* ou ainda a constatação de que a modificação da situação fática consiste em nova causa de pedir, permitindo a propositura de nova ação sem falar em ofensa à coisa julgada. Em outras palavras, o mérito é o objeto litigioso sobre o qual a decisão judicial se debruça.

² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2006. p. 34.

³ *Idem*. P. 36

Essas medidas tinham caráter acautelatório do direito principal postulado de modo que se distanciavam da tutela provisória atual na medida em que não poderiam entregar prestação jurisdicional satisfativa⁵.

O CPC de 1.973 não inovou muito em relação às tutelas provisórias guardando novamente o caráter acautelatório. Contudo, com a nova redação dada ao art. 273 pela Lei 8.952 de 13 de dezembro de 1994 houve substancial mudança no panorama das tutelas provisórias que até então eram requeridas como cautelares satisfativas.

Tal instituto permitiu ao juiz entregar a prestação de maneira satisfativa desde que presentes os requisitos da existência de prova inequívoca que conduza a verossimilhança das alegações cumulada com o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou, ainda, a caracterização do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

A introdução da nova sistemática não foi infensa à críticas que argumentavam, entre outras alegações, a possível inconstitucionalidade da lei. Entretanto, a doutrina e jurisprudência pacificaram-se no sentido da constitucionalidade do instituto. Estabeleceu-se ainda, como limite à antecipação, que sua concessão apenas abrangeria os efeitos práticos do provimento pretendido e não os jurídicos⁶.

⁴ Artigos 675 e 687 do Código de 1.973.

⁵ Art. 676. As medidas preventivas poderão consistir:

I – no arresto de bens do devedor;

II – no sequestro de coisa móvel ou imóvel;

III – na busca e apreensão, inclusive de mercadorias em trânsito;

IV – na prestação de cauções;

V – na exibição de livro, coisa ou documento (arts. 216 a 222);

VI – em vistorias, arbitramentos e inquirições ad perpetuam memoriam;

VII – em obras de conservação em coisa litigiosa;

VIII – na prestação de alimentos provisionais, no caso em que o devedor seja suspenso ou destituído do pátrio poder, e nos de destituição de tutores ou curadores, e de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

IX – no arrolamento e descrição de bens do casal e dos próprios de cada cônjuge, para servir de base a ulterior inventário, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

X – na entrega de objetos ou bens de uso pessoal da mulher e dos filhos; na separação de corpos e no depósito dos filhos, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento.

⁶ LOPES, João Batista. A prova na tutela antecipada. In: BUENO, Cassio Scarpilla et al. (Coord.). Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 212.

Desse modo, percebe-se significativa evolução do tema que pode ser explicado pelo reclamo dos jurisdicionados de uma justiça mais efetiva. Tal efetividade sempre esbarra na questão da morosidade do Poder Judiciário.

Nesse sentido, não custa lembrar as “ondas de acesso à justiça” preconizadas pelo italiano Mauro Capelletti. O processualista identificou que as mudanças sociológicas impactariam necessariamente o direito processual de maneira que este necessitaria passar por transformações em três grandes aspectos que foram nominadas de “ondas de acesso à justiça”.

A primeira onda se refere à representação processual dos pobres. A segunda diz respeito à tutela dos interesses difusos e coletivos, com o objetivo de proteger o consumidor ou o meio ambiente. A terceira onda se preocupa com fórmulas para simplificar os procedimentos.

Em síntese, “o autor aponta que os principais problemas a serem enfrentados pelo movimento reformador dizem respeito ao *obstáculo econômico*, uma vez que muitas pessoas não têm condições de ter acesso à justiça em razão da sua pobreza; o *obstáculo organizador*, na medida em que certos interesses coletivos e difusos não são tutelados de maneira eficaz; e o *obstáculo propriamente processual*, posto se verificar que certos tipos tradicionais de procedimentos são inadequados aos seus deveres de tutela”⁷.

Pode-se dizer que a massificação da sociedade trouxe como consequência a proliferação de relações subjetivas e os problemas a elas inerentes que, não raro, transformam-se em lide. A solução destas lides, por outro lado, necessita da atuação do Estado-juiz de forma efetiva.

O direito processual brasileiro, atento aos obstáculos supramencionados, vem implementando cada vez mais medidas de acesso à justiça, como por exemplo, a assistência judiciária gratuita e a regulamentação das ações coletivas.

Quanto ao último aspecto citado, ou seja, a simplificação dos procedimentos para que estes atendam a necessidade do direito a ser tutelado, não se

⁷ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. Processo Civil – curso completo. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. P. 58.

pode deixar de comentar a constitucionalização, pelo poder constituinte reformador, da necessidade de que a prestação jurisdicional seja oferecida em tempo razoável. Confira-se:

A protecção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma **protecção eficaz e temporalmente adequada**. Neste sentido, ela engloba a exigência de uma apreciação, pelo juiz, da matéria de facto e de direito, objeto do litígio ou da pretensão do particular, e a respectiva <resposta> plasmada numa decisão judicial vinculativa (em termos a regular pelas leis do processo). O controlo judicial deve, pelo menos em sede de primeira instância, fixar as chamadas <matérias ou questões de facto>, não se devendo configurar como um <tribunal de revista> limitado à apreciação das <questões> e <vícios de direito>. Além disso, ao demandante de uma protecção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em tempo útil, (<adequação temporal>, <justiça temporalmente adequada>), obter uma sentença executória com força de caso julgado - <a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça> (cfr., supra). Note-se que a exigência de um processo sem dilações indevidas, ou seja, de uma protecção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente <justiça acelerada>. A <aceleração> da protecção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias excessiva) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta. Noutros casos, a existência de processos céleres, expeditos e eficazes – de especial importância no âmbito do direito penal mas extensiva a outros domínios (cfr. art. 20.º/5, aditado pela LC 1/97 e Cod. Processo nos Tribunais Administrativos, art. 112.º e ss., referentes a processos cautelares) -, é condição indispensável de uma protecção jurídica adequada (ex.: prazos em caso de Habeas Corpus, apreciação da prisão preventiva dentro do prazo de 48 horas, suspensão da eficácia de actos administrativos, procedimentos cautelares)⁸.

Assim, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 inseriu o inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição para prever que “a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Tal modificação constitucional teve nítida intenção de advertir Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de que acesso à Justiça em tempo razoável era dever de todos. Nesse sentido:

⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7.ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 499.

A EC n. 45/2004 introduziu norma que assegura a razoável duração do processo judicial e administrativo (art. 5º, LXXVIII). Positiva-se, assim, no direito constitucional, orientação há muito perfilhada nas convenções internacionais sobre direitos humanos e que alguns autores já consideravam implícita na ideia de proteção judicial efetiva, no princípio do Estado de Direito e no próprio postulado da dignidade da pessoa humana.

É certo, por outro lado, que a pretensão que resulta da nova prescrição não parece estar além do âmbito da proteção judicial efetiva, se a entendermos como proteção assegurada em tempo adequado. A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais⁹.

Observa Pedro Lenza que *“em algumas situações, contudo, a demora, causada pela duração do processo e sistemática dos procedimentos, pode gerar total inutilidade ou ineficácia do provimento requerido. Conforme constatou Bedaque, ‘o tempo constitui um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdicional, em especial no processo de conhecimento, pois para o desenvolvimento da atividade cognitiva do julgador é necessária a prática de vários atos, de natureza ordinatória e instrutória. Isso impede a imediata concessão do provimento requerido, o que pode gerar risco de inutilidade ou ineficácia, visto que muitas vezes a satisfação necessita ser imediata, sob pena de perecimento mesmo do direito reclamado”*¹⁰”.

Lenza, citando Grinover, afirma que *“esses meios devem ser inquestionavelmente oferecidos pelas leis processuais, de modo que a reforma infraconstitucional fica umbilicalmente ligada à constitucional, derivando de ordem expressa da Emenda n. 45/2004. Trata-se, portanto, de fazer com que a legislação processual ofereça soluções hábeis à desburocratização e simplificação do processo, para garantia da celeridade de sua tramitação”*¹¹.

A possibilidade de oferecimento de tutela antecipada de natureza satisfativa pode ser considerada mais um passo em direção à simplificação do

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 444.

¹⁰ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1234.

¹¹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1235.

procedimento e à efetividade do processo civil, ou seja, em mais contribuição ao acesso à ordem jurídica justa.

Nesse sentido, o direito processual moderno tem propugnado por mais do que o oferecimento pelo Estado-juiz ao cidadão da simples prestação jurisdicional a partir do exercício do direito de ação, mas sim a proteção ao direito material através da efetiva tutela jurisdicional que engloba não só a sentença e as decisões interlocutórias, mas os meios executivos adequados à proteção do direito¹².

Assim, a antecipação de tutela é condição necessária e inerente à efetiva tutela jurisdicional, pois a regra procedimental deve ser adequada para cada tipo de prestação jurisdicional, não podendo o direito material restar desguardado em razão de inadequação do procedimento.

Não há mais como aceitar as teorias clássicas sobre a ação, inclusive a teoria de Liebman, já que a ação não pode mais se limitar ao julgamento do mérito, requer uma espécie de sentença que, ao reconhecer o direito material, deve permitir, ao lado de modalidades executivas adequadas, a efetividade da tutela jurisdicional, ou seja, a realização concreta da proteção estatal por meio do juiz.

Mas, além de tudo isso, a ação exige a técnica antecipatória, a tutela cautelar e o procedimento adequado à tutela jurisdicional pretendida no plano do direito material, o que também sempre foi ignorado pelas teorias da ação.

Embora essas questões devam ser aprofundadas mais tarde, aqui cabe relacioná-las com o direito de ação. Não bastaria o direito de pedir a apreciação de uma afirmação se a tutela jurisdicional pudesse ser entregue ao autor a qualquer momento, mesmo após o direito material almejado ter sido prejudicado. Isso quer dizer, em poucas palavras, que do direito de ação decorrem, como consequência lógica, os direitos à antecipação e à segurança da tutela do direito material, eventualmente ameaçado de lesão no curso do processo¹³.

A aproximação da tutela provisória com a efetiva tutela jurisdicional ganha contornos mais palpáveis com o novo CPC na medida em que abandonou os requisitos do *periculum in mora*, previsto para a concessão de medidas

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do processo. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. (Curso de Processo Civil; v. 1). p. 216.

¹³ *Idem*. p. 218.

cautelares, e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação para a exigência do requisito do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Por óbvio, a antecipação da tutela não pode prescindir da observância do *due process of law*, garantia fundamental, igualmente cristalizada no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Tal observação tem o condão de afastar a ideia, muitas vezes generalizada do processo civil do autor. Como bem pontua Paulo Henrique dos Santos Lucon:

Essas observações iniciais destinam-se a afastar a concepção do processo civil do demandante nos casos em que, sem fundamento suficiente, outorga-se a tutela provisória, ou seja, o direito de obter tal modalidade de tutela deve ser contrastado com o direito do demandado de obter um pronunciamento de rejeição *initio litis* do pedido do autor. A circunstância, ocasional e exterior, de um dos sujeitos do processo ter promovido sua demanda antes do demandado não parece por só suficiente a justificar a atribuição a um dos litigantes de armas diversas daquelas conferidas ao outro¹⁴.

Dentro desse espírito, o mesmo autor adverte para o caráter excepcionalíssimo das medidas que são conferidas sem a oitiva da parte contrária. Tal preceito ganha força com o novel artigo 9º do CPC de 2015: “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

3. NATUREZA, CONCEITO E PECULIARIDADES DA TUTELA PROVISÓRIA

3.1. Sentença e decisão interlocutória

Os atos judiciais são gênero do qual os pronunciamentos judiciais são espécie. Nesse sentido, os pronunciamentos judiciais são subdivididos em despachos, decisões interlocutórias e sentenças.

A diferenciação desses pronunciamentos foi objeto de explicitação da legislação nacional no Código de Processo Civil de 1973 e sempre recebeu duras críticas doutrinárias em razão de falta de primor técnico e as várias dúvidas que a definição legal suscitava.

¹⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória na atualidade, avanços e perspectivas: entre os 20 anos do art. 273 do CPC de 1973 e a entrada em vigor do novo CPC. *In*: Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 212.

Pode-se afirmar que o CPC/73, preso à concepção romana de pronunciamentos judiciais, conceituou a sentença, originariamente, apenas pela sua função de por fim ao processo. Quanto às decisões interlocutórias, relegou seu conceito àquelas que resolvem alguma questão incidente.

Com a edição da Lei 11.232/05, o critério elegido foi o do conteúdo, uma vez que referida lei conjugava, no mesmo feito, a cognição e a execução do julgado, ou seja, o processo sincrético.

Ainda assim a questão não se resolvia ante a possibilidade de decisões interlocutórias com conteúdo de mérito, mas que não colocavam fim ao processo de maneira que o critério distintivo não era dos melhores.

Com a edição do CPC/2015 os critérios de conteúdo e finalidade foram conjugados de modo que hoje a decisão judicial que pode ser chamada de sentença é aquela que põe fim ao processo com base nas matérias elencadas no art. 485 e 487 do CPC¹⁵. Confira-se:

Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

¹⁵ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

- I - indeferir a petição inicial;
 - II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;
 - III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;
 - IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;
 - V - reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada;
 - VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;
 - VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;
 - VIII - homologar a desistência da ação;
 - IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e
 - X - nos demais casos prescritos neste Código. (..)
- Art. 487.** Haverá resolução de mérito quando o juiz:
- I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;
 - II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
 - III - homologar:
 - a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;
 - b) a transação;
 - c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.
- Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.

§ 1o Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

§ 2o Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1o.

§ 3o São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.

§ 4o Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário.

O CPC/2015, assim, definiu a decisão interlocutória pelo critério de exclusão, ou seja, é toda decisão judicial que não se enquadre na definição de sentença: “Decisão interlocutória é todo ato processual judicial que resolve, sem colocar fim à atividade de conhecimento ou de execução, questões processuais ou de mérito ao longo do procedimento”¹⁶.

As tutelas jurisdicionais também são marcadas pela forma de cognição do julgador. Assim, a diferenciação a partir da cognição também merece relevo.

Cognição é o processo ou faculdade de adquirir um conhecimento. Segundo Bruno V. da Rós Bodart, “*a cognição das alegações e das provas constrói na mente do juiz uma representação da realidade pretérita. Kazuo Watanabe define a cognição como prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do iudicium, do julgamento do objeto litigioso do processo*”¹⁷.

Para Bodart, existem diferentes intensidades de cognição judicial: a superficial, a sumária e a exauriente. A cognição superficial é aquela que se forma na fase inicial do processo, com a mera apreciação, pelo juiz, dos fatos alegados pelo autor

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 119.

¹⁷ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Tutela de Evidência: Teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 36.

na petição inicial. Já a cognição sumária é um meio termo entre uma cognição incipiente e uma cognição mais exaustiva dos fatos, caracterizada por uma análise que, embora não seja tão singela quanto a cognição superficial, não esgota as possibilidades de investigação do magistrado, resultando em um juízo de probabilidade, capaz de gerar uma decisão temporária resultante de uma cognição provisória. Por fim, a cognição exauriente é aquela na qual o juiz, após apreciar todas as informações de fato ou de direito necessárias à resolução da demanda deduzida em juízo, profere decisão julgando procedente ou improcedente o pedido, ou extinguindo o processo sem resolução do mérito.

Ademais, segundo tal autor, *“Quanto mais profunda a cognição, menor o risco de se conferir provimento judicial favorável àquele que não tem direito. Por outro lado, a máxima profundidade da cognição pode retardar a realização da justiça, prejudicando desnecessariamente a parte que tem razão. A cognição exauriente sequer é garantia de um julgamento baseado na verdade. Pode ser que o autor vá a juízo com um direito de tal sorte comprovado que seja absolutamente iníquo negar-lhe o imediato acesso ao bem da vida a que provavelmente faz jus. Quando o risco de erro Judiciário é nitidamente menor que o risco de atrasar a realização do direito suficientemente demonstrado, passa a ser desproporcional agraciar o réu com a postergação do provimento decisório, equivalente a uma imunidade contra as legítimas investidas do autor. Disso resulta uma encruzilhada, tanto para o legislador quanto para o juiz, da qual o processo jamais conseguiu se livrar em seu desenvolvimento histórico: é melhor julgar rápido ou postergar a solução da causa para que dela se tenha certeza?”¹⁸*.

3.2.Provimentos de natureza cautelar – distinção no novo CPC

A tutela jurisdicional pode ser definitiva ou provisória. Para Fredie Didier Jr. e outros, *“A tutela definitiva é aquela obtida com base em cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto da decisão, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados*

¹⁸ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Tutela de Evidência: Teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 72.

*imutáveis, cristalizados pela coisa julgada. É espécie de tutela que prestigia, sobretudo, a segurança jurídica*¹⁹”.

A tutela definitiva, por sua vez, se subdivide em satisfativa ou cautelar. A tutela definitiva satisfativa é aquela que certifica a existência ou a inexistência de um direito material (processo de conhecimento) ou efetiva um direito já certificado (processo de execução).

A distinção entre natureza cautelar ou antecipada da medida provisória sempre foi alvo de estudos da doutrina nacional, mormente após a introdução da tutela antecipada no art. 273 do CPC/73. Muitas vezes fincada na definição legal, a diferenciação debruçava-se na análise de seus requisitos legais. Ou seja, enquanto às cautelares era exigida demonstração do periculum in mora e do fumus boni iuris, a tutela antecipada requiritava a demonstração de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e prova inequívoca da verossimilhança das alegações.

Tal análise demonstrou que sempre existiram situações fronteiriças que não permitiam uma diferenciação técnica dos institutos. Preferiu-se então a análise da finalidade do provimento jurisdicional: se destinava-se a conservar determinada situação ou se destinava-se a prover o bem jurídico de forma antecipada à cognição exauriente.

Tanto a medida cautelar propriamente dita (objeto da ação cautelar) como a medida antecipatória (objeto de liminar na ação principal) representam providências, de natureza emergencial, executiva e sumária, adotadas em caráter provisório. O que, todavia, as distingue, em substância, é que a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão, enquanto a tutela antecipatória realiza de imediato a pretensão.

(...)

Para não transformar a liminar satisfativa em regra geral, o que afetaria, de alguma forma, a garantia do devido processo legal e seus consectários do direito ao contraditório e ampla defesa antes de ser o litigante privado de qualquer bem jurídico (CF, art. 5º.

¹⁹ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus podivm, 2015.p. 562.

incis. LIV e LV), a tutela antecipatória submete a parte interessada às exigências da prova inequívoca do alegado na inicial.²⁰

Nos dizeres de Arlete Inês Aurelli:

Assim, enquanto na tutela antecipada se proporciona à parte a própria fruição do direito pleiteado, entregando, na verdade, o pedido mediato formulado pelo autor, na tutela cautelar nada disso é feito, o juiz apenas fornece uma medida que venha garantir o resultado útil do processo, ou seja, que a tutela seja ao final concedida de maneira concreta e efetiva. Ao fim e ao cabo a medida cautelar tem apenas o fito de garantir a satisfação do direito discutido no processo dito principal, mas não pode antecipar a decisão sobre o direito material. Essa característica pertence somente às tutelas antecipadas. Ora, se a medida satisfaz, não é cautelar. Esse é justamente o caso da liminar no mandado de segurança.

Em suma, pode-se dizer que o que caracteriza a tutela antecipada é a satisfatividade, enquanto o que caracteriza a tutela cautelar é a referibilidade, ou seja, deve haver referência a um direito acautelado²¹.

O CPC/73 previu a fungibilidade da tutela antecipada para a cautelar com o advento da Lei 10.444/2002, enquanto o CPC/15 da cautelar para a tutela antecipada. Esmagadora doutrina afirma que a fungibilidade deve ser entendida como uma via de mão dupla em ambos códigos processuais²².

Constatada a fungibilidade entre as medidas, a doutrina já questionava se era pertinente e útil a diferenciação entre as cautelares e as antecipatórias. Com o CPC/2015 o questionamento ganha mais um ingrediente, qual seja, a aproximação entre os ritos processuais dos institutos e a erradicação das cautelares típicas.

A exigência do *fumus boni iuris* ou da prova inequívoca da verossimilhança das alegações foi substituída pela demonstração de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo tanto para as cautelares como para tutela provisória satisfativa (art. 300).

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual e processo de conhecimento – vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 401/402.

²¹ AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no novo cpc: remanesce a necessidade de distinção entre as antecipadas e cautelares. *In*: BUENO, Cassio Scarpilla et al. (Coord.). Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 51.

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual e processo de conhecimento – vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2013.. p. 404.

Igualmente, ambas as medidas podem ser requeridas em caráter incidental ou de forma antecipada à lide principal.

Entretanto, o legislador estabeleceu ritos e consequências diferenciadas para ambos os institutos, notadamente quando requeridos em caráter antecedente.

Para as tutelas antecipadas o legislador previu a possibilidade de estabilização da demanda pela inércia do demandado. Para as cautelares previu a perda da eficácia da medida caso a demanda principal não seja proposta pelo autor; se a tutela não for efetivada no prazo de 30 dias e se o juiz julgar improcedente o pedido principal (art. 309). Confira-se:

A necessidade de diferenciar tutelas antecipadas das cautelares ainda remanesce no sistema do novo CPC, principalmente porque não foi adotado um regime único para ambas, sendo que somente no caso das tutelas antecipadas há previsão de estabilização quando se tratar de concessão de forma antecedente, que reste irrecorrida pelo réu. Imagine-se, assim, que a parte tenha requerido tutela cautelar antecedente e o juiz entenda tratar-se de tutela antecipada, concedendo-a dessa forma. O réu é citado e intimado e não recorre porque não vislumbra a estabilização, uma vez que consta que o pedido foi feito de forma cautelar pelo autor. Como não apresenta recurso, o juiz entende que a medida se estabilizou. Então percebe-se que a diferenciação, entre ambas, ainda se revela essencial²³.

Desse modo, a diferenciação entre os institutos ainda permanece válida no âmbito do CPC de 2015.

4. PANORAMA DO TRATAMENTO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como já mencionado, o processo de obtenção de uma tutela satisfativa pode ser demorado, o que coloca em risco a realização do direito material (*periculum in mora*). Por essa razão, o ordenamento jurídico processual prevê mecanismos que visam neutralizar os efeitos negativos do tempo. Fredie Didier Jr. e outros afirmam que “(...) *há a tutela definitiva não satisfativa, de cunho assecuratório, para conservar o direito afirmado e, com isso, neutralizar os efeitos maléficos do tempo: a medida cautelar. A tutela cautelar não visa à satisfação de um direito*

²³ AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no novo cpc: remanesce a necessidade de distinção entre as antecipadas e cautelares. In: BUENO, Cassio Scarpilla et al. (Coord.). Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 57.

(ressalvado, obviamente, o próprio direito à cautela), mas, sim, a assegurar a sua futura satisfação, protegendo-o²⁴”.

A tutela provisória é concedida mediante cognição sumária, por meio de uma análise judicial superficial em juízo de probabilidade. Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, “a tutela provisória, de urgência ou evidência, uma vez proferida, conserva sua eficácia na pendência do processo, mas **pode a qualquer tempo ser revogada ou modificada**²⁵”, desde que haja uma alteração do estado de fato ou de direito ou do estado de prova que ensejou a concessão da medida. Em razão das características de sumariedade e precariedade, a tutela provisória é, segundo Fredie Didier e outros “inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada²⁶”.

O novo Código de Processo Civil, atento à demanda por uma prestação jurisdicional mais efetiva, traz um livro destinado à tutela provisória, que foi dividida em tutela provisória de urgência, subdividida em cautelar e satisfativa, e tutela provisória de evidência.

Segundo Arlete Inês Aurelli²⁷, esse tema foi um dos que mais sofreu alterações e debates durante a tramitação do projeto do novo CPC. O próprio título do Livro em que inseridas as tutelas de urgência foi modificado várias vezes até a opção pela denominação de tutelas provisórias. Os debates variavam desde a opção por um regime único para as tutelas antecipadas e cautelares, passando pela diferenciação entre tutelas de urgência cautelar e satisfativa, assim como de evidência, até a discussão a respeito do título do Livro V, que inicialmente era titulado “tutela antecipada”, mas que acabou, em sua redação final, sendo chamado de “tutela provisória”. O texto do novo Código foi, por fim, aprovado com a subdivisão da tutela provisória em tutela de urgência e tutela de evidência, consoante dispõe o art. 294 do atual Código de Processo Civil.

²⁴DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus podivm, 2015.p. 562.

²⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 489.

²⁶ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus podivm, 2015.p. 568.

²⁷ AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no novo cpc: remanesce a necessidade de distinção entre as antecipadas e cautelares. In: BUENO, Cassio Scarpilla et al. (Coord.). *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 45.

4.1.Nova sistemática da tutela antecipada – tutela provisória de urgência satisfativa e cautelar

O atual Código de Processo Civil, em seu artigo 294, diferencia as tutelas provisórias em urgência e evidência e, depois, com procedimentos diferentes, as tutelas de urgência entre antecipadas e cautelares, nos capítulos II e III respectivamente.

A tutela de urgência visa evitar um prejuízo grave ou de difícil reparação que um processo, muitas vezes demorado, pode causar à parte. Já a tutela de evidência está fundada no alto grau de probabilidade do direito invocado, de modo que o juiz concede, desde já, algo que muito provavelmente será conferido ao final. Esse é o entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, para quem “A tutela de urgência está precipuamente voltada a **afastar o periculum in mora**, serve, portanto, para **evitar um prejuízo grave ou irreparável enquanto dura o processo** (agravamento do dano ou a frustração integral da provável decisão favorável), ao passo que a **tutela de evidência** baseia-se exclusivamente no **alto grau de probabilidade do direito invocado**, concedendo, desde já, aquilo que muito provavelmente virá ao final²⁸”.

O Código de Processo Civil de 1.973, em seu art. 273, *caput*, exigia, para a tutela antecipada, “*prova inequívoca*” que convencesse o juiz da verossimilhança da alegação do autor. O novo Código de Processo Civil, a seu turno, permite que o juízo conceda a tutela antecipada com um menor grau de certeza do que aquele exigido pelo código anterior, com base em “*elementos que evidenciem a probabilidade do direito*” (art. 300, CPC).

A tutela antecipada (satisfativa) pode ser pleiteada com fundamento tanto na urgência quanto na evidência; já a tutela cautelar somente pode ser pleiteada com fundamento na urgência. Entretanto, o motivo da cognição sumária das tutelas de urgência é diferente do da tutela de evidência, uma vez que, embora em ambas a cognição seja superficial, nas primeiras, a cognição é sumária em razão de uma situação de perigo, de modo que a falta de tempo impede uma cognição exauriente. No caso da tutela de evidência, a cognição é sumária em razão da evidência, do alto grau de probabilidade do direito pleiteado pelo autor.

²⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 487.

O novo Código de Processo Civil reconheceu a semelhança entre as tutelas de urgência, adotando um regime jurídico “mais ou menos” único para as tutelas antecipada e cautelar. Embora ambas sejam espécies de tutela provisória, existem algumas diferenças quanto ao procedimento de cada uma. Segundo Wambier e outros, “não se pode deixar de observar que o NCPC não suprimiu completamente a diferenciação entre tutela cautelar e antecipada. Houve, sim, a adoção de um regime jurídico “quase” único, mas não uma total equiparação entre elas. Aliás, tal diferenciação ganha importância para se avaliar se a medida concedida sujeita-se ou não à técnica de estabilização prevista no art. 304, aparentemente vocacionada somente à tutela antecipada, e não à cautelar²⁹”.

Para Arlete Inês Aureli, “Pela normatização do atual Código de Processo Civil, verifica-se que, enquanto a tutela antecipada poderá ser extinta caso o autor não adite a inicial no prazo de quinze dias ou em prazo maior fixado pelo juiz (art. 303, §2º) e estabilizada caso o réu não apresente recurso contra ela (art. 304), no caso da tutela cautelar, se o autor não deduzir o pedido principal no prazo de trinta dias, ela perderá a eficácia (art. 308) e, caso não contestada pelo réu, ocorrerá a aplicação dos efeitos da revelia (art. 307)³⁰”.

Não há mais a previsão de requisitos genéricos para a concessão da tutela provisória, somente a exigência da “*probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*” (art. 300, caput) para as tutelas de urgência e a exigência da demonstração da evidência do direito do autor (art. 311) para a tutela de evidência, com e expressa dispensa, neste caso, do “*perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo*”.

Segundo o art. 294, p. único, do Código de Processo Civil, a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Para Fredie Didier Jr. e outros, a tutela provisória incidental é aquela requerida dentro do processo em que se pleiteia a tutela definitiva, podendo ser

²⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 499.

³⁰ AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no novo cpc: remanesce a necessidade de distinção entre as antecipadas e cautelares. In: BUENO, Cassio Scarpilla et al. (Coord.). Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 46.

requerida no mesmo momento ou em momento posterior à formulação do pedido principal. Já a tutela provisória antecedente é aquela requerida em momento anterior à formulação do requerimento de tutela definitiva e visa adiantar os seus efeitos, em razão de uma urgência já existente no momento da propositura da ação. Para tais autores, “(...) *só as tutelas provisórias de urgência podem ser requeridas em caráter antecedente. É a urgência que justifica sua formulação antes mesmo da formulação do pedido de tutela definitiva. A tutela provisória de evidência não pode ser requerida em caráter antecedente*³¹”.

Cumpre anotar, entretanto, que há posicionamento em sentido diverso, ou seja, que mesmo as tutelas provisórias com base na evidência podem ser requeridas em caráter antecedente³².

A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas (art. 295 do Código de Processo Civil), pois não necessitam de ação autônoma, devendo ser requeridas por petição simples no bojo do processo principal.

O art. 296 prevê, ainda, que a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. Nesse aspecto, importante fazer algumas considerações a respeito dos efeitos dos recursos para a tutela provisória concedida.

A decisão que concede a tutela provisória tem natureza de decisão interlocutória, cujo recurso cabível é o agravo de instrumento (cf. art. 1.015, I, do Código de Processo Civil). Wambier e outros afirmam que a eficácia da tutela provisória permanecerá mesmo se houver a interposição do recurso de agravo de instrumento, uma vez que tal recurso não possui efeito suspensivo *ope legis*, só havendo a perda da eficácia da tutela concedida provisoriamente se o Tribunal atribuir efeito suspensivo ao agravo ou se houver a revogação da decisão³³.

³¹ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus podivm, 2015.p. 562.

³² AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no novo cpc: remanesce a necessidade de distinção entre as antecipadas e cautelares. In: BUENO, Cassio Scarpilla et al. (Coord.). Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 49.

³³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 489.

A tutela provisória mantém a sua eficácia até mesmo com a interposição de recurso de apelação em face da sentença procedente, isto é, aquela que confirmou a tutela concedida provisoriamente. Isso porque, embora a apelação esteja sujeita a efeito suspensivo, o art. 1.012, §1º, V, do Código de Processo Civil prevê que *“§ 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: (...); V - confirma, concede ou revoga tutela provisória; (...)”*. Assim, de acordo com o artigo acima mencionado, cumulado com o art. 1.013, §5º, do Código de Processo Civil, a tutela provisória é impugnável por **apelação sem efeito suspensivo**.

Importante ressaltar, ainda, que a eficácia da tutela provisória só permanece após a sentença de procedência, uma vez que a sentença de improcedência traz como consequência automática a sua revogação.

O p. único do art. 296 declara, ademais, que, salvo decisão judicial em sentido contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

O art. 297, por sua vez, trata das medidas para a efetivação da tutela provisória, prevendo que: *“O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”*. O p. único do artigo estabelece que *“A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber”*.

O dispositivo acima citado concede ao juiz um poder geral de cautela, permitindo a adoção de todas as medidas necessárias à efetivação da tutela satisfativa ou cautelar. Isso não significa que o juiz tem liberdade irrestrita, uma vez que a tutela antecipada tem objetivo diferente da tutela cautelar. Dessa forma, o juiz tem certa liberdade de atuação, mas não deve deixar de lado o princípio da proporcionalidade, de modo que a tutela provisória satisfativa deve guardar coerência com o pedido principal.

Yarshell³⁴:

Nesse sentido é o posicionamento do Professor Flávio Luiz

“No contexto em que tutela cautelar e tutela antecipada estavam mais claramente apartadas era relativamente fácil entender que a opção legal pela atipicidade é compatível com os provimentos cautelares. Esses são destinados a garantir a utilidade e eficácia do provimento principal, isto é, são dotados de dupla instrumentalidade. Portanto, faz sentido nesse contexto falar de medidas que o juiz possa considerar “adequadas” (=adequadas a garantir um provimento principal útil). Daí se entender que em relação a tais medidas não vigora o princípio da demanda; e que, por isso mesmo, elas podem ser concedidas de ofício pelo magistrado. Ao fazê-lo, como foi dito, o juiz tutela o processo e não o direito material da parte (exceto indiretamente, o que explica a alusão à dupla instrumentalidade).

(...).

Ocorre, contudo, que a tutela antecipada – fundada na urgência ou na evidência – é satisfativa, isto é, produz total ou parcialmente a eficácia material desejada pelo autor, conforme expressou no objeto do processo (pedido à luz da respectiva causa de pedir). Portanto, quando se trata de tutela provisória cautelar, realmente o art. 297 é aplicável. Mas, quando se trata de tutela provisória antecipada (fundada em urgência ou evidência), o que possa ser deferido em caráter provisório há que necessariamente guardar coerência com o objeto do processo. Vale dizer: nesse âmbito, o juiz não pode simplesmente determinar medidas substanciais que entenda “adequadas”. Em matéria de provimentos que antecipem

³⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. A tutela provisória (cautelar e antecipada) no novo CPC; Grandes mudanças? (III). Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-tutela-provisoria-cautelar--e-antecipada-no-novo-cpc--grandes-mudancas-iii/15753>>.

total ou parcialmente a tutela final pretendida, o juiz fica adstrito aos termos do pedido.

Pensar diferentemente seria imaginar que ao juiz seria dado deferir em caráter provisório mais ou diferente do que poderia dar ao final; o que é vedado pelo sistema. Portanto, não se deve entrever na regra do art. 297 do CPC 2015 um inusitado poder do magistrado, que seria apto a superar postulados essenciais do sistema, como a inércia da jurisdição e o princípio da demanda”.

Destarte, segundo Wambier e outros³⁵, o alcance do art. 297 deve ser compreendido em conjunto com seu parágrafo único, que liga a efetivação da tutela provisória ao cumprimento provisório da sentença, em razão do caráter transitório da tutela provisória, que pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo por decisão motivada do juiz (arts. 296 e 298, CPC).

A motivação da decisão judicial para as tutelas de urgência está expressa no art. 298 do Código de Processo Civil, que prevê que “Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso”.

Esse dispositivo repetiu, para as tutelas provisórias, a regra prevista no art. 489, §1º, do Código de Processo Civil, que descreve as hipóteses de decisões não fundamentadas, sejam elas decisões interlocutórias, sentenças ou acórdãos. Dessa forma, a antiga prática dos juízes de fundamentar a decisão que nega ou concede tutela provisória por meio de expressões como “*presentes os requisitos autorizadores da tutela provisória, concedo a medida (...)*” são decisões consideradas sem fundamento e, portanto, inválidas. Segundo Fredie Didier e outros, “*elas se encaixam perfeitamente às hipótese de decisão não fundamentada previstas nos incisos I, II e III do § 1º do art. 489 do CPC*”³⁶.

³⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 491.

³⁶ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus podivm, 2015.p. 585.

Por fim, o art. 299 do Código de Processo Civil trata da competência do juízo para a decisão sobre a tutela provisória. A tutela provisória incidental será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

A segunda parte do dispositivo citado é válida apenas para as tutelas provisórias de urgência, uma vez que somente elas podem ser requeridas em caráter antecedente; a tutela de evidência necessita de um processo preexistente para ser requerida.

Por fim, o parágrafo único do art. 299 versa sobre as causas de competência originária do Tribunal e os recursos. Segundo tal dispositivo, ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos, a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

A regra tem o nítido propósito de preservar a competência funcional evitando que controvérsias a respeito de tutela antecipada que dizem respeito ao órgão superior recaiam no juízo *a quo*.

4.2. Tutela provisória de urgência

As tutelas de urgência possuem em comum a necessidade de se evitar um dano irreparável ou de difícil reparação em razão de eventual demora na entrega do provimento jurisdicional. A tutela de urgência só é possível, portanto, quando há uma situação de emergência, de perigo.

A tutela antecipada e a tutela cautelar possuem algumas semelhanças, como o fato de ambas serem espécies de tutela provisória, a primeira satisfativa e a segunda acautelatória, bem como algumas diferenças no tratamento procedimental dado pelo legislador.

A diferença de natureza jurídica satisfativa e acautelatória era expressamente reconhecida no projeto aprovado pela Câmara dos Deputados (art. 269, §§ 1º e 2º), mas tal distinção foi retirada do texto final aprovado pelo Senado Federal. O texto preferiu diferenciar os fundamentos para a concessão da tutela provisória que, segundo o art. 294, *caput*, do Código de Processo Civil, são a urgência ou a evidência.

O novo Código de Processo Civil, embora tenha uniformizado os pressupostos necessários à concessão das tutelas de urgência, decidiu diferenciar, nos artigos 303 a 310, os procedimentos para a concessão das tutelas de urgência de caráter antecedente, uma vez que somente a tutela antecipada requerida em caráter antecedente tem previsão de gerar estabilidade processual.

4.2.1. Requisitos

O *caput* do art. 300 do novo Código de Processo Civil traz os requisitos para a concessão da tutela de urgência, quais sejam, a *evidência da probabilidade do direito* e o *perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, requisito para a concessão da tutela antecipada no Código de Processo Civil de 1973, e o *periculum in mora*, requisito da tutela cautelar, foram unificados nesse artigo. Tais requisitos, assim como os requisitos do código anterior, tem como fundamento a impossibilidade de espera para a concessão da tutela definitiva, o que poderia tornar o resultado inútil em razão do tempo.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, o atual Código avançou em relação ao Código anterior, pois unificou os requisitos para a concessão tanto da tutela de urgência cautelar quanto da tutela de urgência antecipada, exigindo o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* para ambas, ao contrário do Código de Processo Civil de 1973, que exigia uma probabilidade de direito mais forte para a concessão da tutela cautelar. Segundo tais autores, “essa diferenciação, mesmo sob a égide do CPC/73, nunca fez sentido. Tratando-se de tutela de urgência, o **diferencial** para a sua concessão – o “fiel da balança” – é sempre o requisito do *periculum in mora*³⁷”. Quanto maior o *periculum* demonstrado, menor a exigência do *fumus* para a concessão da tutela pretendida, uma vez que o que importa para a concessão da tutela é a sua urgência, isto é, a necessidade da tutela em confronto com o perigo da demora na prestação jurisdicional.

Ademais, “O juízo de plausibilidade ou de probabilidade – que envolvem dose significativa de subjetividade – ficam, a nosso ver, num segundo plano, dependendo do *periculum* evidenciado. Mesmo em situações que o magistrado não

³⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 498.

*vislumbre uma maior probabilidade do direito invocado, dependendo do bem em jogo e da urgência demonstrada (princípio da proporcionalidade), deverá ser deferida a tutela de urgência, mesmo que satisfativa. (...). O que **não** se pode permitir é a concessão da tutela de urgência quando **apenas o periculum in mora esteja presente, sem fumus boni iuris**. Estando presente o fumus, mesmo que em menor grau, se o periculum for intenso, deve ser deferida a tutela de urgência pretendida. Ao contrário, se o periculum não for intenso, o juiz deve exigir, para a sua concessão, uma maior intensidade do “fumus” apresentado. (...). Com efeito, **ambos os requisitos, fumus e periculum, devem estar presentes**, mas é o periculum o fiel da balança para a concessão da medida, porque, afinal de contas, o que importa no palco da tutela de urgência é reprimir o dano irreparável ou de difícil reparação à parte, seja pela via direta (tutela satisfativa), seja pela via reflexa, afastando o risco de inutilidade do processo (tutela cautelar)³⁸”.*

A diferença entre o *fumus boni iuris* e a prova inequívoca da verossimilhança da alegação como requisitos para a concessão da tutela de urgência garantidora e satisfativa desaparecem, assim, no novo Código de Processo Civil, pois o art. 300, *caput*, prevê que a tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a probabilidade do direito.

Não há, no atual Código de Processo Civil, previsão que condiciona a concessão da tutela de urgência a pedido expresso da parte, tampouco há previsão que permita a sua excepcional concessão de ofício, tal como ocorria no art. 797 do Código de Processo Civil de 1.973, *in verbis*: “*Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes*”. Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, “Não deixa de ser uma opção no mínimo curiosa porque, enquanto com relação à medida cautelar sempre se entendeu pela possibilidade de sua excepcional concessão de ofício em razão do poder geral de cautela, no tocante à tutela antecipada, apesar da resistência de parte significativa da doutrina, o Superior Tribunal de Justiça passou a proferir decisões admitindo a concessão de ofício da tutela antecipada dentro da mesma excepcionalidade exigida para a concessão da medida cautelar sem a provocação das partes³⁹”. Esse

³⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 300.

³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015. São Paulo: Método, 2015. p. 209.

assunto, no entanto, perdeu importância, uma vez que o atual Código de Processo Civil não reproduziu a regra do art. 797 do Código anterior.

Segundo o art. 300, § 1º, do novo Código de Processo Civil, para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada caso a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. Trata-se de medida em favor do réu para lhe assegurar a possibilidade de eventual responsabilização do autor pelos danos causados com a execução da tutela de urgência. Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier e outros “Pode-se dizer que essa caução tem natureza de **contracautela**, ou seja, diante da cautela oferecida ao autor da cautelar, prevê o sistema uma contracautela em favor do réu, visando a **assegurar-lhe o resultado útil** de eventual responsabilização do autor pelos danos causados pela execução da tutela de urgência⁴⁰”. Tal medida, no entanto, é flexibilizada na segunda parte do dispositivo, com o objetivo de garantir a concessão da tutela de urgência em favor daqueles que não possuem condições patrimoniais de garantir o juízo, garantindo-se, assim, a aplicação do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Por fim, a tutela de urgência, tanto a antecipada quanto a cautelar, pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia, caso o juiz entenda necessário que o autor traga mais elementos de prova quanto aos requisitos necessários para a sua concessão (art. 300, §2º).

4.2.2. Perigo de irreversibilidade dos efeitos da tutela

O § 3º do art. 300, repetindo a norma do § 2º do art. 273 do Código de Processo Civil de 1973, prevê que a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Para Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, esse dispositivo diz respeito somente à tutela de urgência satisfativa, uma vez que a tutela cautelar, por ser conservativa, não ostenta, em princípio, potencial de irreversibilidade⁴¹.

Tal norma não resolve, por exemplo, situações em que há irreversibilidade recíproca, como no caso de liberação de medicamentos para o cidadão

⁴⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 500.

⁴¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 501.

ou a liberação de mercadorias perecíveis em um posto alfandegário. Nessas situações, os efeitos irreversíveis ocorrerão tanto na hipótese de concessão quando na de indeferimento da tutela provisória. Caberá ao juiz, em tais casos, proceder ao que Wambier e outros, citando Cândido Rangel Dinamarco, denomina de “juízo do mal maior”⁴², escolhendo, por meio da tábua de valores, a opção que causará o menor dos males. Nestes casos, havendo a concessão da tutela, a reversibilidade da decisão ficará limitada à reparação pecuniária.

A questão, porém, está longe de poder ser resolvida pela aplicação literal do mencionado dispositivo legal, na medida em que uma interpretação irreduzível pode abicar, em determinadas situações, numa negativa de tutela jurisdicional como o advento de prejuízos enormes e irreparáveis, com o que obviamente não se pode concordar⁴³.

4.3.Procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente

O art. 303 trata do procedimento para requerimento de uma tutela antecipada em caráter antecedente. O novo Código de Processo Civil muda a regra existente no CPC/73, que possibilitava, em caráter antecedente, tão somente o requerimento da tutela cautelar, e mesmo assim, sob a forma de um processo cautelar preparatório. O Código atual extinguiu a autonomia do processo cautelar e passou a permitir o requerimento da tutela antecipada também em caráter antecedente.

Embora seja requerida liminarmente, a tutela provisória de urgência antecedente pode não ser decidida liminarmente, uma vez que, conforme já exposto anteriormente, o juiz pode designar uma audiência de justificação prévia, caso entenda necessário que o autor traga mais elementos de prova quanto aos requisitos necessários para a sua concessão (art. 300, § 2º, CPC).

Prevê o art. 303 que “*Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo*”.

⁴² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 501.

⁴³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 501.

De modo geral, esse dispositivo prevê uma petição inicial simplificada, sem a necessidade de observância fiel de todos os requisitos dos arts. 319 e 320⁴⁴, mas veiculando, obrigatoriamente, o pedido de tutela antecipada, com indicação do pedido principal e os requisitos autorizadores da urgência (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*). Nessa “petição inicial simples”, o autor deverá indicar, também, o valor da causa, tomando como base o pedido final.

O autor deverá mencionar, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no *caput* do art. 303, consoante dispõe o § 5º do artigo, ou seja, deverá informar que, em razão da urgência, pleiteia somente o pedido de tutela antecipada, de modo que, no caso de deferimento do seu pedido de tutela de urgência, aditará a inicial para preencher os requisitos dos arts. 319 e 320 do Código de Processo Civil (art. 303, §1º, I). Segundo Wambier e outros, “Noutras palavras, a ‘petição inicial’ deverá fazer **menção expressa** de que, dada a urgência da situação, **formula-se tão somente pedido de tutela antecipada**, de forma que, uma vez concedida a tutela provisória pretendida, deverá ser aditada nos termos do §1º⁴⁵”.

De acordo com o § 6º do art. 303, se o juiz entender que não há elementos para a concessão da tutela antecipada, determinará que o autor a emende no prazo de cinco dias, sob pena de indeferimento e extinção do processo sem resolução do mérito.

⁴⁴ Art. 319. A petição inicial indicará: I - o juízo a que é dirigida; II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido com as suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação. § 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção. § 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu. § 3º A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça.

⁴⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 508.

Uma vez deferida a tutela satisfativa antecipada requerida em caráter antecedente, o juiz determinará que o autor adite a petição inicial. No aditamento, o autor deverá, no prazo de 15 dias se outro prazo maior não for fixado pelo juiz, complementar a sua argumentação, juntar novos documentos e confirmar o pedido de tutela inicial. Não há possibilidade de alteração do pedido, já explicitado no pedido inicial e que deverá ser confirmado pelo autor.

O aditamento deverá ser realizado nos mesmos autos do pedido de tutela antecipada, sem incidência de novas custas processuais, que devem ter sido recolhidas quando do ajuizamento do pedido inicial da tutela antecipada, tendo como base o valor da causa indicado pelo autor, nos termos do art. 303, § 4º.

Se o autor não realizar o aditamento, o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 303, § 2º).

O juiz determinará, também, a citação e a intimação do réu para que cumpra a ordem de tutela provisória deferida e para que compareça à audiência de conciliação e mediação, na forma do art. 334 do novo Código de Processo Civil (art. 303, §1º, II). Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335 (art. 303, §1º, III).

A lei não fala o momento exato da citação do réu, se é logo após a concessão da tutela antecipada ou somente após o aditamento da inicial. Para Wambier e outros, “a lei é silente quanto ao momento dessa citação, se imediatamente ou somente após o aditamento⁴⁶”.

Entendemos que a citação é imediata, oportunidade em que o réu tomará ciência tanto da audiência de conciliação quanto do deferimento da tutela provisória. O prazo de resposta do réu só poderá ser contado, no entanto, a partir da ciência do aditamento realizado pelo autor. Para Fredie Didier e outros, “*É necessário que se observe, contudo, que o prazo de resposta do réu não poderá ser contado antes da ciência inequívoca do aditamento da petição inicial do autor, para que se garanta a ele, réu, o lapso temporal mínimo de quinze dias para resposta à demanda do autor em sua inteireza. Por exemplo, se a causa não admitir autocomposição, não sendo cabível*

⁴⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 509.

a designação da audiência de conciliação ou mediação (art. 334, §4º, II, CPC), o réu será citado de imediato, mas o prazo de resposta só deverá correr da data em que for intimado do aditamento da petição inicial⁴⁷”.

Quando o réu contesta a ação ou recorre da decisão que concedeu a tutela antecipada, o processo seguirá o procedimento comum normalmente. Caso o réu deixe transcorrer *in albis* o prazo para se manifestar, poderá haver a estabilização da tutela antecipada antecedente e extinção do feito.

4.4. Estabilização da antecipação de tutela - direito comparado

Carlos Augusto de Assis⁴⁸, citando Ada Pellegrini Grinover, afirma que, segundo levantamento feito pela professora Ada, nações que influenciaram a doutrina jurídica brasileira, são alguns dos países que já possuíam mecanismos de estabilização da tutela de urgência.

Para tal autor, o instituto francês *référé*, que nasceu como tutela de urgência, foi ampliado com o tempo, passando a ser enquadrado também como tutela de evidência. O *référé* pode gerar provimento de caráter satisfativo, sem força de coisa julgada, mas permanece eficaz caso não seja desfeito em processo de cognição exauriente proposto por qualquer das partes. Como a propositura de ação de cognição exauriente não é obrigatória, ficando a critério das partes, a decisão em *référé* pode se tornar definitiva caso nenhuma das partes tenha interesse em ajuizar a ação.

Destarte, Carlos Augusto de Assis entende que “Esse, em particular, é um aspecto que merece destaque para os propósitos deste texto. O *referé* pode ser substituído pela decisão de mérito, em processo de cognição exauriente, mas só se vier a existir um. É bastante comum a situação em que nenhuma das partes resolve instaurar processo de cognição exauriente, fazendo com que, na prática, a decisão em *referé* se torne definitiva⁴⁹”.

⁴⁷ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus podivm, 2015.p. 603/604.

⁴⁸ ASSIS, Carlos Augusto de. A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas perspectivas. In: BUENO, Cassio Scarpilla et al. (Coord.). Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 26.

⁴⁹ ASSIS, Carlos Augusto de. A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas perspectivas. In: BUENO, Cassio Scarpilla et al. (Coord.). Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 27.

Segundo o autor, o Código de Processo Civil Italiano também possui dispositivos que contemplam situações de estabilização da tutela antecipada, como no caso dos artigos 186-ter e 186-quar. O art. 186-ter trata de uma ordem de injunção tendo como objeto o pagamento de somas ou a entrega de coisas fungíveis. Embora a lei italiana não mencione expressamente a coisa julgada, fala-se em eficácia executiva no caso de não impugnação, o que leva boa parte da doutrina daquele país a concluir pela existência de coisa julgada.

O art. 186-quar trata da possibilidade de, após o encerramento da instrução e caso haja requerimento da parte, seja expedida ordem de pagamento de quantias, liberação ou entrega de bens, a respeito dos quais já se entenda ter havido a devida prova.

4.5. Estabilização da antecipação de tutela

O art. 304, caput, do Código de Processo Civil traz uma novidade, qual seja, a possibilidade de que a decisão proferida em sede de antecipação de tutela antecedente produza e mantenha seus efeitos quando não impugnada pelo réu, litisconsorte ou assistente simples. Nesse caso, o processo será extinto (art. 304, §1º), mas os efeitos da decisão antecipatória continuarão enquanto não for ajuizada outra demanda com o intuito de revê-la, reformá-la ou invalidá-la (art. 304, §3º). Para Wambier e outros⁵⁰, o legislador entendeu que, se as partes se satisfizeram com o provimento baseado em cognição sumária, sem força de coisa julgada, não há motivo para obrigá-las a pleitear uma decisão baseada em cognição plena e com força de coisa julgada material.

Segundo Fredie Didier e outros, “A estabilização da tutela antecipada representa uma generalização da técnica monitória para situações de urgência e para a tutela satisfativa, na medida em que viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do réu⁵¹”. O autor entende que, para que a estabilização da tutela antecipada ocorra, é preciso que estejam presentes quatro pressupostos.

⁵⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 510.

⁵¹ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus podivm, 2015.p. 604.

O primeiro pressuposto para a estabilização da tutela antecipada, segundo Fredie Didier e outros, é o requerimento expresso de concessão de tutela antecipada antecedente (de acordo com uma interpretação literal do *caput* do art. 304). Segundo o art. 303, § 5º, o autor deverá indicar expressamente que pretende se valer do benefício do *caput* do art. 303. Afirmam, ainda, que “A opção pela tutela antecedente deve ser declarada expressamente pelo autor (art. 303, §5º, CPC). Um dos desdobramentos disso é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada, caso o réu seja inerte contra decisão que a conceda (art. 304, CPC). Os arts. 303 e 304 formam um amálgama. Desse modo, ao manifestar a sua opção pela tutela antecipada antecedente (art. 303, §5º, CPC), o autor manifesta, por consequência, a sua intenção de vê-la estabilizada, se preenchido o suporte fático do art. 304⁵²”.

A regra da estabilização da tutela de urgência, ao menos numa interpretação literal, serve somente à tutela antecipada em caráter antecedente, não abarcando a tutela cautelar e tampouco a tutela antecipada incidental. Isso ocorre porque a tutela cautelar tem natureza acautelatória, que visa à adoção de uma providência temporária com eficácia até que a parte obtenha um provimento satisfatório de seu direito material. Esse é o entendimento de Wambier e outros, para quem “(...) *o NCPC previu a estabilização somente para a tutela antecipada concedida em caráter antecedente*⁵³”.

O tratamento diferenciado quanto aos efeitos da estabilização da tutela para as tutelas antecipadas incidentais e antecedentes tem gerado polêmica na doutrina. Wambier e outros, citando Humberto Theodoro Jr., entende que “*nada justifica o tratamento diverso, pois não há diferença substancial entre a estabilização no curso do procedimento de cognição plena ou naquele prévio ou antecedente: em ambos os casos, a tutela sumária é deferida com base nos mesmos requisitos e cumpre o mesmo papel ou função*”⁵⁴. Para tais autores, “A melhor interpretação é aquela que

⁵² DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus podivm, 2015.p. 606.

⁵³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 511.

⁵⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 511.

*confere maior eficácia possível ao instituto, admitindo-se, assim, a estabilização mesmo no caso da **tutela antecipada deferida incidentalmente**⁵⁵”.*

A abrangência da estabilização da tutela antecipada, inclusive sobre a possibilidade de que tal estabilidade se estenda também à tutela de evidência, certamente gerará inúmeros debates na doutrina e na jurisprudência.

A vantagem para o réu que não opõe resistência à concessão da tutela antecipada em cognição sumária é a diminuição do custo do processo, uma vez que, por analogia ao art. 701, *caput* e § 1º⁵⁶, o réu que não impugnar a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente não pagará as custas do processo, bem como pagará apenas 5% dos honorários advocatícios de sucumbência. Tal vantagem só será possível se a tutela antecipada concedida em caráter antecedente se tornar estável. Caso o autor decida dar prosseguimento ao processo, o réu não será beneficiado com a redução das custas do processo.

Dessa forma, Fredie Didier Jr. e outros entendem que:

“Sendo assim, pode ele, réu, confiando na estabilização, simplesmente aceitar a decisão antecipatória, eximindo-se de impugná-la. Mas isso só fará sentido, somente lhe trará a vantagem da diminuição do custo do processo, se a inércia efetivamente gerar a estabilização de que fala o art. 304.

O réu precisa, então, saber, de antemão, qual a intenção do autor. Se o autor expressamente declara a sua opção pelo benefício do art. 303 (nos termos do art. 303, §5º, CPC), subentende-se que ele estará satisfeito com a estabilização da tutela antecipada, caso ela ocorra. Se, porém, desde a inicial, o autor já manifesta a sua intenção de dar prosseguimento ao processo, o réu ficará sabendo que a sua inércia não dará ensejo à estabilização do art. 304.

⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 511.

⁵⁶ Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa. § 1º O réu será isento do pagamento de custas processuais se cumprir o mandado no prazo.

Não se pode admitir que a opção pelo prosseguimento seja manifestada na peça de aditamento da inicial (art. 303, §1º, I, CPC). Isso porque o prazo para aditamento – de 15 dias, no mínimo – pode coincidir, ou mesmo superar, o prazo de recurso (art. 1003, §2º c/c art. 231, CPC). Assim, se se admitisse manifestação do autor no prazo para aditamento, isso poderia prejudicar o réu que, confiando na possibilidade de estabilização, deixara de recorrer”⁵⁷.

Destarte, segundo tais autores, a intenção do requerente em dar prosseguimento ao processo após a obtenção da tutela antecipada deve estar expressa na petição inicial de que trata o art. 303, *caput*, do Código de Processo Civil.

O segundo pressuposto para a estabilização da tutela antecipada antecedente é, portanto, a ausência de manifestação do autor, na petição inicial, de sua intenção em dar prosseguimento ao processo após a concessão da tutela antecipada.

Segundo, ainda, Fredie Didier e outros, o terceiro pressuposto para a estabilização da tutela antecipada de caráter antecedente é a efetiva concessão da tutela requerida, seja pelo juízo de primeiro grau, seja pelo Tribunal em decisão proferida em sede de recurso de agravo de instrumento interposto pelo autor contra a decisão que denegou a tutela antecipada antecedente. Ademais, tanto a tutela antecipada em caráter antecedente concedida liminarmente quanto aquela concedida após justificação prévia são aptas a tornarem-se estáveis.

Finalmente, o quarto e último pressuposto para a estabilização é a inércia do réu. Embora o *caput* do art. 304 preveja que a tutela antecipada antecedente se tornará estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso, alguns autores entendem que qualquer forma de oposição do réu impede a estabilização e, conseqüentemente, a extinção do processo. Esse é o entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier e outros⁵⁸:

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus podivm, 2015.p. 607.

⁵⁸WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 511.

*“Frise-se: pela letra da lei, não basta que o réu conteste a demanda. Se **não** houver recurso da decisão que antecipou a tutela, esta se tornará **estável** e o processo, com ou sem contestação, será **extinto**. Essa forma de interpretação, a nosso ver, não pode prevalecer.*

*Em verdade, qualquer forma de oposição (v.g., contestação, reconvenção) deve ter o condão de evitar a extinção do processo. Basta **a resistência, a manifestação do inconformismo do réu**, a qual, pode se dar não só pelo recurso.*

A vingar uma interpretação literal antevê-se um risco potencial de aumento dos agravos de instrumento nessa situação, pois a parte seria obrigada a lançar mão do recurso se quisesse que a ação prossiga e seja julgado o pedido final”.

Fredie Didier Jr. e outros entendem que a revelia não é um pressuposto para a incidência da estabilização, mas, se apresentada no prazo de recurso, afasta a inércia do réu e, conseqüentemente, a estabilização:

“Mas não nos parece que a revelia é um pressuposto necessário para a incidência do art. 304.

(...).

Assim, o prazo de defesa, em regra, demora um pouco para ter início. O art. 304 não exige que se espere tanto para que se configure a inércia do réu apta a ensejar a estabilização da tutela antecipada.

(...).

“Em suma, a eventual apresentação da defesa no prazo do recurso é um dado relevante, porque afasta a inércia e, com isso, a

*estabilização; mas a inércia que enseja a estabilização não depende da ocorrência de revelia*⁵⁹”.

A inércia do réu enseja, portanto, a estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente e a extinção do processo. Ambas as partes podem, no entanto, no prazo decadencial de dois anos contados da ciência da decisão que extinguiu o processo (art. 304, §5º, CPC), reabrir a discussão a respeito da antecipação de tutela, uma vez que o art. 304, §2º, prevê que qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada.

De acordo, ainda, com o § 4º do artigo, qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação que visa reabrir a discussão sobre a tutela, estando prevento o juízo que concedeu a tutela antecipada.

Por fim, o § 6º do art. 304 prevê que a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada material, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

Correta a ausência de coisa julgada material em caso de estabilização da tutela antecipada, uma vez que a decisão proferida não foi baseada em uma cognição exauriente que justificasse a imutabilidade de tal decisão. Para Wambier e outros, “A opção feita pelo NCPC está em consonância com o direito italiano e o francês e, segundo nosso entendimento, é a melhor. O instituto da coisa julgada é **incompatível** com decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, provisória e sujeita à confirmação. O que confere idoneidade para que uma decisão fique imune à revisão é justamente **a profundidade da cognição** nela desenvolvida⁶⁰”.

Ademais, a estabilidade da decisão é distinta da imutabilidade da coisa julgada, pois, mesmo após o prazo decadencial de dois anos para o ajuizamento de

⁵⁹ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus podivm, 2015.p.609.

⁶⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 514.

ação para reabrir a discussão a respeito da antecipação de tutela, as partes podem, em razão da ausência de coisa julgada, ingressar com uma nova demanda, com cognição exauriente, sobre o mesmo objeto da discussão que concedeu a tutela de urgência.

Importante mencionar, ademais, que a ação ajuizada dentro do prazo decadencial de dois anos previsto no art. 304, §5º seguirá as regras de distribuição do ônus da prova tomando por base o processo anterior. Assim, se a nova demanda for ajuizada pelo réu da ação extinta, o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito continuará sendo do autor daquela ação, isto é, do réu da nova demanda.

Se, por outro lado, uma nova demanda for ajuizada após o prazo decadencial de dois anos previsto no §5º, o autor da nova ação terá o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, independentemente de ser ele o autor ou o réu da ação extinta com base no art. 304, §1º do Código de Processo Civil.

4.6.Procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente

Os artigos 305 a 310 do Código de Processo Civil tratam da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, que é aquela requerida no mesmo processo em que se pretende pleitear a tutela definitiva. Seu objetivo é, segundo Fredie Didier e outros, “i) *adiantar provisoriamente a eficácia da tutela definitiva cautelar; e ii) assegurar a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa*⁶¹”.

Embora ambas sejam espécies de tutela de urgência, o novo Código de Processo Civil preferiu diferenciar os procedimentos da tutela antecipada e da tutela cautelar quando requeridas em caráter antecedente.

O art. 305 prevê, em seu *caput*, que a petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente deverá indicar “*a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*”.

Já o art. 306 prevê que o réu será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir. A defesa do réu será em face da petição inicial que veicula o pedido de tutela cautelar antecedente; a

⁶¹ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus podivm, 2015.p.613.

contestação do pedido final será feita posteriormente. Para Wambier e outros, “A contestação a que se refere esse dispositivo, é bom frisar, está circunscrita à petição que veicula o pedido de tutela cautelar e não ao pedido principal que somente será deduzido posteriormente (art. 308). Obviamente, tendo sido deferida liminarmente a tutela cautelar pretendida pelo autor, o mandado será de citação e de intimação dessa decisão, abrindo-se a possibilidade do réu lançar mão do recurso de agravo de instrumento⁶²”.

Caso o magistrado tenha deferido eventual pedido liminar, o réu será citado para apresentar sua defesa e intimado da decisão concessiva da liminar, oportunidade em que poderá interpor o competente agravo de instrumento contra essa decisão.

Ao contrário do que ocorre na tutela antecipada antecedente, em que a falta de recurso pelo réu estabiliza a tutela antecipada e gera a extinção do processo, a ausência de recurso em face da concessão da tutela cautelar antecedente não traz maiores consequências, exceto a manutenção da tutela até a decisão definitiva de mérito.

No caso de ausência de contestação, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos e o juiz decidirá dentro de cinco dias (art. 307). O efeito da revelia não conduz necessariamente à procedência do pedido, uma vez que, na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento. Dispõe, ainda, o parágrafo único do art. 307 que, contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.

Efetivada a tutela cautelar requerida em caráter antecedente, o autor deverá formular o pedido principal dentro de trinta dias, sob pena de cessação da eficácia da medida cautelar concedida (art. 308, caput, c.c. art. 309, I). Segundo Wambier e outros:

“Esse pedido não será deduzido por meio de outra ação como se faz no CPC/73, mas sim por meio de petição apresentada nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, sem pagamento de novas custas processuais.

⁶² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 516.

O NCPC extingue, portanto, a autonomia do processo cautelar, mantendo autonomia apenas aos processos de conhecimento e execução. Aqui se vislumbra clara inovação do NCPC, ao romper com a tradição adotada pelo sistema brasileiro, inspirada no direito italiano, na qual se prevê um processo autônomo para a tutela cautelar. É de se lembrar que o CPC/73 prevê todo um livro para o ‘processo’ cautelar (o Livro III) com 98 artigos de lei. Aproxima-se, nesse ponto, o direito brasileiro do sistema francês em que não há processo autônomo para a tutela de urgência⁶³”.

Após a contestação do réu, o processo seguirá o procedimento comum até a decisão final. O novo Código de Processo Civil extinguiu, assim, a autonomia do processo cautelar, mantendo autonomia apenas aos processos de conhecimento e execução.

A parte final do *caput* do art. 308 prevê, ainda, que o pedido principal deverá ser formulado por meio de petição nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não havendo necessidade de pagamento de novas custas processuais, sendo facultado ao autor o aditamento da causa de pedir, consoante dispõe o §2º do art. 308.

Caso o autor não formule o pedido principal no prazo de trinta dias, contados da efetivação da tutela cautelar, esta perderá sua eficácia, consoante dispõe o art. 309, I, do Código de Processo Civil. Nesse caso, não haverá extinção do processo, somente a perda da eficácia da tutela cautelar concedida em caráter antecedente. O processo prosseguirá até o julgamento do pedido principal.

O § 1º do art. 308 faculta ao autor formular o pedido principal conjuntamente com o pedido de tutela cautelar. Nesse caso, a tutela cautelar não será antecedente, mas sim incidental.

Prevê, ainda, o §3º do art. 308, que, apresentado o pedido principal, o juiz determinará a intimação das partes, pessoalmente ou por seus advogados, para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, sem necessidade de

⁶³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 518.

nova citação do réu. Não havendo autocomposição, o réu terá o prazo de quinze dias para contestar o pedido principal, na forma do art. 335 (art. 308, §4º).

Se a medida cautelar, embora concedida, não for efetivada dentro de 30 dias, bem como se a sentença for de improcedência ou de extinção do processo sem resolução de mérito, a eficácia da tutela também cessará (art. 309, II e III).

Importante ressaltar que, cessada a eficácia da tutela provisória, seja ela cautelar ou antecipada, o autor responderá pelo dano processual e pelos prejuízos que a efetivação da tutela tiver causado à parte adversa, consoante prevê o art. 302, III, já mencionado nos comentários acima.

Prevê, ainda, o p. único do art. 309, que, se por qualquer motivo, a tutela cautelar perder sua eficácia, é vedado à parte deduzir novamente o mesmo pedido, salvo se houver um novo fundamento.

Destarte, a ausência de coisa julgada no pedido não permite à parte renovar o pedido, pois ocorre, no caso, a preclusão *pro judicato*, uma vez que é vedado ao juiz julgar novamente questões já decididas, conforme a norma inscrita no art. 505⁶⁴ do Código de Processo Civil. Com efeito, “(...) a ausência de coisa julgada material no pedido cautelar não faz com que fique sempre aberta ao demandante a possibilidade de renovar seu pleito. Nesse sentido, vale lembrar a regra contida no art. 505 pela qual ‘*Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide*’. Mesmo sem a formação da coisa julgada, há *in casu* **preclusão pro judicato**, impedindo-se o juiz de julgar novamente as questões já decididas⁶⁵”.

Por fim, o indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento deste, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento da decadência ou da prescrição.

⁶⁴ Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei.

⁶⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 520.

4.7.Fungibilidade das tutelas de urgência

O parágrafo único do art. 305 do Código de Processo Civil prevê que, uma vez requerida a tutela cautelar antecedente, o juiz, caso entenda que o pedido tem natureza satisfativa, poderá convertê-la em tutela antecipada, com observância do procedimento previsto no art. 303.

Embora o Código de Processo Civil não mencione a possibilidade de conversão da tutela antecipada antecedente para a tutela cautelar antecedente, entende Fredie Didier Jr. e outros que a regra da conversão deverá, por analogia, ser aplicada caso o juiz entenda que a natureza do pedido é cautelar, convertendo-se, assim, um pedido de tutela antecipada antecedente em tutela cautelar antecedente, observando-se, nesse caso, a regra do art. 305 e seguintes do Código de Processo Civil:

“Se o legislador admite essa fungibilidade progressiva (da cautelar para a satisfativa), deve-se admitir, por analogia, a fungibilidade regressiva da satisfativa para a cautelar (da mais para a menos agressiva e rigorosa). Dessa forma, uma vez requerida tutela provisória satisfativa (antecipada) em caráter antecedente, caso o juiz entenda que sua natureza é cautelar, poderá assim recebe-la, desde que seguindo o rito para ela previsto em lei. É preciso que a decisão tenha motivação clara nesse sentido, até mesmo para que o réu saiba das consequências da sua inércia, bem mais gravosas caso o pedido seja de tutela provisória satisfativa⁶⁶”.

4.8.Tutela de evidência

Enquanto no Código de Processo Civil de 1973 a tutela de evidência era apenas uma espécie de tutela antecipada (art. 273, § 6º⁶⁷), no atual Código

⁶⁶ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus podivm, 2015.p.616.

⁶⁷ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994). (...). § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).

de Processo Civil a tutela de evidência é tratada em título próprio, como uma espécie de tutela provisória.

Existem situações em que o direito pleiteado pelo autor se mostra tão evidente que não é justo impor-lhe o ônus de suportar o tempo do processo, razão pela qual se permite que a pretensão seja antecipada por meio de uma tutela provisória, fundada em cognição sumária.

Para Fredie Didier Jr. e outros:

“A evidência é fato jurídico processual. É o estado processual em que as afirmações de fato estão comprovadas.

A evidência, enquanto um fato jurídico processual, pode ser tutelada em juízo.

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

Somente há sentido e utilidade em falar da ‘tutela da evidência’ como técnica processual.

É uma técnica processual, que diferencia o procedimento, em razão da evidência com que determinadas alegações se apresentam em juízo.

Qualquer espécie de tutela jurisdicional, encarada como resultado prático da decisão, pode, em tese, ser beneficiada por essa técnica.

Assim, a evidência pode servir às tutelas definitivas ou provisórias⁶⁸”.

⁶⁸DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus podivm, 2015.p.617.

Segundo o art. 311 do atual Código de Processo Civil:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

A tutela de evidência não se confunde com o julgamento antecipado da lide, situação prevista nos arts. 355 e 356 do atual Código de Processo Civil, uma vez que, na tutela de evidência, a decisão, porquanto pautada em cognição sumária, não é definitiva, podendo ser revogada a qualquer tempo no curso do processo.

O art. 285 do anteprojeto do Código de Processo Civil, que tratava da tutela de evidência, previa que:

“Art. 285. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando:

I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;

II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;

III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou

IV – a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

Parágrafo único. Independência igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional”.

Malgrado não tenha sido arrolado como uma situação capaz de ensejar a tutela de evidência, o inciso II do art. 285 do anteprojeto foi mantido como hipótese autorizadora do julgamento antecipado parcial do mérito, previsto no art. 356 do atual Código de Processo Civil, *in verbis*: “O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I - mostrar-se incontroverso; II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355”.

Para Wambier e outros, a tutela de evidência, embora seja uma tutela provisória, não é tutela de urgência, porquanto baseada na evidência do direito e não no *periculum in mora*⁶⁹, consoante prevê o *caput* do art. 311, que dispõe que “A tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”. A tutela de evidência dispensa, portanto, a demonstração de urgência ou de perigo.

Os incisos do art. 311 preveem situações que evidenciam a probabilidade do direito do autor e, conseqüentemente, permitem a concessão da tutela de evidência.

⁶⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 524.

Segundo Fredie Didier e outros⁷⁰, existem duas modalidades de tutela provisória de evidência, a punitiva (inciso I) e a documental (incisos II a IV).

A tutela de evidência punitiva é concedida quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, conceitos indeterminados que devem ser preenchidos pelo juiz no caso concreto (art. 489, §1º, II⁷¹, CPC).

Na prática, no entanto, são raras as hipóteses de tutela de evidência punitiva. Segundo Fredie Didier Jr. e outros:

“Isso porque o juiz detém armas e instrumentos eficazes para combater deslealdade processual, para evitar ou reprimir comportamentos ardilosos e meramente protelatórios. É o caso dos arts. 139, III, 77, §2º, 79 a 81, 774, dentre outros do CPC.

Segundo Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, é vedada no nosso ordenamento a aplicação de mais de uma sanção processual punitiva para sancionar um mesmo ato (ne bis in idem). Assim: ‘Ocorrendo situação na qual potencialmente incida a tutela antecipada sancionatória e outra sanção processual, aquela prevalece, por critério de especialidade (entre seus requisitos inclui-se, além da conduta desleal do demandado, a probabilidade de existência do direito do demandante...), e em decorrência de sua maior aptidão para proporcionar uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva’.

Não parece acertada a conclusão. O ato ilícito pode ter múltipla consequência jurídica, sem qualquer impedimento teórico neste sentido. Uma mesma conduta pode repercutir nos âmbitos cível, penal e administrativo. O art. 77, §2º, e o art. 774 do CPC são expressos em admitir a cumulação de sanções processuais. O

⁷⁰ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus podivm, 2015.p.619.

⁷¹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença. (...). § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...). II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (...).

atentado é ilícito processual com múltiplas consequências (art. 77, §7º, do CPC). Nada impede, então, que a conduta da parte implique a tutela de evidência punitiva e a punição pecuniária pela litigância de má-fé.”⁷²”.

Para que a de tutela de evidência punitiva seja concedida, é necessário, por óbvio, que estejam presentes o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, bem como a verossimilhança das alegações do autor e a probabilidade de acolhimento do pedido.

O inciso II trata de uma das hipóteses de tutela de urgência documental, aquela tutela documentada fundada em precedente obrigatório. Nesse caso, a tutela será concedida, inclusive liminarmente (art. 311, parágrafo único), quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos (art. 927, III⁷³, CPC) ou em súmula vinculante (art. 927, II⁷⁴, CPC), que vinculam tanto os juízes quanto os Tribunais.

Destarte, para Fredie Didier e outros, o pedido baseado em fatos comprovados documentalmente e que sejam semelhantes àqueles que fundamentaram a criação de tese jurídica em Tribunal superior é um fato jurídico processual em estado de evidência, sujeito à concessão dessa espécie de tutela provisória⁷⁵.

Importante registrar, ainda, que, preenchidos os pressupostos que autorizam a sua concessão, a decisão que conceder a tutela de evidência prevista no art. 311, II, do Código de Processo Civil deverá identificar os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do precedente utilizado e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. Por outro lado, a decisão denegatória da tutela de evidência deverá demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do

⁷² DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus podivm, 2015. p.622/623.

⁷³ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...); III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (...).

⁷⁴ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...); II - os enunciados de súmula vinculante; (...).

⁷⁵ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus podivm, 2015. p. 625.

entendimento do precedente ou enunciado de súmula invocado pela parte (art. 489, §1º, VI, CPC).

Segundo Fredie Didier Jr. e outros:

“Devidamente preenchidos os pressupostos que autorizam essa tutela de evidência documentada, a decisão concessiva não poderá limitar-se a apontar o lastro documental de comprovação das alegações de fato e invocar o precedente ou o enunciado de súmula onde foi firmada a tese invocada. É necessário que identifique os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do precedente utilizado e demonstre que o caso sob julgamento se assemelha ao caso que lhe deu origem, ajustando-se aos seus fundamentos (art. 489, §1º, V, CPC).

Por outro lado, a decisão denegatória dessa tutela de evidência documentada não poderá deixar de seguir o precedente ou enunciado de súmula invocado pela parte, ‘sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento’ (art. 489, §1º, VI, CPC)⁷⁶”.

A propósito da apelação interposta em face da sentença que confirma ou concede a tutela de evidência documentada e fundada em preceito obrigatório, cumpre esclarecer que o recurso só poderá versar sobre a distinção do caso em julgamento com relação ao caso que deu origem ao precedente ou à superação do precedente, sob pena de decisão singular do relator negando-lhe provimento, nos termos do art. 932, IV, do Código de Processo Civil, que dispõe que “*Incumbe ao relator: (...); IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; (...)*”.

⁷⁶ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus podivm, 2015. p. 626.

O inciso III trata de uma segunda hipótese de tutela de urgência documental, a fundada em contrato de depósito. Nesse caso, a tutela será concedida quando “*se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa*”.

Essa hipótese de tutela de evidência em favor do depositante veio para substituir a ação de depósito prevista nos arts. 901 a 906⁷⁷ do Código de Processo Civil de 1.973.

Destarte, uma vez que o autor demonstre, em sua petição inicial, a prova do depósito e a mora do réu, seria desproporcional não lhe conceder de plano um direito que aparenta ser muito provável. Importante esclarecer, ademais, que, embora o inciso III do art. 311 não exija expressamente que o autor demonstre a mora do réu, tal exigência está implícita no dispositivo, uma vez que a súmula 72 do STJ determina que “*A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente*”.

O novo Código de Processo Civil não manteve a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, prevista no art. 902, §1º do Código de Processo Civil de 1.973. Essa alteração foi realizada em atenção à posição firmada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em diversos julgamentos, como o RE 466343, cuja ementa transcrevo a seguir:

⁷⁷ Art. 901. Esta ação tem por fim exigir a restituição da coisa depositada. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973).

Art. 902. Na petição inicial instruída com a prova literal do depósito e a estimativa do valor da coisa, se não constar do contrato, o autor pedirá a citação do réu para, no prazo de 5 (cinco) dias: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973). I - entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro; (Incluído pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973). II - contestar a ação. (Incluído pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973). § 1º No pedido poderá constar, ainda, a cominação da pena de prisão até 1 (um) ano, que o juiz decretará na forma do art. 904, parágrafo único. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973). § 2º O réu poderá alegar, além da nulidade ou falsidade do título e da extinção das obrigações, as defesas previstas na lei civil. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973).

Art. 903. Se o réu contestar a ação, observar-se-á o procedimento ordinário.

Art. 904. Julgada procedente a ação, ordenará o juiz a expedição de mandado para a entrega, em 24 (vinte e quatro) horas, da coisa ou do equivalente em dinheiro. Parágrafo único. Não sendo cumprido o mandado, o juiz decretará a prisão do depositário infiel.

Art. 905. Sem prejuízo do depósito ou da prisão do réu, é lícito ao autor promover a busca e apreensão da coisa. Se esta for encontrada ou entregue voluntariamente pelo réu, cessará a prisão e será devolvido o equivalente em dinheiro.

Art. 906. Quando não receber a coisa ou o equivalente em dinheiro, poderá o autor prosseguir nos próprios autos para haver o que lhe for reconhecido na sentença, observando-se o procedimento da execução por quantia certa.

“PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” (RE 466343, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, j. em 03/12/2008).

Posteriormente, o STF editou, na Sessão Plenária de 16 de dezembro de 2009, a Súmula Vinculante nº 25, que determina que “*É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito*”.

O art. 311, IV, do Código de Processo Civil admite uma terceira hipótese de concessão da tutela provisória de evidência documental, a fundada na ausência de contraprova documental suficiente. Nesse caso, a tutela será concedida quando “*a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável*”.

Interessante destacar, ainda, os dispositivos previstos nos art. 9º e 311, parágrafo único, do atual Código de Processo Civil. O primeiro estabelece que “*Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida*”, exceto quando se tratar de tutela provisória de urgência (art. 9º, I), tutelas de evidência previstas nos incisos II e III do art. 311 (art. 9º, II) e decisões previstas no art. 701 (art. 9º, III). Já o parágrafo único do art. 311 determina que as decisões sobre tutela de evidência baseadas nos incisos II e III poderão ser proferidas liminarmente.

Esses dois dispositivos citados (art. 9º e art. 311, parágrafo único) ilustram bem a tentativa do legislador em repartir as consequências desfavoráveis do tempo entre as partes, evitando que os efeitos indesejados do tempo recaiam todos sobre o autor, especialmente nos casos em que, devido ao alto grau de probabilidade do direito, este provavelmente sairá vencedor ao final.

Por fim, cumpre indagar a respeito da possibilidade ou não de estabilização da tutela de evidência, uma vez que o atual Código de Processo Civil previu a estabilização somente para a tutela antecipada concedida em caráter antecedente. Sobre o assunto, citarei novamente o entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier e outros:

“Na mesma esteira das considerações anteriores, não vemos qualquer razão para que seja tolhida essa possibilidade. Na tutela de evidência, em razão da grande probabilidade do direito em favor do autor, também deve ser permitida a técnica da estabilização, evitando-se com isso o prosseguimento do processo, caso não haja um recurso contra a decisão que a concede.

Por tais razões, percebe-se que, a nosso ver, o legislador escreveu menos do que queria dizer (*minus scripsit quam voluit*). A técnica da estabilização, para surtir os efeitos desejados, deve ser interpretada de forma ampla, apta a incidir sobre todas as formas de tutela, tanto na forma antecedente quanto incidental, e ainda a tutela de evidência antecipada. Somente a tutela cautelar deve ficar excluída da técnica da estabilização⁷⁸”.

5. TUTELA PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

A atividade estatal, ante seu gigantismo e misteres constitucionais consistentes nas mais variadas formas de prestação de serviço público, estabelece incontáveis relações jurídicas entre o Estado, a população em geral e aqueles que colaboram, de alguma maneira, para a consecução dos serviços públicos.

É natural que essa condição colossal de relações jurídicas acarrete uma gama variada de ações perante o Poder Judiciário em que uma das partes seja o Estado ou os entes que lhe compõem em condição de pessoa jurídica de direito público.

A legislação processual nunca esteve alheia a essa condição estatal de modo que previu regras diferenciadas para atuação do Estado em juízo, como, por exemplo, o prazo diferenciado para contestar e para recorrer, rito específico para a

⁷⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 512.

execução contra a Fazenda Pública e requisitos próprios para concessão de tutela antecipada contra a Fazenda.

Longe de constituírem privilégios, esses regramentos conferem, na verdade, observância ao princípio da isonomia que exige, além do tratamento igualitário, o tratamento diferenciado entre os desiguais. Por isso as regras diferenciadas conferidas à Fazenda Pública constituem prerrogativas e não privilégios.

As regras processuais, geralmente, têm o cuidado de conferir essas prerrogativas apenas à Fazenda Pública, ou seja, apenas àquelas pessoas jurídicas de direito público, notadamente o ente da Administração Direta (União, Estados e municípios) e suas autarquias e fundações de direito público. Assim, empresas públicas, fundações públicas de direito privado estão excluídas do conceito de Fazenda Pública.

Não é despiciendo afirmar que o conjunto dessas prerrogativas traz praticamente um microssistema processual da Fazenda Pública em juízo que altera situações processuais tipicamente fazendárias como o mandado de segurança e a desapropriação como outras em que o rito é adequado à atuação da Fazenda como os juizados especiais da Fazenda Pública.

Como já adiantado, dentre as prerrogativas da Fazenda está a diferenciação entre os requisitos exigidos para a concessão de tutela antecipada.

As restrições ao deferimento de tutela antecipada em face da Fazenda Pública não são novas. Por exemplo, a vedação à concessão de liminar que vise à liberação de bens e mercadorias de procedência estrangeira já constava da Lei 2.770/1956, enquanto a restrição à concessão de liminares objetivando a reclassificação ou equiparação de vantagens de servidores públicos ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens estava prevista nas Leis 4.348/1964 e 5.021/1966⁷⁹.

Essas leis, a princípio, se destinavam ao mandado de segurança. Após o advento da Lei 8.437/1992, houve uma extensão das limitações aos provimentos de natureza cautelar, conforme se depreende do art. 1º da referida lei:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de

⁷⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 299.

natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

Não bastasse a providência, a lei determinou que a apelação (e, inclusive, o reexame necessário) interposta em face de sentença que concedeu cautelar que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional deva ser recebida com efeito suspensivo.

O diploma legal também vedou a concessão de liminares em ações cautelares quando o ato impugnado seja de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária de tribunal (§ 1º do art. 1º). Entretanto, tal vedação não se aplica às ações civis públicas e às ações populares (§ 2º do mesmo artigo).

A regra tem o fim claro de preservar a competência dos tribunais para tais atos. Contudo, as ações mencionadas anteriormente são ações constitucionais de trâmite típico em primeira instância, afastando a competência originária de tribunal superior.

Outrossim, o diploma legislativo também vedou a concessão de liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação e a medida que defira a compensação de créditos tributários ou previdenciários (§§ 3º e 5º).

Importante mencionar, nessa evolução legislativa, o disposto no art. 29-B da Lei 8.036/1990, Incluído pela Medida Provisória nº 2.197-43, de 2001: Art. 29-B. Não será cabível medida liminar em mandado de segurança, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, nem a tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil que impliquem saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS.

A Lei 12.016/2009 que trata do mandado de segurança repetiu algumas restrições quanto à concessão de liminares e, avançando no tema, estendeu essas restrições à tutela antecipada prevista no Código de Processo Civil de 1973. Colacionamos o dispositivo:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

(...)

§ 2o Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

§ 3o Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.

§ 4o Deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento.

§ 5o As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei no 5.869, de 11 janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Na verdade, o sistema de restrições à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública foi completado pela Lei 9.494/1997 que, antes da nova lei do mandado de segurança, já havia determinado o diálogo entre os sistemas processuais. Veja-se:

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

O Supremo Tribunal Federal, no âmbito da ADC nº 4, julgou constitucional o art. 1º da Lei 9.494/1997, pondo fim a celeuma instaurada nos tribunais do país acerca da compatibilidade da norma com a Constituição Federal. Digno de nota, entretanto, que o Supremo vem restringindo a aplicação do dispositivo através de sucessivas negativas de reclamações constitucionais ajuizadas para assegurar a soberania da decisão proferida na ADC nº 4⁸⁰.

Por derradeiro, é importante ressaltar que as vedações mencionadas encontram-se em pleno vigor com o advento do Código de Processo Civil de 2015 uma vez que o art. 1059 tratou de deixar claro o tratamento diferenciado quanto à concessão de tutela provisória em face da Fazenda Pública.

Art. 1.059. À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1o a 4o da Lei no 8.437, de 30 de

⁸⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 302.

junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.

Importante mencionar que o dispositivo apenas repete, de forma atualizada, o que fez o mencionado art. 1º da Lei 9.494/97 cuja constitucionalidade já foi declarada pelo STF no bojo da ADC nº 04.

Assim, muitas das críticas que são feitas ao dispositivo, com todo respeito que se tem com o peso de quem as subscreve⁸¹, não merecem subsistir. Primeiramente, porque não se trata de hipóteses em que o interesse público subjacente nessas medidas deve prevalecer, motivo pelo qual o legislador quis alertar o magistrado que o fundado receio de dano irreparável deve ser considerado para a parte que requer a medida e também para o interesse público que pode ser desatendido com a efetivação da medida.

De acordo com essa corrente doutrinária, o legislador, em exame prévio, já descartou a possibilidade de concessão do provimento de urgência para situações em que não se revela presente o risco de dano de grave lesão ou de difícil reparação. SE o servidor público, por exemplo, pretende obter vantagem que agregue valores a seus vencimentos, não há, evidentemente, qualquer periculum *in mora*. Os demais casos não são igualmente admitidos, ou porque ausente a situação de perigo, ou porque a medida se revela irreversível. Caso, por exemplo, o servidor público tenha suprimida uma vantagem de sua remuneração, aí caberá medida de urgência, pois não se trata de concessão, mas de restauração ou recomposição de vantagem, havendo risco de dano irreparável ou de difícil reparação⁸².

Também merece comentário a possibilidade da suspensão da liminar através de requerimento direto no tribunal imediatamente superior ao órgão que concedeu a tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Trata-se do instituto da suspensão de segurança.

Como já mencionado acima, a decisão que concede ou indefere tutela provisória cabe o recurso de agravo de instrumento. O recurso, como se sabe, tem o objetivo de reformar a decisão originária em razão de seu desacerto formal ou de conteúdo.

⁸¹ E. g., BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela provisória contra o poder público no CPC de 2015*. In: BUENO, Cassio Scarpinella et al. (Coord.) In: *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 68.

⁸² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 304.

A suspensão de segurança, por sua vez, não se presta a reformar a decisão inferior porque não está voltada a corrigir seu acerto ou desacerto, mas sim evitar que determinada medida liminar possa violentar sobremaneira o interesse público, notadamente quando a decisão importar em grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Tal instituto foi previsto originariamente na Lei 191/1936, que regulou o mandado de segurança previsto na Constituição Federal de 1934. Foi mantido no Código de Processo Civil de 1939. Regulado pela Lei 1.533/1951 e, após, pela Lei 4.348/1964. Hoje a matéria está abordada na Lei 12.016/2009.

Como se vê, seu nascedouro foi o mandado de segurança. Daí deriva a nome que a doutrina e jurisprudência lhe conferiram: suspensão de segurança. Entretanto, o art. 4º da Lei 8.437/1992 conferiu a possibilidade de pedido de suspensão de segurança para qualquer hipótese de liminares concedidas contra o Poder Público em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

O regramento vem bem delineado no art. 15 da Lei 12.016/2009 e é, de certo modo, bastante simples.

É dirigido ao Presidente do tribunal a quem couber o recurso contra a decisão proferida e é a pessoa competente para o julgamento. Não se confunde com o recurso da decisão proferida que não vincula a decisão sobre a suspensão de segurança.

Na verdade pode até inexistir recurso da decisão a que se pretende suspender uma vez que a preclusão não atinge suspensão. A decisão suspensa não é reformada. Apenas seus efeitos são suspensos até que cessem a violação aos interesses públicos que originaram o pedido.

O pedido pode ser feito pela pessoa jurídica de direito público interessa ou pelo Ministério Público. Não é necessário que a pessoa jurídica de direito público tenha sido parte no processo bastando que os efeitos da decisão interferirão na grave lesão ao interesse público dentro de sua esfera de competência.

A competência para apreciação do pedido é do presidente do tribunal que tiver competência para apreciar o recurso da decisão proferida. Se a ordem,

por exemplo, tiver sido emanada por relator de agravo de instrumento, a competência para apreciação do pedido de suspensão de segurança será do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça conforme o caso.

É bom salientar que apenas para resolver a questão de competência que a legislação fez correlação com o recurso cabível, pois não há vinculação entre eventual agravo de instrumento tirado da decisão que ofende a ordem pública e a suspensão de segurança, não havendo em se falar, por isso mesmo, em conflito de decisões entre o julgamento do agravo de instrumento e a análise do pedido de suspensão de segurança.

A decisão que defere ou indefere o pedido cabe agravo⁸³. O art. 15, *caput* da Lei 12.016/2009 afirma que da decisão que suspender a liminar cabe agravo. Inclusive o § 1º afirma que da decisão que indeferir ou a decisão que prover o agravo a que se refere *caput* cabe novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal imediatamente superior.

Tal redação, sem sombra de dúvidas, indica que não caberia agravo da decisão que indefere o pedido de suspensão de segurança. Entretanto, o § 3º do art. 4º da Lei 8.347/92 afirma peremptoriamente que a recorribilidade da decisão independe do resultado favorável ou desfavorável.

O prazo previsto para a interposição do agravo na Lei 12.016/2009 e na Lei 8.347/92 é de cinco dias. Entretanto, o art. 1.021, § 2º, do CPC prevê o prazo de 15 dias para o agravo interno. É fato que o novo códex processual quis unificar os prazos para recursos, de maneira que, com o advento do art. 1.070 do CPC pode-se afirmar tranquilamente que o prazo para o agravo da decisão do presidente do tribunal é de 15 dias⁸⁴.

Por derradeiro, cumpre mencionar que a possibilidade de aditamento do pedido inicial para liminares cujo objeto seja idêntico prevista no § 8º da Lei 8.437/92. Tal medida implica em evidente racionamento e economia perante os tribunais a semelhança do que ocorre com a técnica de recursos repetitivos.

⁸³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela provisória contra o poder público no CPC de 2015*. In: BUENO, Cassio Scarpilla et al. (Coord.) In: *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 65.

⁸⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 627.

6. EXECUÇÃO E RESPONSABILIZAÇÃO PELOS EFEITOS DA CONCESSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA EM CASO DE REFORMA DA DECISÃO.

6.1. Medidas para a efetivação da tutela cautelar de urgência

Segundo o art. 301 do novo Código de Processo Civil, a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito. Tal dispositivo tem recebido muitas críticas da doutrina, pois o atual Código de Processo Civil extinguiu as cautelares típicas, de modo que não é razoável nomear algumas dessas medidas, que com o tempo serão desconhecidas dos operadores do direito.

Desnecessária a exemplificação das medidas, pois o próprio dispositivo prevê a adoção de “qualquer outra medida idônea para a assecuração do direito”. Como o novo Código de Processo Civil não explicou o que são tais medidas, para entendê-las será necessário recorrer ao Código de Processo Civil de 1973, com a ressalva de que os requisitos específicos previstos naquele Código devem ser desconsiderados, pois os requisitos para a concessão das cautelares no atual Código de Processo Civil são o *fumus boni iuris* (evidência da probabilidade do direito) e o *periculum in mora* (perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo).

Não é outro o entendimento de Wambier e outros: “Para entender que medidas são essas, será preciso recorrer ao CPC/73. Convém advertir, no entanto, que os requisitos específicos previstos naquele Código para a concessão de tais medidas devem ser desconsiderados, porquanto o NCPC abre a via para as cautelares mediante a presença de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. De todo modo, o procedimento previsto para elas no CPC/73 deve servir de parâmetro para os operadores do direito, mesmo sob a égide do NCPC, sob pena de não se ter qualquer padrão ou forma para as medidas de ‘arresto’, ‘sequestro’, ‘arrolamento de bens’ ou registro de protesto contra alienação de bens⁸⁵”.

⁸⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 502.

6.2. Responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela antecipada

A responsabilidade objetiva do autor de demanda cautelar ou beneficiado pela efetivação de tutela antecipada sempre foi referendada pela doutrina com base especialmente no art. 811 do CPC/73 que tratava da responsabilidade do autor de medida cautelar.

Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;

III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;

IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.

Quanto à tutela antecipada, o art. 273 do código revogado remetia o cumprimento da tutela antecipada ao art. 588 que tratava da execução provisória de sentença.

O dispositivo foi revogado pela Lei 11.232/05 que inseriu o cumprimento de sentença no Código de 1973. Entretanto, a norma legal continuou vigorando no art. 475-O com praticamente as mesmas determinações.

A responsabilização do autor de medida cautelar e beneficiário de tutela antecipada sempre mereceu elogios por parte da maioria da doutrina uma vez que o sistema processual não pode punir aquele que saiu vitorioso na demanda. Ou seja, a sucumbência deve ser integral.

Hélio Tornaghi, com a clareza que lhe é peculiar, afirma textualmente que a “obrigação do reembolso não provém de ato ilícito, mas da vontade da lei que não quer transformar o processo em arma de destruição dos direitos. A responsabilidade do vencido é meramente objetiva, como em tantos outros casos acolhidos em direito”. No mesmo sentido Celso Agrícola Barbi, que, juntamente

com Chiovenda, conclui no sentido de haver o direito processual “evoluído” quanto ao ponto, “para chegar-se, enfim, à condenação absoluta”⁸⁶.

Não se pode deixar de comentar doutrina que vai exatamente no sentido oposto, ou seja, da inexistência da possibilidade de responsabilização objetiva do beneficiado pela efetivação de tutela antecipada ou cautelar. É o caso de Fábio Luiz Gomes que, apoiado em Ovídio Baptista da Silva conclui que a norma afronta a paridade de armas entre autor e réu⁸⁷.

A responsabilização dos danos causados pela tutela antecipada encontra poderoso eco na jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL LOCALIZADO EM SHOPPING CENTER. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELOS DANOS CAUSADOS PELA EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. ARTS. 273, § 3º, ART. 475-O, INCISOS I E II, E ART. 811, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. INDAGAÇÃO ACERCA DA MÁ-FÉ DO AUTOR OU DA COMPLEXIDADE DA CAUSA. IRRELEVÂNCIA. RESPONSABILIDADE QUE INDEPENDE DE PEDIDO, AÇÃO AUTÔNOMA OU RECONVENÇÃO.

1. Recurso especial interposto por Condomínio do Conjunto Nacional:

1.1. Afigura-se dispensável que o órgão julgador venha a examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes, bastando-lhe que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais. Inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC.

1.2. O acórdão ostenta fundamentação robusta, explicitando as premissas fáticas adotadas pelos julgadores e as consequências jurídicas daí extraídas. O seu teor resulta de exercício lógico, revelando-se evidente a pertinência entre os fundamentos e a conclusão, entre os pedidos e a decisão, razão por que não se há falar em ausência de fundamentação ou de julgamento *citra petita*.

1.3. As conclusões a que chegou o acórdão recorrido no que concerne à segurança do empreendimento e à ausência de infração a disposições condominiais decorreram da análise soberana da

⁸⁶ GOMES, Fábio Luiz. Responsabilidade objetiva nos provimentos antecipatórios e execução provisória. In: ALVIM, Arruda, et. al. (coord). Execução Civil e Temas Afins – do CPC/1973 ao novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 321.

⁸⁷ *Idem*. p. 327.

prova e, por isso, não podem ser revistas por esta Corte sem o reexame do acervo fático-probatório. Incidências das Súmulas 5 e 7 do STJ.

2. Recurso especial interposto por Mozariém Gomes do Nascimento:

2.1. Os danos causados a partir da execução de tutela antecipada (assim também a tutela cautelar e a execução provisória) são disciplinados pelo sistema processual vigente à revelia da indagação acerca da culpa da parte, ou se esta agiu de má-fé ou não. Basta a existência do dano decorrente da pretensão deduzida em juízo para que sejam aplicados os arts. 273, § 3º, 475-O, incisos I e II, e 811 do CPC. Cuida-se de responsabilidade objetiva, conforme apregoa, de forma remansosa, doutrina e jurisprudência.

2.2. A obrigação de indenizar o dano causado ao adversário, pela execução de tutela antecipada posteriormente revogada, é consequência natural da improcedência do pedido, decorrência ex lege da sentença e da inexistência do direito anteriormente acautelado, responsabilidade que independe de reconhecimento judicial prévio, ou de pedido do lesado na própria ação ou em ação autônoma ou, ainda, de reconvenção, bastando a liquidação dos danos nos próprios autos, conforme comando legal previsto nos arts. 475-O, inciso II, c/c art. 273, § 3º, do CPC. Precedentes.

2.3. A complexidade da causa, que certamente exigia ampla dilação probatória, não exime a responsabilidade do autor pelo dano processual. Ao contrário, neste caso a antecipação de tutela se evidenciava como providência ainda mais arriscada, circunstância que aconselhava conduta de redobrada cautela por parte do autor, com a exata ponderação entre os riscos e a comodidade da obtenção antecipada do pedido deduzido.

3. Recurso especial do Condomínio do Shopping Conjunto Nacional não provido e recurso de Mozariém Gomes do Nascimento provido.

As regras contidas no art. 475-O já mencionado alhures foram repetidas no art. 520 do CPC/2015:

Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II - fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos;

III - se a sentença objeto de cumprimento provisório for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução;

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

Finalmente, importante mencionar recente alteração do entendimento do STJ quanto a irrepetibilidade de pensão recebida por força de liminar, tendo em vista seu caráter alimentar, onde restou assentada a sua possibilidade. Nas palavras do acórdão do REsp. nº 1.384.418/SC, proferido pelo C. STJ, de relatoria do Min. Hermann Benjamin, não se exige a boa-fé subjetiva, ou seja, a ciência de que a prestação tinha legitimidade jurídica, embora precária, mas sim a boa-fé objetiva, na qual não se pode admitir a pressuposição da parte de incorporação irreversível da verba a seu patrimônio.

Nos parece que a redação do art. 302 do novo Código de Processo Civil não deixa margem de dúvidas quanto a responsabilidade objetiva do autor do pedido de tutela de urgência pelos danos que a efetivação da medida causar à parte adversa. Confira-se:

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;

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.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

O inciso I enfatiza o caráter provisório da tutela de urgência, responsabilizando o requerente por danos causados à parte contrária caso a sentença seja improcedente.

O inciso II tem como objetivo impedir o retardamento proposital do andamento do processo por aquele que foi beneficiado pela tutela de urgência. No entanto, além do prazo de cinco dias não ser razoável, essa responsabilização objetiva do autor é um pouco exagerada, especialmente nos casos em que a tutela de urgência for confirmada pela procedência do pedido. Ademais, parece difícil imaginar uma situação de prejuízo ao réu por retardamento da citação, uma vez que a efetivação da medida de urgência, salvo raras hipóteses, pressupõe o conhecimento, e consequentemente, a citação do réu.

A aplicação do inciso II deve ser feita com cautela, devendo a responsabilização ser atribuída caso o atraso na citação do réu seja atribuída exclusivamente ao autor, devendo o réu demonstrar que os prejuízos que sofreu foram causados tão somente em razão do retardamento da citação.

O inciso III, por sua vez, responsabiliza o autor quando ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal. As hipóteses de perda da eficácia da tutela de urgência estão previstas nos artigos 303, §2º e nos incisos I, II e III do art. 309 do atual Código de Processo Civil.

Destarte, a responsabilização do autor o art. 303, §2º, que, em se tratando de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, se o autor não aditar a petição inicial para complementar a sua argumentação, juntar novos documentos e confirmar o pedido de tutela final em quinze dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar, o processo será extinto sem a resolução do mérito, extinguindo-se, também, a eficácia da medida liminar.

Já a tutela cautelar requerida em caráter antecedente, segundo o art. 309 do Código de Processo Civil, perde a sua eficácia em três hipóteses, quais sejam, quando o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal de trinta dias contados da efetivação da medida cautelar (art. 309, I), quando a medida cautelar não for efetivada no prazo de trinta dias (art. 309, II) e quando o juiz julgar improcedente o pedido

principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito (art. 309, III).

Assim, parece estanque de dúvidas a responsabilização do autor pelos danos causados ao réu com fundamento no art. 302, III cumulado com o art. 309, I e III. No entanto, a responsabilização baseada na norma prevista no art. 309, II, tem suscitado algumas discussões doutrinárias, a saber:

“Para Humberto Theodoro Júnior, a hipótese não autoriza qualquer responsabilização, na medida em que sua cessação decorre justamente da falta de execução da medida; não haveria, pois, o que indenizar. Por sua vez, José Carlos Barbosa Moreira propugna por uma leitura diversa, de forma a responsabilizar o autor pelos prejuízos causados ao réu, se a medida não for executada dentro de 30 dias, mas se o for tardiamente, após esse prazo.

A razão de ser da norma, para alguns, reside na suposição de que, se não executada em tal prazo, o autor tenha perdido o interesse na medida e, para outros, visa a evitar, por um lado, que a medida de urgência seja inócua e, por outro, que perdure indefinidamente a possibilidade de intervenção jurisdicional na esfera jurídica alheia.

Seja qual for a razão, o NCPC manteve a regra pela qual se **pune a desídia da parte beneficiária da medida cautelar**, que deve tomar as providências para sua efetivação **no prazo máximo de 30 dias**. Se, eventualmente, não se lograr executá-la neste prazo por fatos alheios à vontade do autor, não haverá cessação da medida e, consequentemente, qualquer responsabilização⁸⁸.”

A responsabilização do requerente no caso de reconhecimento, pelo juiz, de decadência ou prescrição da pretensão do autor (Art. 302, IV) visa atribuir responsabilidade ao requerente da tutela de urgência que, posteriormente, se mostrou indevida, porquanto o direito que fundamentou tal medida estava prescrito ou havia decaído.

Por fim, o parágrafo único do art. 302 prevê que a indenização deverá ser, sempre que possível, liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida.

⁸⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 505.

7. CONCLUSÃO

A tutela antecipada é um instrumento de grande relevância para a concretização do direito à efetiva tutela jurisdicional em razão da distribuição do ônus do tempo do processo entre autor e réu.

A análise histórica permite inferir que o instituto está em constante evolução dentro do sistema nacional, como não poderia deixar de ser, o Código de Processo Civil também traz novidades sobre o assunto.

O desejo de unificação das tutelas cautelar e satisfativa em um único sistema foi parcialmente atendido, uma vez que o novo Código trata ambas sob o nomenclatura de tutela de urgência. Entretanto, a diferenciação ainda é necessária ante as consequências diferenciadas que o Código traz para cada uma, notadamente quando se tratar de medida requerida em caráter antecedente.

As expressões *fumus boni iuris*, prova inequívoca da verossimilhança das alegações e perigo da demora foram substituídas pela demonstração de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, quanto às tutelas de urgência.

A tutela de evidência por seu turno, antes prevista de forma tímida no inciso II e § 6º do art. 273 do CPC/73, ganhou corpo no CPC/15, trazendo duas novas hipóteses. A doutrina discute a possibilidade desta medida ser requerida em caráter antecedente.

O novo Código não suprimiu completamente a diferenciação entre tutela cautelar e antecipada, uma vez que, malgrado tenha adotado um regime jurídico “quase” único para as tutelas de urgência, não as equiparou totalmente. Tal diferenciação ganha importância nas discussões a respeito da possibilidade de estabilização da tutela prevista no art. 304, aparentemente voltada somente à tutela antecipada, e não à cautelar.

Outro aspecto que certamente gerará inúmeros debates na doutrina e na jurisprudência é a possibilidade ou não de estabilização da tutela de evidência, uma vez que o atual Código de Processo Civil previu a estabilização somente para a tutela antecipada concedida em caráter antecedente.

Às tutelas provisórias requeridas contra a Fazenda Pública aplicam-se as mudanças previstas no novo código. Contudo, os requisitos particulares exigidos em determinadas situações não sofreram grande alteração, mormente em razão do art. 1.059, em que pese alguma crítica da doutrina.

A responsabilização do beneficiário por tutela antecipada parece ter sido reforçada com a nova legislação, mormente em razão da previsão expressa no capítulo que trata da tutela sobre a responsabilização do autor.

BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas perspectivas*. In: BUENO, Cassio Scarpilla et al. (Coord.). *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

AURELLI, Arlete Inês. *Tutelas provisórias de urgência no novo cpc: remanesce a necessidade de distinção entre as antecipadas e cautelares*. In: BUENO, Cassio Scarpilla et al. (Coord.). *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela provisória contra o poder público no CPC de 2015*. In: BUENO, Cassio Scarpinella et al. (Coord.) In: *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de Evidência: Teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus podivm, 2015.

GOMES, Fábio Luiz. *Responsabilidade objetiva nos provimentos antecipatórios e execução provisória*. In: ALVIM, Arruda, et. al. (coord). *Execução Civil e Temas Afins – do CPC/1973 ao novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES, João Batista. *A prova na tutela antecipada*. In: BUENO, Cassio Scarpilla et al. (Coord.). *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela provisória na atualidade, avanços e perspectivas: entre os 20 anos do art. 273 do CPC de 1973 e a entrada em vigor do novo CPC*. BUENO, Cassio Scarpilla et al. (Coord.) In: *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Teoria Geral do processo*. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. (Curso de Processo Civil; v. 1).

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual e processo de conhecimento – vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo Civil – curso completo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2006.

YARSHELL, Flávio Luiz. *A tutela provisória (cautelar e antecipada) no novo CPC; Grandes mudanças? (III)*. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-tutela-provisoria-cautelar-e-antecipada-no-novo-cpc--grandes-mudancas-iii/15753>>.