

O TEMPO NA DURAÇÃO DO PROCESSO E AS TUTELAS DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

TIME IN THE PROCESS OF APPOINTMENT AND URGENT GUARDIANSHIPS AND EVIDENCE IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE



Marcia Aparecida de Andrade FREIXO¹

Sumário: Introdução; 1. A busca pela efetividade da jurisdição; 2. A tutela antecipada e a tutela cautelar no Código de 1973 e no novo Código de Processo Civil de 2015; 3. Restrições à concessão de tutelas provisórias em face da Fazenda Pública; Conclusões. Bibliografia

Resumo: Este artigo discute a preocupação com a duração razoável do processo e procura traçar um paralelo entre os meios de antecipação da tutela jurisdicional previstos no novo Código de Processo Civil e aqueles previstos no CPC de 1973.

Abstract: This article discuss the concern with the reasonable duration of proceedings and tries to trace a parallel between the means of anticipation of judicial protection provided for by the new Brazilian civil procedure code and those provided for by the civil procedure code of 1973.

Palavras-chave: Tutela provisória – novo código de processo civil brasileiro - duração razoável do processo – efetividade processual

Key words: anticipated judicial protection – new civil procedure code – duration of proceedings – effectiveness of judicial protection

INTRODUÇÃO

O tempo na duração do processo tem sido fonte de constante preocupação tanto para os operadores do direito quanto para os jurisdicionados, já que a demora na prestação

¹ Procuradora do Estado de São Paulo, formada em Direito e em Letras pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

jurisdicional prejudica sua efetividade e pode levar, em casos extremos, ao perecimento do direito que se pretendia proteger pela via processual.

No entanto, ao mesmo tempo em que o direito processual civil deve perseguir a celeridade e a efetividade, deve, também, garantir a segurança jurídica e o devido processo legal, sob pena de se transformar apenas em instrumento de proteção do autor, deixando o réu à mercê de demandas desarrazoadas e decisões precipitadas.

Os meios para se obter essa efetividade processual evoluíram de hipóteses específicas de antecipação de tutela (nas ações possessórias, mandado de segurança, embargos de terceiro, busca e apreensão em alienação fiduciária, etc) à utilização, ainda que não muito bem vista no meio jurídico, de medidas ditas cautelares, mas com cunho satisfativo e, finalmente, à tutela antecipada introduzida de modo generalizado no ordenamento jurídico brasileiro a partir da edição da Lei nº 8.952/94.

O novo Código de Processo Civil inovou ao adotar o tratamento unificado da tutela cautelar e da tutela antecipada de urgência e ao ampliar as hipóteses de cabimento da tutela antecipada de evidência, sempre no intuito de imprimir maior celeridade e efetividade ao processo.

O presente estudo procurará analisar, em linhas gerais, já que o Código ainda não entrou em vigor, o tratamento dado à tutela provisória no novo Código de Processo Civil à luz dos princípios constitucionais da efetividade, do devido processo legal e da segurança jurídica, traçando, sempre que possível, um paralelo com o quanto previsto no CPC de 1973.

1. A BUSCA PELA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO

A jurisdição é uma das expressões do poder estatal, caracterizando-se como a capacidade que o Estado tem de decidir imperativamente e de impor suas decisões. O objetivo maior da jurisdição e, conseqüentemente, de todo o sistema processual - já que este pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício - é a pacificação.²

² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel.

O mesmo poder estatal de onde emana o direito material deve propiciar meios para que aquele que teve - ou sofra ameaça de ter – seu direito lesado possa, através do processo, obter da outra parte o cumprimento da obrigação não cumprida espontaneamente ou o respeito a seus direitos.

O direito de acesso à justiça, assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, “não pode e nem deve significar apenas o direito formal de invocar a jurisdição, mas o direito a uma decisão justa. Não fora assim, aquela apreciação seria vazia de conteúdo valorativo”.³

Como ensina João Batista Lopes, “a doutrina contemporânea vê o processo como instrumento a serviço da jurisdição, isto é, destinado a fazer atuar, em sua plenitude, a ordem jurídica para proteger os direitos das pessoas físicas e jurídicas e garantir a paz social”.⁴

1.1 A Efetividade e a Duração Razoável do Processo

O processo, concebido como o instrumento de que a função jurisdicional do Estado se utiliza para colocar fim às crises do direito material, operacionaliza-se através de uma seqüência de atos processuais (o procedimento), que demandam um certo lapso de tempo até atingir uma sentença definitiva, lapso este que tem sido cada vez maior, em decorrência do grande número de causas levadas à apreciação do Poder Judiciário, dos recursos disponíveis até se chegar a uma decisão definitiva e, não se pode negar, de certas atitudes abusivas das partes e da falta de aparelhamento do Poder Judiciário, entre outras razões.

Levando em conta que o reconhecimento tardio de um direito pode fazê-lo perecer antes mesmo que o processo judicial tenha atingido seu término, o legislador constitucional, através da EC nº 45/2004, acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º da

Teoria geral do processo. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 24.

Os autores indicam que os escopos visados pelo Estado no exercício da jurisdição são de três ordens: sociais, políticos e jurídicos. A pacificação – um escopo social – é o “escopo magno da jurisdição, e por consequência de todo o sistema processual”.

³ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 132.

⁴ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 33-34.

Constituição Federal⁵, que assegura a todos, no âmbito do processo judicial ou administrativo, a duração razoável do processo e a celeridade de sua tramitação.⁶

Para que o processo seja adequado ao cumprimento de sua função ele deve ser capaz de proporcionar à parte que tenha razão tudo aquilo que ela obteria se a obrigação fosse cumprida espontaneamente, em um tempo razoável. Espera-se, portanto, que o processo seja célere e efetivo e que a decisão proferida seja dotada de utilidade prática.



É o que se depreende da lição de Leonardo José Carneiro da Cunha:

Uma das preocupações da doutrina mais moderna é com a diminuição do tempo do processo e, de resto, com a efetividade processual. Já se constitui jargão afirmar que justiça tardia não é justiça. Quando o texto constitucional assegura o livre acesso à justiça, está a garantir uma prestação jurisdicional efetiva e tempestiva, sem desgaste resultante das mazelas de uma insuportável demora na entrega da tutela jurisdicional.⁷

Confira-se, também, a opinião de Teori Albino Zavascki:

Bem se vê, do exposto, que o conceito de tutela jurisdicional está relacionado com o da atividade propriamente dita de atuar a jurisdição e com o de resultado dessa atividade. Prestar tutela jurisdicional, ou, para usar a linguagem constitucional, apreciar as lesões ou ameaças a direitos, significa, em última análise, formular juízo sobre a existência dos direitos reclamados e, mais que isso, impor as medidas necessárias à manutenção ou reparação dos direitos reconhecidos.⁸

Bedaque arremata a questão com brilhantismo:

Ordenamento que não assegura a atuação das regras que estabelece, mediante sistema eficaz de tutela, destinado a garantir o interesse de quem se encontra em situação de vantagem e não obteve o reconhecimento voluntário de seu direito subjetivo, não pode ser considerado jurídico.⁹

Conclui-se, assim, que o direito de acesso à justiça, mais do que mera garantia de acesso ao Judiciário, significa o direito à obtenção de uma decisão justa, efetiva e tempestiva.

⁵ Tal previsão já fazia parte do ordenamento jurídico brasileiro por constar da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil através do dec. nº 678, de 6 nov. 1992.

⁶ “Artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p.222.

⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.13

O novo CPC, na Parte Geral, ao tratar das normas fundamentais do processo civil, estabelece expressamente que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º), bem como ser dever de todos os sujeitos do processo cooperarem entre si “para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art.6º).

1.2 A Necessária Harmonização dos Princípios Processuais Constitucionais

A necessidade de obtenção de uma decisão rápida e eficaz, a fim de que se cumpra integralmente o princípio do acesso à justiça não deve, contudo, afastar o aplicador do Direito dos demais princípios processuais constitucionais, principalmente do devido processo legal e da segurança jurídica, devendo todos esses princípios ser harmonizados no caso concreto.

João Batista Lopes afirma que a efetividade e a duração razoável do processo passaram a compor o conceito de devido processo legal. Segundo o autor, “o princípio do devido processo legal (ou devido processo constitucional) significa que o processo deve ser cercado de garantias essenciais à sua atuação plena e efetiva, em tempo razoável.”¹⁰

Bedaque, por sua vez, define efetividade a partir do equilíbrio entre segurança e celeridade:

Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo.

Em princípio não há efetividade sem contraditório e ampla defesa. A celeridade é apenas mais uma das garantias que compõem a idéia do devido processo legal, não a única. A morosidade excessiva não pode servir de desculpa para o sacrifício de valores fundamentais, pois ligados à segurança do processo.

Essa concepção de efetividade do processo atende ao princípio da economia processual, tal como definido pela doutrina alemã, que

¹⁰ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.19.

estabelece uma relação de adequação entre meios e fins. Representa aplicação desse princípio o procedimento que possibilite alcançar os escopos da atividade jurisdicional com o máximo de eficácia e com o menor dispêndio de energia possível.¹¹

Nesta esteira de raciocínio, podemos concluir que o princípio constitucional do devido processo legal (que não se entende sem o contraditório e a ampla defesa) somente pode ser analisado em conjunto com os não menos importantes princípios da efetividade do processo, da celeridade processual e do direito à tutela jurisdicional.

Esses direitos e garantias são assegurados a ambos os sujeitos da relação processual, devendo-se ter cautela na aplicação dos princípios de modo a não privilegiar demasiadamente uma das partes.

Não se pode, em nome da efetividade, aniquilar-se a ampla defesa e o contraditório, também constitucionalmente garantidos. Do mesmo modo, não se pode deixar perecer o próprio direito discutido em juízo para proteger-se o direito de ampla defesa do réu.

Como observa Bedaque, a difícil missão do processualista moderno reside em “adequar o sistema processual às necessidades do direito material, que requer soluções cada dia mais rápidas, sem que isso implique, todavia, sacrifício indevido da posição de um dos sujeitos parciais da relação processual”.¹²

Por isso, o novo CPC cuidou de também incluir, ao lado dos art. 4º e 6º, que tratam da duração razoável do processo, dispositivo que assegura “às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório” (art. 7º).

O art. 9º prevê que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, ressalvando contudo a possibilidade de decisão *inaudita altera pars*, nos casos de (i) tutela provisória de urgência; (ii) tutela de evidência prevista no art. 311, incisos II e III e (iii) decisão prevista no art. 701.

¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49-50.

¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.13.

Tendo em vista esta necessidade de harmonizar os princípios processuais constitucionais, garantindo a efetividade e a celeridade sem subtrair o direito ao devido processo legal ou prejudicar a segurança jurídica, é aconselhável que as soluções adotadas para medidas de urgência tenham caráter provisório, já que tomadas mediante uma cognição sumária, e venham a ser substituídas por decisões definitivas, a que se chega após cognição ampla e sejam reversíveis. Apenas excepcionalmente poder-se-ia admitir a irreversibilidade de uma decisão tomada em sede de cognição sumária.

No novo CPC, contudo, como adiante será discutido, admite-se hipótese em que a tutela de urgência concedida mediante cognição sumária torne-se estável e deixe de ter caráter provisório após dois anos (art. 304 caput e parágrafos).

2.A TUTELA ANTECIPADA E A TUTELA CAUTELAR NO CÓDIGO DE 1973 E NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A reforma processual de 1994, que deu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973, concedeu ao juiz o poder de antecipar, desde que presentes determinados requisitos, os efeitos da tutela definitiva de mérito.

A técnica da antecipação da tutela não constituiu exatamente uma novidade no ordenamento jurídico pátrio, eis que já se encontrava presente em sede das ações possessórias, mandado de segurança, embargos de terceiro, busca e apreensão em alienação fiduciária, etc.

A grande novidade trazida pela reforma de 1994 foi a generalização da possibilidade de adiantamento da tutela, desde que presentes os requisitos para sua concessão, o que afastou o uso indiscriminado da ação cautelar para obter provimento de caráter satisfativo.

Nesse sentido confira-se a lição de Teori Albino Zavascki:

Esta dessintonia doutrinária refletiu-se, como era de se esperar, na jurisprudência. Todavia, o que ocorreu nos tribunais, de um modo geral, foi a gradual passagem de uma linha de orientação nitidamente radical, de rejeitar medidas cautelares satisfativas, para outra exatamente oposta. A ação cautelar passou a ser aceita, não apenas como instrumento para a obtenção de medidas para garantia do resultado útil do processo, mas também para alcançar tutela de mérito relativa a

pretensões que reclamassem fruição urgente. Esse movimento pendular acompanhou, aliás, um movimento mais amplo, sentido também em outros países com sistema semelhante ao nosso, de expansão da tutela provisória. Na onda expansiva vieram abusos, como, por exemplo, o da concessão das liminares, mais que satisfativas, irreversíveis, cuja execução inviabilizava o retorno da situação fática ao estado anterior, comprometendo irremediavelmente a garantia do contraditório e da defesa, bem como a efetividade prática de eventual sucesso do réu na sentença final.

Preocupado com o fenômeno, que atingiu especialmente as entidades da administração pública, o legislador buscou alternativas para controlá-lo em padrões razoáveis, e para isso editou várias normas limitadoras da tutela provisória satisfativa, proibindo-a em certos casos e, em outros, submetendo sua concessão a requisitos mínimos de contraditório.

[...]

Nesse contexto, sobreveio a reforma processual de 1994: dando nova redação ao art. 273 do Código de Processo Civil, o legislador consagrou a possibilidade de o juiz, atendidos certos requisitos, antecipar, em qualquer processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva de mérito. Essa mudança, generalizando a concessão da tutela antecipatória, teve relevantes consequências não apenas no campo do processo cautelar, mas também no de conhecimento e no de execução, consequências muito mais profundas do que à primeira vista podem parecer. A orientação do legislador foi clara: admitiu explicitamente a possibilidade de concessão de medidas de antecipação do próprio direito material afirmado pelo autor, mas deu a tal espécie de tutela uma disciplina processual e procedimental própria, diversa da prevista para as medidas cautelares.¹³

O legislador de 1994, ao introduzir no Código de Processo Civil a antecipação da tutela, preocupou-se em bem distingui-la da ação cautelar, atribuindo-lhe requisitos diversos daquela, os quais foram exaustivamente discutidos pela doutrina, havendo severas críticas às confusões feitas entre os dois institutos.

Confira-se, neste passo, a lição de R. Friede:

Alguns autores têm com excessiva (e preocupante) frequência, confundido, entre si, os diferentes institutos da tutela antecipada [...] contribuindo, sobremaneira, neste especial contexto, para o efetivo estabelecimento de uma aparente (e, neste particular, equivocada) similitude entre ambos os institutos processuais que, em sua essência, possuem objetivos completamente distintos, como unanimemente tem reconhecido a jurisprudência a respeito [...].¹⁴

¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 45-46.

¹⁴ FRIEDE, R. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999,

A reforma feita no CPC no ano de 2002, introduzindo o parágrafo 7º no artigo 273, contudo, veio a reconhecer que não existem diferenças teleológicas significativas entre uma e outra, daí o legislador permitir sua fungibilidade quando presentes os respectivos pressupostos. *In verbis*:

Art. 273 [...].

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Os requisitos para a obtenção de provimento jurisdicional de urgência pela via da antecipação de tutela no âmbito do CPC de 1973 são a demonstração do perigo iminente de dano irreparável ou de difícil reparação somado à prova inequívoca, que induza à verossimilhança das alegações do requerente. (Não olvidando que a concessão da tutela antecipada devido ao comportamento manifestamente protelatório do réu (art. 273, II) não constitui tutela de urgência, mas sim uma espécie de punição).

Para se obter a tutela cautelar, por seu turno, faz-se necessário demonstrar a existência do *fumus boni iuris* (possibilidade de procedência do direito alegado) e do *periculum in mora* (possibilidade de dano, caso a medida não seja concedida).

Embora menos rígidos, os requisitos para a obtenção da tutela cautelar são da mesma natureza que os exigidos para a obtenção da tutela antecipatória de urgência, ou seja, a existência de perigo de dano caso a tutela não seja prestada com urgência e a presença de elementos que demonstrem a existência do direito do requerente.

Assim, os requisitos necessários à obtenção da tutela urgente, via técnica cautelar, são mais brandos do que os requisitos necessários à concessão da técnica antecipatória. Enquanto a técnica antecipatória requer a produção de prova inequívoca e possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, a técnica cautelar requer apenas a possibilidade de futuro acolhimento do direito alegado e a possibilidade de um dano, que não precisa ser iminente nem irreparável ou de difícil reparação.

No entanto, deve-se perceber que se trata de requisitos que refletem exatamente as mesmas necessidades, quais sejam a situação de urgência e a presença de elementos que demonstrem o direito do requerente. Por isso mesmo, a doutrina e o legislador não deveriam se preocupar em

diferenciar excessivamente aquilo que apenas o bom senso do magistrado e o seu contato com a situação realmente decidem nos casos concretos.¹⁵

A introdução do parágrafo 7º no artigo 273 do CPC de 1973 já revelava a necessidade de aproximação das modalidades de tutela sumária, urgente e provisória, a fim de que pudessem receber o mesmo tratamento jurídico.

Parte da doutrina entende que a fungibilidade prevista no artigo 273 parágrafo 7º somente autoriza a substituição da tutela antecipada por cautelar, visto que a tutela cautelar pode ser concedida de ofício, graças ao poder geral de cautela previsto no artigo 798 do Código de Processo Civil, mas a tutela antecipada deve ser sempre requerida pela parte. Nesse sentido, Eduardo de Avelar Lamy:

O legislador entendeu que seria menos adequado estabelecer o instituto da fungibilidade, no sentido da técnica cautelar para a antecipada, por motivos estruturais e técnicos referentes aos procedimentos e aos requisitos legais para a concessão das medidas, mas não necessariamente pela natureza das técnicas em si. Preocupou-se com o fato de que, ao conceder a antecipação em sede de requerimento cautelar, o juiz poderia estar, em princípio, criando uma nova ação e infringindo o princípio do ne procedat iudex ex officio (o juiz não deve proceder de ofício), como se o requerimento que se diz cautelar nunca pudesse valer ou ser interpretado por antecipação, como se verá no subitem específico¹⁶.

José Roberto dos Santos Bedaque, por sua vez, esclarece que, embora o legislador se refira somente à possibilidade de substituição da tutela antecipada por cautelar, não há dúvida de que a fungibilidade pode ser operada nos dois sentidos, sendo possível conceder tutela antecipada em vez de cautelar, não estando esta fungibilidade limitada a meros problemas terminológicos.”A adequação a ser feita pelo juiz é da própria medida, deferindo aquela mais apta a afastar o risco de inutilidade da tutela final.”¹⁷

¹⁵ LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência*, A redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória – 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 90.

¹⁶ LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência*, A redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória – 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p.91.

¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) – 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 388.

Cássio Scarpinella Bueno afirma que embora o texto do CPC de 1973 não autorize a fungibilidade da cautelar para a tutela antecipada, esta autorização deriva do próprio sistema processual constitucional:

[...]. O que me parece relevante é que o abandono de uma rígida distinção entre o *fumus boni iuris* e a ‘prova inequívoca da verossimilhança da alegação’ é a melhor opção que se pode fazer à luz da necessária realização concreta dos valores contidos no art. 5º., XXXV e LXXVIII, da CF. Não nego – muito pelo contrário – que existem diferenças no grau de convicção despertado no juiz que se vê diante de um ou de outro elemento ou circunstância. O que reputo pertinente, no entanto, é que esse grau de distinção (o *fumus* é menos intenso, menos profundo, do que a ‘prova inequívoca’), embora possa ser aferido teoricamente, não faz diferença nenhuma na prática, ele é indiferente, isto é, quando o juiz se vê convencido, suficientemente, de que o caso é de proteção urgente. O que basta – desprezadas diferenças quantitativas e, sobretudo, qualitativas de graus de convicção – é que o juiz entenda que o requerente da tutela de urgência se apresente perante ele com mais razão do que seu adversário. Isso e nada mais.¹⁸

A jurisprudência passou a admitir, com tranquilidade, a fungibilidade da tutela antecipatória para a cautelar, desde que presentes os requisitos próprios da cautelar (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*).

Eduardo de Avelar Lamy, estudando a flexibilização da tutela de urgência, já apontava para a breve unificação das mesmas. *In verbis*:

Trata-se da tendência de retorno ao sincretismo, e de aproximação do processo ao direito material, passando pela re-estruturação do processo cautelar então transformado em ‘Livro da Tutela de Urgência’, e por uma reestruturação explícita do CPC.¹⁹

Esta tendência, já captada pelos doutrinadores, concretizou-se no novo Código de Processo Civil, que uniformizou o tratamento dado à ação cautelar e à antecipação de tutela, desaparecendo a necessidade de invocar-se a fungibilidade entre as espécies de tutela, como salientado por Marcus Vinicius Rios Gonçalves²⁰:

No CPC de 2015, nem há necessidade de aludir-se à fungibilidade, porque a tutela antecipada e a cautelar são ambas espécies de tutela provisória, estabelecendo o art. 297

¹⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.153.

¹⁹ LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência: a redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 136.

²⁰ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*, coord. Pedro Lenza. 5ª ed., de acordo com o Novo CPC, Lei nº 13.105, de 16.3.2015. São Paulo: Saraiva, 2015 (Coleção esquematizado) p.775

que o juiz determinará as medidas que considerar adequadas para a efetivação de tutela provisória.

O novo Código de Processo Civil deixou de reservar um livro ao tratamento do processo cautelar e passou a prever, no Livro V, a chamada tutela provisória, que se divide entre tutela de urgência e tutela de evidência.

A chamada tutela provisória pode ser concedida de forma antecedente ou incidental, conservando sua eficácia na pendência do processo, mas podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

2.1 A tutela de urgência no novo CPC

A tutela de urgência, no âmbito do novo CPC, compreende a tutela cautelar e a tutela antecipada (satisfativa) e pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

Os requisitos previstos no novo Código de Processo Civil para a concessão da tutela de urgência (cautelar ou antecipada) são a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Como ensina Daniel Amorim Assumpção Neves²¹, desaparece no novo CPC “a diferença entre o *fumus boni iuris* e a prova inequívoca da verossimilhança da alegação como requisitos para a concessão de tutela de urgência garantidora e satisfativa”.

(o Novo CPC) igualará o grau de probabilidade de o direito existir para a concessão de qualquer espécie de tutela de urgência, independentemente de sua natureza. Nesse sentido, o art. 300, caput, ao prever que a tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a probabilidade do direito.

Também a distinção entre o *periculum in mora* e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, respectivamente, requisitos para a concessão da medida cautelar ou da tutela antecipada no CPC de 1973 foi eliminada, como evidenciado pelo Enunciado 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

A redação do art. 298 [atual art. 300], caput, superou a distinção entre os requisitos da concessão da tutela cautelar e para a tutela satisfativa

²¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015. São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 208.

de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada.

Apesar de não haver previsão expressa de que a tutela de urgência dependa sempre de pedido da parte no novo CPC, como ocorria no CPC de 1973, quanto à tutela antecipada (art. 273, *caput*), também não há artigo expresso permitindo sua concessão de ofício, como havia no CPC de 1973 quanto à cautelar (art. 798).

Limitou-se o novo CPC a prever que “o juiz pode determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória (art. 297) e que a tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal (art. 299, *caput*).

A discussão sobre esse tema, levou o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis a emitir o Enunciado nº 31, segundo o qual “o poder geral de cautela está mantido no novo CPC”.

Por outro lado, o legislador de 2015 cuidou de proibir expressamente, como já fazia o anterior, a concessão de tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, a fim de evitar grave lesão à parte contrária pela subtração do direito de exercício da ampla defesa e do contraditório.

No Código de 1973, excepcionalmente, admitia-se a concessão de uma medida urgente que não fosse reversível, como por exemplo, poderíamos pensar em um segurado de plano de saúde que precisasse fazer uma cirurgia emergencial, sob pena de vir a falecer e houvesse resistência a essa pretensão por parte do réu. Não se poderia aguardar a decisão final do processo sob pena da perda do bem maior a ser protegido (a vida do segurado). Contudo, após a operação ter sido realizada, não se poderia pretender a reversibilidade da medida concedida, somente se podendo falar em perdas e danos (ainda que sua execução seja duvidosa). No exemplo dado, o valor segurança deveria ser sacrificado em favor da efetividade da prestação jurisdicional, aplicando-se o princípio da proporcionalidade a fim de sopesar qual o bem maior a ser protegido – aquele que o autor pretende obter ou proteger com a antecipação da tutela ou aquele do qual o réu restaria privado caso a tutela fosse antecipada.

Para o novo Código de Processo Civil, deverá ser mantida essa mesma interpretação, como salienta Cassio Scarpinella Bueno²²:

Deve prevalecer para o §3º do art. 300 do novo CPC a vencedora interpretação que firmou a respeito do §2º do art. 272 do CPC atual, única forma de contornar o reconhecimento de sua inconstitucionalidade substancial: a vedação da concessão da tutela de urgência nos casos de irreversibilidade não deve prevalecer nos casos em que o dano ou o risco que se quer evitar ou minimizar é qualitativamente mais importante para o requerente do que para o requerido. Subsiste, pois, implícito ao sistema – porque isso decorre do “modelo constitucional” – o chamado “princípio da proporcionalidade”, a afastar o rigor literal desejado pela nova regra.

Sobre o assunto, o Fórum Permanente de Processualistas Civis aprovou o Enunciado nº 419, segundo o qual “não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis”.

O novo CPC previu, ainda, a possibilidade de se exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer e a responsabilidade da parte pela reparação por dano processual e pelo prejuízo que vier a causar à parte adversa pela efetivação da tutela de urgência nos casos em que: (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 ou (iv) o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. A liquidação da indenização far-se-á, sempre que possível, nos autos em que a medida houver sido concedida.

A efetivação das tutelas provisórias observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, de acordo com o artigo 297, parágrafo único.

2.2 Estabilização da Tutela Antecipada

O art. 303 do novo Código de Processo Civil prevê a possibilidade de se deferir a tutela antecipada em caráter antecedente, nos casos em que a urgência seja contemporânea à propositura da ação. Nesses casos, a petição inicial poderá 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, aditando-a, posteriormente. O autor deverá, também, indicar o

²² BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.219.

valor da causa, e manifestar sua intenção de valer-se dessa possibilidade de complementar a petição inicial.

Após concedida a tutela antecipada na forma acima descrita, o autor deverá em 15 (quinze) dias ou em prazo maior a ser fixado pelo juiz, aditar a petição inicial, complementando sua argumentação, juntando novos documentos e confirmando o pedido de tutela final. O réu será citado e intimado para audiência de conciliação ou de mediação na forma do artigo 334, correndo o prazo para contestação na forma do artigo 335, caso não haja autocomposição.

Caso o autor adite a inicial e o juiz receba o aditamento, a medida conservará sua eficácia na pendência do processo, podendo a qualquer tempo ser revogada ou modificada (art. 296).

Se a inicial não for aditada, o juiz extinguirá o processo sem resolução do mérito (art. 301, §2º), mas a sorte da tutela provisória dependerá de ter ou não o réu interposto o recurso de agravo de instrumento da decisão que antecipou a tutela. Interposto o agravo, deve-se aguardar seu julgamento, “já que a medida não pode se tornar estável se há recurso pendente, que poderá implicar a reforma da decisão que a concedeu.”²³

Não tendo havido o aditamento nem sido interposto o agravo de instrumento contra a decisão que concedeu a tutela antecipada, o processo será extinto, mas remanesce a tutela concedida, a qual se tornará estável.

Na prática, o aditamento da inicial somente será necessário se o réu interpuser o competente agravo de instrumento da decisão que concedeu a tutela antecipada, pois, na ausência de recurso, a tutela será estabilizada.

Nesse passo, percebe-se que o legislador processual procurou abreviar o procedimento, possibilitando que o autor requeira a tutela antecipada apenas com uma breve exposição da lide e do perigo do dano ou do risco ao resultado útil do processo, antes mesmo de reunir todas as provas que evidenciem seu pedido.

²³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado, coord. Pedro Lenza. 5ª ed., de acordocom o Novo CPC, Lei nº 13.105, de 16.3.2015. São Paulo: Saraiva, 2015 (Coleção esquematizado) p.56.

Distanciou-se esta hipótese de tutela antecipada do modelo de tutela antecipada previsto no Código de 1973, em que a tutela antecipada havia de ser calcada em prova inequívoca do direito e verossimilhança da alegação, aproximando-se, nesse ponto mais da medida cautelar, cujos requisitos eram a fumaça do bom direito e o perigo na demora.

A possibilidade de estabilização da tutela antecipada foi introduzida no nosso ordenamento jurídico por influência do direito italiano e pretende evitar o prolongamento da discussão judicial até uma decisão final após cognição exauriente caso o réu não se oponha à tutela concedida (não interpondo o recurso cabível) e o autor tenha já restado satisfeito com a tutela obtida, não pretendendo continuar discutindo a questão (não aditando a inicial).

No que se refere à estabilização da tutela concedida nos casos em que não seja interposto o agravo de instrumento contra a decisão que a concedeu, pode-se afirmar que o legislador certamente privilegiou a celeridade e a efetividade processual em detrimento da ampla defesa e da segurança jurídica, ao admitir que uma decisão provisória, baseada em uma cognição sumária, sem o exercício do contraditório, se estabilize. No entanto, não se descuidou totalmente do direito do réu, pois concedeu-lhe o direito de ser notificado da decisão e de interpor o recurso, podendo, ainda, requerer o desarquivamento dos autos a fim de rever a tutela.

Como previsto no artigo 304, a tutela antecipada estabilizada pela ausência de recurso poderá ser revista, reformada ou invalidada, por força de decisão de mérito proferida, nos mesmos autos, que deverão ser desarquivados, por iniciativa de qualquer das partes, e pelo mesmo juízo que a concedeu.

A tutela satisfativa continuará em vigor, estável, não mais podendo ser revogada pelo juiz e continuará a produzir efeitos “enquanto qualquer das partes não promover ação objetivando revogá-la ou torná-la definitiva”.²⁴

O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada extingue-se no prazo (decadencial) de 2 (dois) anos contados da ciência da decisão que extinguiu o processo.

²⁴ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado, coord. Pedro Lenza. 5ª ed., de acordocom o Novo CPC, Lei nº 13.105, de 16.3.2015. São Paulo: Saraiva, 2015 (Coleção esquematizado) p.56.

O parágrafo 6º do artigo 304 prevê que “a decisão que concede a tutela antecipada não fará coisa julgada, 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”.

A estabilidade, portanto, permanece até que sobrevenha uma decisão de mérito, proferida em ação de uma parte contra a outra.

Como esclarece Cassio Scarpinella Bueno²⁵, a regra do parágrafo 6º do artigo 304 procurou evitar discussões sobre a ocorrência da coisa julgada na decisão que concedeu a tutela antecipada cujos efeitos foram estabilizados, como chegou a ocorrer no Fórum Permanente de Processualistas Civis.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves esclarece que o prazo de dois anos para ajuizamento da ação revocatória da tutela antecipada “não corre do deferimento nem da ciência do deferimento da medida, mas da ciência da extinção do processo, sem a qual não há falar-se em estabilidade”²⁶.

Salienta, ainda, o autor que “ultrapassados os dois anos, a estabilidade converte-se em definitividade, e a efetivação da medida não se fará mais como cumprimento provisório, mas definitivo da sentença”²⁷.

Esta inovação do novo CPC provavelmente causará muita discussão, pois permite que uma solução urgente, adotada mediante cognição sumária, possa tornar-se definitiva, distanciando-se do entendimento consolidado no âmbito do CPC de 1973, de que as decisões tomadas em caráter de urgência devem ser provisórias e, posteriormente revistas – para serem confirmadas ou reformadas - mediante cognição exauriente.

Nesse passo, oportuno lembrar a lição de Bedaque:

Por isso, na medida do possível, as soluções urgentes devem ser provisórias, com a única finalidade de assegurar a efetividade da tutela final e definitiva. Somente em casos absolutamente excepcionais deve o sistema permitir a resolução da situação de direito substancial pela via do processo de cognição sumária. Toda vez que isso ocorre, tem-se a

²⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.226.

²⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*, coord. Pedro Lenza. 5ª ed., de acordocom o Novo CPC, Lei nº 13.105, de 16.3.2015. São Paulo: Saraiva, 2015 (Coleção esquematizado) p.57

²⁷ IDEM, p. 57

amputação de garantias constitucionais da parte contrária, privada do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, enfim.²⁸

2.3 Tutela Cautelar

Ao contrário do que ocorria no CPC de 1973, o novo CPC não mais prevê a possibilidade de processo cautelar autônomo.

O deferimento das tutelas provisórias sejam satisfativas sejam cautelares sempre ocorrerão em processos de conhecimento ou de execução, de forma antecedente ou incidental.

O artigo 305 dispõe que, no âmbito da tutela cautelar antecedente, o autor deverá indicar na petição inicial a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Permite-se ao juiz, caso entenda que o pedido possui natureza antecipatória (e não cautelar), adotar o procedimento previsto no artigo 303.

O réu será citado para contestar o pedido, em 05 (cinco) dias e indicar as provas que pretende produzir, sob pena de se presumirem aceitos como verdadeiros os fatos alegados pelo autor. Caso não haja contestação, o juiz deverá decidir em 05 (cinco) dias. Havendo contestação, observar-se-á o procedimento comum.

Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, nos mesmos autos em que deduzido o pedido cautelar, não dependendo de novas custas processuais, ocasião em que o autor poderá aditar a causa de pedir.

Admite-se a dedução do pedido principal conjuntamente com o cautelar.

Após a apresentação do pedido principal, as partes serão intimadas para audiência de conciliação ou mediação, na forma do artigo 334, por meio de seus advogados ou pessoalmente, não havendo necessidade de nova citação do réu.

²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 83.

Caso não haja autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

A eficácia da tutela cautelar concedida em caráter antecedente cessará caso (i) o autor não deduza o pedido principal no prazo legal; (ii) a tutela cautelar não seja efetivada dentro de 30 (trinta) dias; (iii) o juiz julgue improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinga o processo sem resolução de mérito.

O parágrafo único do artigo 309 dispõe que caso ocorra alguma das hipóteses de cessação da tutela cautelar, o autor não poderá renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

Ainda que a tutela cautelar seja inicialmente indeferida, pode o autor formular o pedido principal, não havendo qualquer influência do indeferimento da cautelar no julgamento do pedido principal, exceto se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou prescrição.

2.4 Tutela de Evidência

Outra hipótese de tutela provisória, já dissociada dos requisitos de urgência, é a tutela de evidência, a qual poderá ser concedida 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.

2.4.1 Tutela antecipada face ao abuso do direito de defesa ou do manifesto intuito protelatório da parte

O abuso do direito de defesa refere-se a atos praticados com o intuito de defender-se, ou seja, atos processuais praticados pelo réu. Já o manifesto propósito protelatório refere-se a atos ou omissões praticados fora do processo, embora com ele

relacionados, como a ocultação de prova, não atendimento de diligência, simulação de doença, etc. Não é punida, contudo, a mera intenção de protelar, mas a conduta concreta no sentido de retardar o andamento do processo.²⁹

Esta hipótese de tutela provisória não constitui uma inovação, pois já era prevista a antecipação da tutela, nessas hipóteses, no CPC de 1973 (art. 273, §6º).

No CPC de 1973, essa tutela resulta da combinação dos requisitos previstos no *caput* e inciso II do art. 273, portanto é exigida a prova da existência de direito inequívoco e de verossimilhança das alegações, além do abuso de direito de defesa ou do manifesto intuito protelatório da parte.

Marinoni e Mitidiero, em comentário ao dispositivo do CPC de 1973, exemplificam o abuso do direito de defesa do seguinte modo:

Assim, por exemplo, pode o juiz antecipar a tutela com base na evidência do direito postulado pelo demandante quando a alegação do fato constitutivo já está devidamente provada e o réu alega fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, requerendo a produção de prova, e essa alegação aparece no processo como inverossímil. Quando a alegação do fato constitutivo está devidamente provada, e é articulada uma alegação de fato cuja demonstração incumbe ao réu, é racional a antecipação da tutela quando o fato alegado pelo réu é inverossímil, pois o tempo necessário para a produção da prova será decorrência de um ônus do réu. O mesmo se diga quando o réu contesta a alegação fática do autor, e é requerida prova, mas a sua alegação se mostra desde logo infundada, ou de improvável procedência. Quando a defesa do réu se mostrar possivelmente infundada, é possível supor que o réu está requerendo prova, e assim abusando do seu direito de defesa, apenas para retardar a realização do direito do autor, protelando-a, o que não pode ser permitido quando se deseja construir um processo que realmente concretize o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, que é necessariamente tempestiva.³⁰

O novo CPC, por sua vez, não exige expressamente a demonstração da existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito, ao lado da ocorrência do abuso de direito de defesa ou do manifesto intuito protelatório da parte, o que, no entender de

²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 81.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil*: comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 270.

Daniel Amorim Assumpção Neves³¹, “parece contrariar até mesmo o espírito dessa espécie de tutela”.

Difícil acreditar que o autor tenha direito a uma tutela, ainda que provisória, somente porque o réu se comporta indevidamente no processo, sem que o juiz tenha qualquer grau de convencimento da existência do direito do autor. Parece-me extremamente temerário, como simples forma de sanção processual, conceder a tutela de evidência sem que haja a probabilidade de autor ter o direito que alega. No entanto, infelizmente, ruma nesse sentido o dispositivo ora comentado.

16 1

Cassio Scarpinella Bueno³², por sua vez, entende que não basta a ocorrência do abuso de direito ou do manifesto intuito protelatório da parte. Deve também o autor demonstrar que seu direito é mais evidente que o do réu.

A hipótese do inciso I (abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte), que traz à mente o inciso II do art. 273 do CPC atual, merece uma ressalva importante. Para a concessão da tutela de evidência, nestes casos, importa também que o autor mostre que seu direito é mais evidente (ainda que no sentido de provável) que o do réu. É que o abuso do direito de defesa do réu ou o seu manifesto propósito protelatório nada diz, por si só, com relação à evidência do direito do autor, que, por isto, deve também ser demonstrada no pedido a ser formulado pelo autor.

Apesar de o legislador não ter sido expresso a respeito, parece, realmente, não ser possível a concessão da tutela sem a demonstração, ao menos, da probabilidade do direito invocado pela parte, pois, caso contrário, não se trataria de tutela de evidência.

Certamente haverá necessidade de uma construção doutrinária e jurisprudencial para explicitar esse ponto.

O CPC de 1973 prevê, ainda, no parágrafo 6º do artigo 273 a possibilidade de antecipação da tutela quando “um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.”

³¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. São Paulo: MÉTODO, 2015, p.217

³² BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.226.

Trata-se na verdade, de um julgamento antecipado parcial da lide com reconhecimento de efeitos imediatos ao que já foi julgado.³³

A incontrovérsia gera um juízo de certeza, baseado numa cognição exauriente, acarretando a formação de coisa julgada material. Por esta razão, embora o texto legal tenha classificado esta hipótese como de antecipação de tutela, trata-se, isto sim, de julgamento antecipado parcial da lide.

Essa hipótese, no novo CPC, encontra-se expressa no art. 356.

2.4.2 Outras hipóteses de tutela de evidência previstas no CPC de 2015

O inciso II do art. 311 prevê a concessão da tutela de evidência quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, exigindo probabilidade tanto no aspecto fático como no jurídico.

O parágrafo único do art. 311 prevê a possibilidade de a tutela de evidência ser concedida liminarmente. Daniel Neves³⁴ comenta que essa hipótese de tutela de evidência somente terá sentido se for concedida liminarmente, salvo se o réu alegar defesa de mérito indireta, com fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, que demande produção de prova oral ou pericial, porque após a citação e defesa do réu será caso de julgamento antecipado da lide.

A terceira hipótese de tutela de evidência se dá em sede de ação reipersecutória com pedido 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.

A quarta hipótese dá-se 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.

³³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 53.

³⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. São Paulo: MÉTODO, 2015, p.218

Nessa última hipótese, se o réu além de não opor prova capaz de gerar dúvida razoável não requerer a produção de outros meios de prova (oral, pericial), caberá o julgamento antecipado de mérito e não unicamente a concessão da tutela de evidência.

3. RESTRIÇÕES À CONCESSÃO DE TUTELAS PROVISÓRIAS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

O artigo 1º da Lei 9.494/97 estendeu à tutela antecipada prevista no CPC de 1973 as limitações anteriormente existentes para a concessão das liminares.

Muitos autores entendem inconstitucionais tais limitações, tendo em vista que constituem restrições ao direito do juiz determinar e, conseqüentemente, do litigante obter a tutela antecipatória.

Teori Albino Zavascki ensina que as vedações às liminares em face da Fazenda Pública referem-se a medidas satisfativas de natureza irreversível, portanto, compatíveis com as disposições do artigo 273 § 2º. Confira-se, in verbis:

Não há, pois, inconstitucionalidade nas limitações de que tratam esses dispositivos. Ademais, tendo em vista o que antes se demonstrou, no sentido de que tais limitações se dirigiam não a liminares genuinamente cautelares e sim a medidas de antecipação de tutela de mérito, não há dúvida de que o art. 1º e seu § 1º, da Lei nº 8.437, de 1992, não foram derogados pela norma que reformou o art. 273 do Código de Processo Civil (Lei nº 8.952, de 1994). As restrições neles estabelecidas, impostas pelo próprio sistema constitucional, persistem e se aplicam à antecipação de tutela disciplinada no Código de Processo. É o que determina o art. 1º da Lei nº 9.494/97, cuja constitucionalidade foi afirmada pelo STF no julgamento da medida liminar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4-6.

Ao estabelecer que ‘não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação’, o § 3º do art. 1º da Lei nº 8.437/92 está se referindo, embora sem apuro técnico de linguagem, às liminares satisfativas irreversíveis, ou seja, àquelas cuja execução produz resultado prático que inviabiliza o retorno ao status quo ante, em caso de sua revogação. A situação de fato consumado decorrente da irreversibilidade é que importa o esgotamento do objeto da ação. Ora, essa vedação, perfeitamente legítima, está reproduzida pelo § 2º do art. 273 do CPC.³⁵

³⁵ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 207-208.

O autor conclui, após análise detalhada de cada uma das hipóteses de limitação, não serem elas incompatíveis com a ordem Constitucional, recomendando, contudo, que a restrição seja analisada caso a caso:

À luz dos parâmetros expostos e, sem prejuízo da recomendação de exame de cada caso concreto, não há como considerar inconstitucionais as restrições impostas pela Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, à concessão de liminares contra o Poder Público.³⁶

Esta, também, foi a orientação do Supremo Tribunal Federal, ao pronunciar-se sobre as hipóteses em que normas restritivas à concessão de liminares podem ser legítimas ou não, dependendo da análise do caso concreto. Em sede da ADIN 223-DF, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, decidiu-se pela manutenção da vigência das normas, sem prejuízo, porém, do “exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar”.

O novo CPC, no Livro Complementar (Disposições Finais e Transitórias), art. 1059, prevê que 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 junho de 1992, e no art. 7º, § 2º da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.

O novo CPC reafirma, portanto, a regra de vigência da Lei 8.437/92, que estabeleceu algumas hipóteses em que não é cabível a concessão de medidas cautelares contra ato do Poder Público, incluindo-se entre elas:

i) medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal (artigo 1º, caput). Estas hipóteses em que não pode ser concedida liminar no mandado de segurança são as seguintes: (a) liberar bens de natureza estrangeira (Lei 2.770, de 04-05-1956), (b) conceder reclassificação, equiparação, aumento ou extensão

³⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 207

de vantagens a servidores públicos (Lei 4.348, de 26-6-1964, art. 5º), (c) para pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidores públicos (Lei 5.021, de 9-6-1966);

ii) medida cautelar inominada ou sua liminar (no juízo de primeiro grau), quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária de Tribunal (art. 1º, § 1º), salvo em se tratando de ação civil pública ou ação popular (art. 1º, § 2º);

iii) medida liminar “que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.”

Além das vedações acima apontadas, a Lei 8.437/92 estabelece, ainda, as seguintes restrições às concessões de liminares contra o Poder Público:

i) o artigo 2º prevê que, se cabível a medida liminar em mandado de segurança coletivo ou em ação civil pública, somente poderá ela ser concedida “após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas”;

ii) o artigo 3º dispõe que “o recurso voluntário ou ex officio, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.”

iii) artigo 4º trata dos casos e das condições em que, por decisão do presidente do tribunal, é possível suspender “a execução da liminar nas ações movidas contra o poder público ou seus agentes”, bem como da sentença “proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado” (artigo 4º e § 1º).

No tocante à estabilização dos efeitos da tutela provisória antecedente, na forma do art. 304 do novo CPC, certamente gerará discussão a necessidade de reexame necessário antes que a estabilidade converta-se em definitividade quando a tutela houver sido concedida contra a Fazenda Pública, já que o reexame necessário continua previsto (art. 496).

CONCLUSÃO

Com o intuito de assegurar, cada vez mais, a prestação da tutela jurisdicional em menor tempo, o novo Código de Processo Civil introduziu diversas alterações na sistemática de antecipação de tutela satisfativa e de tutela cautelar até então previstas no Código de 1973 e sistematizou a tutela de evidência.

As alterações mais significativas são o tratamento unificado da tutela antecipada satisfativa e da tutela cautelar (sob a denominação de tutelas provisórias, de urgência e de evidência) e a possibilidade de estabilização da tutela satisfativa de urgência requerida de forma antecedente quando o réu não interpuser o recurso de agravo de instrumento contra o despacho que deferiu a tutela e o autor não aditar a inicial.

Esta é provavelmente a alteração que mais gerará polêmicas e muitos já temem que esta medida ao invés de evitar o prolongamento das discussões judiciais resulte em um grande aumento da interposição de agravos de instrumentos apenas para evitar que a tutela se estabilize.

Ainda não é possível avaliar se as alterações trazidas pelo novo Código de Processo Civil atingirão o objetivo de garantir a duração razoável do processo ou que não colocarão em risco a segurança jurídica e o devido processo legal, o que somente a observação da aplicação de tais dispositivos na prática forense e as construções doutrinárias e jurisprudenciais que serão feitas poderão revelar.

BIBLIOGRAFIA

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

DIDIER, Jr., Fred e MAZZEI, Rodrigo Reis (coord). Enunciados do Fórum de Processualistas Cíveis realizado em Vitória em 1º, 02 e 03 de maio de 2015, in <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/03/Carta-de-Belo-Horizonte.pdf>, consulta em 22.06.2015.

FRIEDE, R. Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado, coord. Pedro Lenza. 5ª ed., de acordo com o Novo CPC, Lei nº 13.105, de 16.3.2015. São Paulo: Saraiva, 2015 (Coleção esquematizado)

LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência*, A redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória – 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

LOPES, João Batista. Tutela antecipada no processo civil brasileiro. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil* :comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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