

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE  
PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**A TUTELA DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA E O NEGÓCIO JURÍDICO  
PROCESSUAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Allan Merlante Salomão

Presidente Prudente/SP

2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE  
PRUDENTE”**

**CURSO DE DIREITO**

**A TUTELA DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA E O NEGÓCIO JURÍDICO  
PROCESSUAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Allan Merlante Salomão

Monografia apresentada como requisito parcial  
de Conclusão de Curso para obtenção do grau  
de Bacharel em Direito, sob orientação da  
Prof<sup>a</sup>. Fabiana Junqueira Tamaoki Neves.

Presidente Prudente/SP

2016

**A TUTELA DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA E O NEGÓCIO JURÍDICO  
PROCESSUAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia/ TC aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Fabiana Junqueira Tamaoki Neves

Wilton Boigues Corbalan Tebar

Márcio Ricardo da Silva Zago

Presidente Prudente, 04 de novembro de 2016.

Desenvolver força, coragem e paz interior demanda tempo. Não espere resultados rápidos e imediatos, sob o pretexto de que decidiu mudar. Cada ação que você executa permite que essa decisão se torne efetiva dentro de seu coração.

Dalai Lama

## **AGRADECIMENTOS**

Quero agradecer primeiramente a Deus, que tem me olhado, me dado forças e me guiado em todos os momentos da minha vida.

Aos meus pais, Paulo e Lusia, que com a maior prova de amor do mundo têm dedicado suas vidas a mim e as minhas irmãs, sempre nos colocando em primeiro lugar e abrindo mão de tudo com o propósito de nos ver bem e conquistando tudo aquilo que um dia eles sonharam para si.

Às minhas irmãs, Aline e Paolla, que sempre me olham com admiração e nunca deixaram de acreditar no meu potencial.

A minha orientadora, Professora Fabiana Junqueira Tamaoki Neves, pela capacidade de transmitir seus conhecimentos de forma leal e esperançosa.

Agradeço também a banca examinadora, composta por Wilton Boigues Corbalan Tebar e Márcio Ricardo da Silva Zago, que não hesitaram em aceitar meu convite.

E por fim, a todos os amigos e colegas que colaboraram, direta ou indiretamente, para a conclusão deste trabalho.

## RESUMO

A presente obra tem por objetivo analisar a figura da tutela jurisdicional no ordenamento jurídico, em especial, à tutela provisória no novo Código de Processo Civil e a possibilidade de sua modificação ou extinção por meio do instituto denominado negócio jurídico processual, pois nesse período de transição entre uma legislação e outra é necessário fazer uma abordagem pontual acerca desse tema tão polêmico e importante. O estudo se inicia situando o leitor sobre os Poderes do Estado, suas funções típicas e onde está inserida a tutela jurisdicional. Posteriormente, é feita uma abordagem genérica acerca da tutela jurisdicional definitiva juntamente com sua importância para a pacificação social e sua diferenciação quanto à tutela de direito. Adentrando propriamente o tema deste trabalho, é exposta a finalidade da tutela provisória, suas características, espécies, formas de requerimento, pressupostos legais e outros. Em seguida é feito breves apontamentos acerca do negócio jurídico processual, sendo seu estudo voltado somente à tutela provisória, refletindo sobre a possibilidade da modificação ou extinção da mesma no plano processual. Para realizar o presente trabalho, foi feita análise de obras doutrinárias publicadas tanto em livros quanto em artigos da internet, sendo todas elas de autoria consagrada. Além disso, foi utilizado métodos comparativos entre os conceitos doutrinários e suas conclusões.

**Palavras-chave:** Tutela jurisdicional. Tutela provisória de urgência. Tutela provisória de evidência. Novo Código de Processo Civil. Negócio jurídico processual.

## ABSTRACT

This work aims to analyze the figure of judicial protection in the legal system, in particular the interim protection in the new Civil Procedure Code and the possibility of its modification or termination by the institute called procedural legal business because in this transition period between legislations is necessary to make a specific approach on this subject as controversial and important. The study begins placing the reader on the State Powers, its typical functions and where judicial protection is inserted. Later, a generic approach is made about the final judicial protection along with its importance for social peace and their differentiation regarding the protection of law. Properly entering the theme of this work, is exposed the purpose of interim protection, their characteristics, species, forms of application, legal requirements and others. Next is made brief notes about the procedural legal business, and its study focused only on interim protection, reflecting on the possibility of modification or termination of the same procedural. To perform this work, it was made analysis of doctrinal works published both in books and in articles of the Internet, all of which are devoted to authorship. In addition, was used comparative methods between the doctrinal concepts and conclusions.

**Keywords:** Judicial protection. Urgency provisory protection. Evidence provisory protection. New Civil Procedure Code. Procedural legal business.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>2 A TUTELA JURISDICIONAL.....</b>	<b>10</b>
2.1 Tutela de direito e tutela jurisdicional.....	11
2.2 Tutela definitiva e tutela provisória.....	12
<b>3 TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....</b>	<b>13</b>
3.1 Finalidade e características.....	14
3.2 Fundamento e espécies.....	15
3.3 Formas de requerimento.....	17
3.4 Legitimidade.....	18
3.5 Cabimento.....	18
3.6 Concessão da tutela provisória.....	19
3.7 Medidas judiciais para a efetivação da tutela provisória.....	20
3.8 Precariedade e recurso cabível.....	22
<b>4 TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA.....</b>	<b>23</b>
4.1 Pressupostos legais.....	25
4.1.1 <i>Fumus boni iuris</i> .....	26
4.1.2 <i>Periculum in mora</i> .....	27
4.1.3 Reversibilidade dos efeitos.....	28
4.2 Da tutela inibitória, reintegratória e ressarcitória.....	30
4.3 Formas de requerimento e procedimento.....	31
4.3.1 Incidental.....	31
4.3.2 Antecedente.....	32
4.4 Estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.....	37
4.4.1 Pressupostos.....	40
4.4.2 Ação de impugnação da decisão estabilizada.....	43
4.5 Fungibilidade das tutelas provisórias de urgência.....	44

<b>5 TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA.....</b>	<b>45</b>
5.1 Cabimento.....	46
5.1.1 Abuso do direito de defesa ou propósito protelatório.....	47
5.1.2 Comprovação documental fundada em precedente obrigatório.....	49
5.1.3 Prova documentada de contrato de depósito.....	51
5.1.4 Impossibilidade de prova contrária capaz de gerar dúvida razoável.....	52
<b>6 TUTELA PROVISÓRIA E O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO.....</b>	<b>53</b>
6.1 Requisitos do negócio jurídico processual atípico.....	54
6.2 Aplicação do negócio jurídico processual atípico na tutela provisória.....	55
6.2.1 Aplicação na tutela provisória fundada na urgência.....	56
6.2.2 Aplicação na tutela provisória fundada na evidência.....	58
<b>7 CONCLUSÃO.....</b>	<b>59</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>61</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Já há milhares de anos tem se observado a ideia de regular as condutas aceitáveis ou não num determinado ambiente social, a fim de criar não somente limites individuais, mas coletivos também. O maior exemplo disso é o Código de Hamurabi, sendo a positivação de conduta e pena mais antiga de que se tem conhecimento, criado em aproximadamente 1772 a.C.

Ocorre que esse poder (de legislar) há muito tem sido utilizado de maneira egoísta pela elite social de modo a privilegiar os direitos dos mais fortes em detrimento dos mais fracos. Fortes eles sejam por fatores religiosos, políticos ou econômicos. Sendo assim, a ideia primordial de regulamentar as relações sociais tem se demonstrado parcial. Oportuno se faz citar a famosa frase usada pelo filósofo Inglês Thomas Hobbes em sua obra “O Leviatã”, ao dizer que “o homem é lobo do homem”.

Em grande parte da história do direito ocidental é notada a concentração dos Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) nas mãos de uma só pessoa, a qual detinha total liberdade para governar seu povo, inclusive de forma arbitrária. Tal concentração de poderes é observada principalmente no chamado Estado absolutista, o qual é resumido pelo Rei francês Luís XIV em uma única frase ao dizer que “o Estado sou eu”.

Analisando essa figura de Leviatã, o filósofo francês Montesquieu criou com base nas obras “Política”, de Aristóteles e o “Segundo Tratado do Governo Civil”, de John Locke, sua obra denominada “Espírito das Leis”, o qual traça ideias sobre forma de governo e exercício do Poder Estatal, influenciando o direito e a política até os dias atuais. Nessa obra, Montesquieu desenvolve a tão conhecida “Teoria dos Freios e Contrapesos”, defendendo o exercício dos Poderes do Estado de forma autônoma e harmônica, a fim ainda de que um fiscalizasse o outro.

Mais tarde a divisão tripartite dos Poderes do Estado foi adotada pela Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão (1789) em seu artigo 16, sendo adotada hoje pela Constituição Federal do Brasil no artigo 2º.

Para cada Poder Estatal há atribuições e funções típicas, cabendo ao Poder Legislativo (o mais antigo dos três) criar leis, ao Poder Executivo executar leis já existentes (e criar outras de forma atípica de acordo com a necessidade do

Estado e do povo) e ao Poder Judiciário julgar os conflitos que a ele são apresentados a fim de pacificá-los por meio da tutela jurisdicional.

## 2 A TUTELA JURISDICIONAL

Desde os tempos mais remotos o homem tem se demonstrado como um ser nitidamente social, pois devido a sua variedade de necessidades como individuo, busca-se no meio coletivo mecanismos para satisfazê-las. Desse modo, têm-se pactuado uma infinidade de tipos diferentes de negócios, todos em prol do crescimento recíproco. Não obstante, há de se admitir que vez ou outra uma ou ambas as partes tornam-se inadimplentes com suas obrigações, seja ela de origem convencional ou legal.

Configurado o conflito de interesse, devem as partes buscar solucioná-lo pelos meios admitidos em lei, não podendo, em regra, fazer justiça com as próprias mãos. Levada a demanda em juízo, o Estado-Juiz como terceiro imparcial, tomará à frente das partes o controle da situação buscando pacificá-la e resolvê-la com base nos fatos e provas a ele trazidos, por meio do devido processo legal.

Essa atribuição típica de solucionar os conflitos de interesse, conhecida como jurisdição (do latim *Juris dicere* - dizer o direito), é do Poder Judiciário, sendo a função-dever do Estado julgar, por meio de seus representantes investidos de jurisdição, os conflitos sociais aplicando a lei no caso em concreto, prestando assim a chamada tutela jurisdicional afim de não somente alcançar a tão almejada paz social, mas também efetivar o Estado democrático de direito.

Embora a jurisdição seja tipicamente exercida pelo Poder Judiciário, não se pode negar que ela é desempenhada também de forma atípica pelos outros Poderes do Estado, inclusive por determinação constitucional, como ocorre, por exemplo, nos casos de sindicância, que se dará mediante processo administrativo (art. 41, §1º, II da Constituição Federal). No entanto, é notável uma característica exclusiva da jurisdição típica: a definitividade.

Ao criar a Constituição Federal, o constituinte pátrio positivou, logo em seu art. 5º inciso XXXV, a chamada inafastabilidade da jurisdição, ao qual prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Sendo assim, mesmo que um conflito se origine em outra seara que não a do Poder Judiciário, poderá ele ser lavado a juízo a qualquer tempo para que seja decidido em caráter definitivo, mesmo após o término de um processo administrativo – por exemplo. Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno (2011, p. 289):

É sobre a atividade jurisdicional desenvolvida pelo Poder Judiciário, pelo Estado-Juiz, que recai o selo de imutabilidade da ‘coisa julgada’ (art. 5º XXXVI, da Constituição Federal). Isto quer dizer que as soluções apresentadas pelo Estado-Juiz, em determinadas circunstâncias [...] adquirem uma situação de estabilidade, no sentido de que ninguém mais (os próprios envolvidos, eventuais interessados indiretamente envolvidos e o próprio Estado no exercício de suas diversas funções) possa desconsiderar o resultado do exercício daquela atividade jurisdicional: o direito material reconhecido como tal na decisão está imunizado de nova discussão.

Resume-se que o Estado-Juiz, na medida de sua competência, substituirá a vontade dos litigantes por meio de sua decisão imperativa, que, de maneira compulsória, vinculará às partes ao cumprimento do que na sentença ficar decidido, de modo que, caso aprecie o mérito, fará *res judicata*.

## 2.1 Tutela de direito e tutela jurisdicional

Ao contrário do que possa parecer num primeiro momento, a tutela de direito e a tutela jurisdicional são coisas distintas, pois enquanto a primeira tem como foco a tutela material de direitos num plano abstrato, a segunda visa assegurar a aplicação da primeira, quando por alguma razão concreta o direito material sofrer lesão ou ameaça de lesão.

No que concerne à tutela de direitos, faz-se necessário ter em mente que ela é feita em todo o ordenamento jurídico, inclusive em leis esparsas, sendo observada toda vez que o legislador cria dispositivos que garantem a existência de algum direito, seja individual ou coletivo. No entanto, embora a lei garanta uma infinidade de direitos, de nada valeria caso não houvessem mecanismos para protegê-los. De nada valeria a Constituição Federal prever em seu art. 5º XXII o direito fundamental de propriedade caso ele não pudesse ser protegido por meio de ação judicial em havendo violação. “Justamente por isto, é que há campo para se cogitar da necessidade da tutela jurisdicional destes mesmos direitos. Seja para evitar a consumação da lesão, imunizando o estado de ameaça, seja para reparar a lesão já consumada”. (SCARPINELLA, 2011, p. 316)

Assim como a tutela material de direitos, a tutela jurisdicional decorre da própria Constituição Federal, sendo na verdade uma imposição para que cada direito material tenha uma tutela a fim de que ele seja efetivado no plano fático. É o que decorre do princípio da efetividade da tutela jurisdicional, segundo o qual a tutela jurisdicional deve ser traçada de modo a efetivar da forma mais ampla possível os contornos do direito material.

## **2.2 Tutela definitiva e tutela provisória**

Ao pretender ter seu direito garantido pela via judicial, a parte postulante formula seu pedido com a intensão de vê-lo efetivado em tempo hábil a não gerar injustiças. Ocorre que a decisão judicial, no mais das vezes, tem sido proferida após um longo e moroso processo, que ocorre principalmente em razão dos inúmeros processos que chegam ao Judiciário todos os dias. É certo que o magistrado ao apreciar uma causa deva tomar todos os cuidados necessários para que a verdade formal chegue o mais próximo possível da verdade real, porém não se pode negar que a demora em conceder a tutela jurisdicional definitiva tem deixado a desejar.

Ao apreciar o pedido principal do processo, o magistrado tomando as cautelas necessárias analisa as provas trazidas pelas partes de modo a formar cognição exauriente para que então possa proferir a sentença e, conseqüentemente, a tutela definitiva. Nas palavras de Fredie Didier Júnior (2015, p. 561):

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

Embora o processo caminhe sempre para frente dando passos até a prestação da tutela definitiva, há hipóteses em que caso o pedido não seja apreciado e concedido mediante cognição sumária, haverá perigo de dano ou o risco ao resultado útil ao processo. Admitido isso, o legislador infraconstitucional já há tempos vem positivando mecanismos para amenizar esses riscos de dano ao

tutelado, garantindo não somente uma maior celeridade na prestação jurisdicional, mas também diminuindo os impactos negativos sociais causados pela morosidade e injustiça, que acarretam em descrédito ao processo judicial.

Segundo Luiz Rodrigues Wambier (2013, p. 400): “A função da antecipação da tutela é a de permitir que a proteção jurisdicional seja oportuna, adequada e efetiva. Garantir a efetividade de suas decisões é a contrapartida que o Estado tem que dar à proibição da autotutela”.

Assim como a tutela provisória de urgência, a tutela definitiva pode ser satisfativa ou cautelar. Nesse sentido conceitua Fredie Didier Júnior (2015, p. 562):

A tutela definitiva satisfativa é aquela que visa certificar e/ou efetivar o direito material. Predispõe-se à satisfação de um direito material com a entrega do bem da vida almejado. É a chamada tutela-padrão [...] A tutela cautelar não visa à satisfação de um direito (ressalvado, obviamente, o próprio direito à cautela), mas, sim, a assegurar a sua futura satisfação, protegendo-o.

Enquanto a tutela definitiva é em regra prestada no fim do processo, depois de percorrido todas as suas fases, a tutela provisória pode ser arguida e concedida não somente de forma incidental no processo, mas também de maneira antecedente à própria petição inicial que posteriormente indicará detalhadamente o pedido principal almejado no fim do processo, o qual poderá ser confirmado mediante tutela definitiva.

### **3 TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Em razão da necessidade humana de socialização, o direito, como ciência social aplicada, tem como escopo não somente a estruturação do Estado, mas também o ônus de pacificar as relações sociais cuja eventual conflito de interesses dê origem a uma lide. Configurada a lide, as partes tem a garantia constitucional (art. 5º XXXV) de vê-la apreciada pelo Poder Judiciário, não podendo, em regra, resolvê-la por suas próprias forças.

Ocorre que em virtude de diversos fatores nem sempre o processo têm sido acabado em tempo hábil a garantir o direito existente levado a juízo,

acarretando muitas vezes a uma justiça ineficaz, e, conseqüentemente, descrédito da população com o Poder Judiciário.

Diante das cautelas necessárias para uma boa prestação jurisdicional, a tutela definitiva é, necessariamente, demorada, sendo imprescindível que o devido processo legal seja observado para garantir a segurança jurídica. Um processo cuja demora seja irrazoável pode colocar em risco a boa prestação jurisdicional, porém, se decidido antes do tempo necessário para uma adequada apreciação probatória, produzirá, talvez, resultados injustos.

Segundo o que dispõe Fredie Didier Júnior (2015, p. 567):

No intuito de abrandar os efeitos perniciosos do tempo do processo, o legislador instituiu uma importante técnica processual: a antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva, que permite o gozo antecipado e imediato dos efeitos próprios da tutela definitiva pretendida (seja satisfativa, seja cautelar).

Após a admissão da tutela provisória no processo notou-se uma melhora significativa na prestação da tutela jurisdicional, pondo um fim à questão da demora nos casos concretos cuja decisão deva ser concedida de forma urgente.

### **3.1 Finalidade e características**

A tutela provisória tem por escopo conceder, por meio de cognição sumária, o direito pretendido no final do processo de forma antecedente e precária, dada a urgência ou a evidência do direito apreciado. É bastante sensível a explanação de Fredie Didier Júnior (2015, p. 567):

A principal finalidade da tutela provisória é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela). Serve, então, para redistribuir, em homenagem ao princípio da igualdade, o ônus do tempo no processo, conforme célebre imagem de Luiz Guilherme Marinoni. Se é inexorável que o processo demore, é preciso que o peso do tempo seja repartido entre as partes, e não somente o demandante arque com ele.

São características notórias da tutela provisória, ao menos, a sumariedade de cognição, a precariedade e a impossibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada.

A tutela provisória é tida como de cognição sumária em razão da decisão que a concede não apreciar a fundo o mérito e suas provas, sendo exprimida mediante mero juízo de probabilidade. Possui caráter precário devido, a princípio, seus efeitos se arrastarem somente enquanto o processo não é findo, podendo ainda ser modificados ou revogados a qualquer tempo. Porém, ela poderá ter seus efeitos confirmados de modo permanente por meio da tutela definitiva.

Além das características explicadas acima, a tutela provisória é, ainda, insuscetível de não poder ser reapreciada em razão da coisa julgada. Há, no entanto, um fenômeno trazido pelo novo Código de Processo Civil que até então era desconhecido: a chamada estabilização da tutela provisória (prevista no art. 304). Entende-se por esse fenômeno que a tutela provisória antecipada/satisfativa concedida antecipadamente passará a produzir efeitos definitivos sem, contudo, fazer coisa julgada.

Visto a finalidade e as características da tutela provisória, faz-se necessário explanar seus fundamentos e suas formas de requerimento.

### **3.2 Fundamento e Espécies**

Segundo Fredie Didier Júnior (2015, p. 569), “qualquer tutela definitiva, e somente a tutela definitiva, pode ser concedida provisoriamente. As espécies de tutela definitiva são, por isso, as espécies de tutela provisória”. Portanto, a tutela provisória pode ser antecipada (mesma coisa que satisfativa) ou cautelar.

A tutela provisória antecipada/satisfativa é aquela que concede o direito pleiteado de forma antecedente ao fim do processo, sem, contudo, adentrar a fundo o mérito, possibilitando o gozo imediato do direito afirmado.

A tutela provisória cautelar não concede de maneira imediata o pedido principal pleiteado no fim processo por meio da tutela definitiva (a menos que o pedido principal também seja cautela), mas sim a proteção do direito objeto da cautela, para que então ele possa existir no futuro e eventualmente ser concedido de forma definitiva. Segundo Fredie Didier Júnior (2015, p. 569):

A tutela provisória cautelar antecipa os efeitos de tutela definitiva não-satisfativa (cautelar), conferindo eficácia imediata ao direito à cautela. Adianta-se, assim, a cautela a determinado direito. Ela somente se justifica diante de uma situação de urgência do direito a ser acautelado, que exija sua preservação imediata, garantindo sua futura e eventual satisfação.

O art. 294 do novo Código de Processo Civil dispõe que “a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência”.

Ao admitir a necessidade da prestação da tutela jurisdicional de forma célere quando o caso em concreto exigir, mais uma vez o legislador infraconstitucional positivou a tutela antecipada quando ficar demonstrada a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. É a chamada tutela provisória fundada na urgência (art. 300 CPC/15).

Além da tutela provisória fundada na urgência, o novo Código de Processo Civil traz a possibilidade da concessão da tutela provisória independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, nos casos em que a lei (art. 311 CPC/15) prever. É a chamada tutela provisória fundada na evidência, vejamos.

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.

Enquanto a tutela provisória fundada na urgência pode ter natureza antecipada/satisfativa ou cautelar, a tutela provisória fundada na evidência pode ser somente satisfativa, pois ela “pressupõe a demonstração de que as afirmações de fato estejam comprovadas, tornando o direito evidente, o que se presume nas hipóteses do art. 311”. (DIDIER, 2015, p. 570)

Isto posto, mostra-se pertinente expor as formas de requerimento da tutela provisória fundada na urgência e a tutela provisória baseada na evidência.

### **3.3 Formas de requerimento**

O novo Código de Processo Civil trouxe uma inovação quanto ao momento em que o pedido da tutela provisória é feito, podendo agora ser requerido, além da forma incidental, de maneira antecedente à própria formulação pormenorizada do pedido que se deseja em tutela definitiva.

Devido apenas a tutela provisória fundada na urgência levar em consideração o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, somente ela pode ser requerida de forma antecedente. Não se justifica a concessão da tutela provisória fundada na evidência, já que segundo o art. 311 ela pode ser concedida tão somente quando demonstrado a probabilidade do direito afirmado, enquadrando-se em uma das hipóteses dos seus incisos.

Enquanto a tutela provisória incidental é aquela requerida no curso do processo em que se demanda a tutela definitiva a fim de satisfazer ou acautelar o pedido principal antes de seu término, a tutela provisória antecedente é requerida antes mesmo da petição inicial que contém os fatos, direitos e pedidos descritos pormenorizadamente. Faz-se por meio de petição simples, a qual deverá conter requisitos distintos sendo antecipada/satisfativa (art. 303) ou cautelar (art. 305).

Protocolada a simples petição antecedente, o requerente terá o prazo de 15 dias (art. 303, §1º, I) para aditar a petição da tutela antecipada/satisfativa requerida em caráter antecedente ou 30 dias (art. 308) para a cautelar requerida em caráter antecedente, podendo o juiz fixar prazo maior para ambas. Superada esta etapa, deverá seguir-se o procedimento descrito para cada modalidade de tutela provisória – de urgência ou de evidência.

### **3.4 Legitimidade**

São legitimadas para requerer a tutela provisória todas as partes capazes de formular o pedido de tutela definitiva, pois como dito anteriormente, “qualquer tutela definitiva, e somente a tutela definitiva, pode ser concedida provisoriamente”.

Afirma Fredie Didier Júnior (2015, p. 573):

Assim, autor, réu, terceiros intervenientes (que a partir da intervenção, se tornam parte) podem requerer a antecipação provisória dos efeitos da tutela (satisfativa ou cautelar), pois todos têm o direito à tutela jurisdicional e, uma vez preenchidos os pressupostos da lei, também à antecipação provisória dos seus efeitos.

Enquanto o CPC/73 previa em seu art. 273 que a tutela provisória pode ser requerida pela parte, ele mesmo a limitava dizendo que o pedido seria feito no “pedido inicial”, sendo, portanto, cabível somente a requerimento do autor. O CPC/15 não faz essa limitação, porém, o pedido da tutela provisória requerida de caráter antecedente é cabível somente ao autor, já que posteriormente a petição será aditada nos termos do art. 303 (sendo antecipada/satisfativa) ou do art. 305 (sendo cautelar).

Além dos legitimados supracitados, poderá a tutela provisória ser requerida também pelo Ministério Público quando ele figurar como parte ou assistente de incapazes. Atuando como *custos legis*, poderá se manifestar quanto a eventual pedido de tutela provisória, sugerindo, apoiando ou repelindo, não podendo, porém, apresentar requerimento autônomo.

### 3.5 Cabimento

Além de a tutela provisória ter espaço no procedimento comum, ela é cabível também no processo de execução, pois embora não haja previsão no título II da parte especial do CPC/15, as regras do procedimento comum continuam sendo utilizadas de maneira subsidiária no processo de execução, conforme dispõe o art. 318, parágrafo único.

Ainda segundo o dispositivo supracitado, as regras do procedimento comum também são aplicáveis aos juizados especiais, porém tem sido discutida a aplicabilidade da tutela provisória nos juizados especiais cíveis, pois, a princípio, não seria possível devido os princípios que o rege. Mesmo assim, na prática a tutela provisória tem sido utilizada nos juizados especiais, ainda mais após a edição do enunciado n. 26 do Fórum Permanente dos Coordenadores dos Juizados Especiais

Cíveis e Criminais ao qual prescreve que “são cabíveis a tutela acautelatória e a antecipatória nos juizados especiais cíveis”.

Por fim, é cabível a antecipação da tutela nos procedimentos especiais (salvo expressa disposição em contrário), mesmo os que não a prevê. No entanto, em determinados casos a lei exige outros pressupostos distintos dos previstos nos artigos 303, 305 e 322 do CPC/15. Como exemplo pode ser mencionado a antecipação da tutela nas ações possessórias (art. 562 CPC/15) que poderá ser concedida “estando a petição inicial devidamente instruída” com seus requisitos específicos.

### **3.6 Concessão da tutela provisória**

Como anteriormente dito, a tutela provisória pode ser requerida de forma antecedente ou incidental. Em ambos os casos, presentes os pressupostos legais, o juiz deverá, sem discricionariedade, conceder a tutela provisória.

Importante se faz lembrar que é exigência legal toda decisão judicial ser fundamentada/ motivada de forma clara e pormenorizada. Trata-se, mais uma vez, de exigência expressa trazida pelo CPC em seu art. 489.

Na prática, há tempos têm se observado a concessão da medida com fundamentação genérica, se resumindo meramente em “presentes os pressupostos da tutela provisória, defiro”. Decisões nesses termos deve ser objeto de embargos de declaração segundo o entendimento que se extrai dos incisos do §1º do art. 489 do CPC/15. Vejamos:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Deve ainda ser analisada a possibilidade da concessão da tutela provisória sem requerimento da parte, ou seja, *ex officio*. O art. 299 expressamente diz que “a tutela provisória será requerida ao juízo da causa”, não dando margem a interpretação da concessão por conta própria pelo magistrado. Além disso, “trata-se de exigência decorrente da regra da congruência”. (DIDIER, 2015, p. 593)

Há, no entanto, casos em que é possível verificar de forma implícita o pedido de tutela antecipada, como ocorre, por exemplo, na fixação de alimentos provisórios em ação de alimentos. Daniel Mitidiero *apud* Didier (2015, p. 593) expõe a hipótese na qual o magistrado, para evitar perecimento do direito, concede de ofício à tutela na ausência de pedido da parte. Para ele esta seria a única maneira de preservar a utilidade do resultado do processo.

Em contraponto ao entendimento acima, Fredie Didier (2015, p. 593) não considera possível a concessão *ex officio* da tutela provisória (salvo expressa previsão legal), pois além de ferir a interpretação sistemática da lei processual que se estrutura na regra da congruência, “a efetivação da tutela provisória dá-se sob responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela, que deverá arcar com os prejuízos causados ao adversário”. Caso a decisão que causasse prejuízo à parte adversa fosse revogada, não haveria como responsabilizar o beneficiário da antecipação da tutela que sequer a pediu.

### **3.7 Medidas judiciais para a efetivação da tutela provisória**

Não obstante as medidas judiciais cabíveis para a efetivação da tutela provisória cautelar fundada na urgência que estão elencadas no art. 301 (arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de protesto contra alienação de bem), o art. 297, de modo intrigante, abriu os poderes do juiz em determinar quais medidas poderão ser utilizadas.

Segundo o art. 297, “o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória”. Como se pode ver, além de não indicar quais as medidas judiciais que poderão ser utilizadas (embora em seu parágrafo único ele faça referência às normas do cumprimento provisória da

sentença), o referido artigo não se limita apenas à tutela provisória cautelar (como é o caso do art. 301), sendo ele aberto as demais tutelas também.

Nota-se semelhança entre o artigo supra com o inciso IV do art. 139 do CPC/15. Ambos asseguram que o magistrado poderá adotar medidas para assegurar o cumprimento de ordem judicial. Tanto um quanto o outro merece análise minuciosa.

Obviamente que essas medidas inominadas não podem ferir princípios do direito, em especial, dos constitucionais. Não se pode determinar uma medida cuja aplicação afronte o princípio da legalidade, deixando de observar, por exemplo, o contraditório e a ampla defesa.

Para a análise e interpretação desses dispositivos, bem como para a aplicação de suas medidas inominadas, a doutrina entende que deve ser observado os tão consagrados postulados normativos.

Brilhantemente observados por Humberto Ávila, os postulados normativos são nada mais que metanormas. São meios de interpretação e aplicação do direito. A respeito desses postulados, Ávila (2012, p. 142) explica que:

A interpretação de qualquer objeto cultural submete-se a algumas condições essenciais, sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido. A essas condições essenciais dá-se o nome de postulados. Há os postulados meramente hermenêuticos, destinados a compreensão em geral do Direito e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta.

Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas.

Dentre os postulados normativos, é relevante invocar os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade para a aplicação dos artigos 297 e 139, inciso IV.

No caso concreto em que é requerida a tutela provisória, o juiz, analisando as circunstâncias do processo, deverá agir em conformidade com a necessidade e a possibilidade do cumprimento da tutela provisória na proporção e razoabilidade das circunstâncias fáticas, em especial, do demandado.

Se porventura o juiz, num primeiro momento, cogitasse em aplicar determinada medida para a efetivação da tutela provisória, mas percebesse que agindo de tal maneira colocaria o requerido de alguma forma em situação, por exemplo, de risco, não poderia determinar a aplicação da medida, pois seria irrazoável e poderia colocar o requerido numa situação ainda pior do que o requerente possa se encontrar.

Percebendo, por exemplo, que determinado ato indutivo, coercitivo ou mandamental é desproporcional e irrazoável, deverá o magistrado adotar outros na medida das circunstâncias do processo e de quem se pede.

### **3.8- Precariedade e recurso cabível**

Devido a finalidade da tutela provisória ser conceder o gozo imediato do direito pretendido como tutela definitiva ou a acautelamento do direito pretendido, seu termo final seria, naturalmente, a sentença de procedência ou improcedência.

Contudo, a tutela provisória pode ser modificada ou revogada a qualquer tempo (art. 296 CPC/15) a pedido da parte interessada. Quanto a isso, Fredie Didier Júnior (2015, p. 585) afirma que:

Exige-se, porém, para que se possa revoga-la ou modifica-la, que tenha ocorrido alguma alteração posterior no estado de fato – afinal a medida é concedida *rebus sic stantibus*-, ou o advento de novo elemento probatório, que tenha tornado inexistente algum dos pressupostos outrora existente.

Se porventura a tutela provisória for revogada, terá efeito ex tunc, passando a retroagir desde a data de sua concessão, ficando seu beneficiário objetivamente responsável por eventuais danos causados a parte adversa.

Devido a decisão que concede ou denega a tutela provisória ser a interlocutória, seu recurso cabível é, por consequência, o agravo de instrumento, que mais uma vez encontra previsão legal no art. 1015, cujo prazo passou de 10 para 15 dias.

#### 4 TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

Como se sabe, uma das características, ou melhor, um dos ônus que o Estado tem é de, mediante provocação, solucionar as lides e pacificar a sociedade. Para tanto, a lei prevê qual e como será o procedimento que o Estado adotará por meio de seus representantes investidos de jurisdição.

O legislador pátrio consagrou na atual Constituição Federal o chamado princípio da inafastabilidade da jurisdição logo em seu art. 5º, XXXV. Trata-se de cláusula pétrea que não pode ser removida do ordenamento jurídico.

Muito embora a jurisdição seja de fato algo evidente em nosso ordenamento jurídico, é necessário que se tomem algumas cautelas para que ela seja efetivamente cumprida.

Como já foi abordado anteriormente, jurisdição significa “dizer o direito”, porém, aplicar o direito no caso em concreto não significa, precisamente, fazer justiça. Não se pode negar a existência de diversos fatores que não contribuem para a justiça, como, por exemplo, o tempo e a sobrecarga de processos tramitando nos órgãos incumbidos de jurisdição.

Ora, se porventura uma lide que demanda celeridade é levada ao Judiciário, mas ele, por motivos de sobrecarga e tempo, não a decide em tempo hábil a não causar perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, pouco adiantaria a previsão do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Nota-se que alguns estudiosos do direito não atentam para o que seria o tempo coerente para a boa prestação jurisdicional, ainda mais na atualidade em que o descrédito com o Poder Judiciário tem se tornado grande em virtude do tempo que ele leva para decidir uma demanda.

Tempo coerente para a solução de uma demanda não significa resolvê-la em poucas semanas ou meses. Cada demanda tem um nível de complexidade e este merece respeito. Assim como em alguns casos a tutela jurisdicional deve ser imediatamente concedida sob pena de dano irreparável ou de difícil reparação, em outros ela deverá ser concedida somente após cognição plena.

Caso a instrução probatória não seja adequadamente realizada, o órgão jurisdicional poderá fatalmente estar julgando a demanda sem a plena convicção dos fatos.

Diante das infinitas possibilidades de demandas, o legislador infraconstitucional mais uma vez positivou, em consagração ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, a chamada tutela antecipada.

É indiscutível que no plano empírico há situações em que a ameaça de lesão a direito é iminente, podendo ser constatada inclusive no momento da propositura da ação. Para essas situações, como por exemplo, quando um enfermo terminal necessita de cirurgia que só seria feita após burocrático procedimento e pagamento das custas, o ordenamento jurídico prevê técnicas específicas.

Cassio Scarpinella Bueno (2011, p. 326) explica que:

O direito processual civil brasileiro autoriza a fruição de um determinado bem jurídico mesmo antes da definição final do Estado-juiz, antecipando-se, com isto, os efeitos que, tradicionalmente, só seriam sentidos depois de consagrados, no caso concreto, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Em outras, a forma pela qual se imuniza a ameaça limitar-se a evitar o dano alegado pelo autor perante o Estado-juiz (vedando a prática de um ato), assegurando-se, com isto, que, no momento oportuno, possa se fruir amplamente dos direitos a serem reconhecidos ao longo da atividade jurisdicional.

As medidas de urgência no direito processual civil brasileiro se concretizam por meio da tutela antecipada de natureza satisfativa e da tutela antecipada de natureza cautelar. Enquanto na primeira pretende-se fruir o mesmo direito almejado no fim do processo, na segunda pretende-se apenas acautelar um direito, ou seja, cuidar do direito para que ele possa, em momento futuro, ser exercido.

#### 4.1 Pressupostos legais

O atual Código de Processo Civil prevê expressamente no *caput* do art. 300 os elementos essenciais que justificam a concessão da tutela provisória: a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e a demonstração do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*). Vejamos *ipsis litteris*:

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

Muito embora seja largamente aceita a existência desses requisitos, mesmo no Código de Processo Civil de 1973, Eduardo Costa (2011, p. 166) observa que na prática “a concessão da tutela provisória não costuma obedecer rigorosamente essa exigência. Há situações em que juízes concedem a tutela provisória em razão da extrema urgência, relegando um tanto a probabilidade; e vice-versa”.

Referente à constatação supracitada, o mesmo autor afirma que (2011, p.169):

Para conceder-se a liminar, não há necessidade da presença simultânea dos dois pressupostos. Entre eles há uma espécie de permutabilidade livre [...] Tudo se passa como se, nos processos em concretos de concessão de tutelas liminares, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* fossem ‘elementos’ ou ‘forças’ que se articulam de forma variável, sem absolutismo e fixidez dimensional.

Percebe-se então que há certa liberalidade no julgamento da presença ou não desses pressupostos, mesmo quando um é menos nítido que o outro. Em todo caso, o CPC/15 no art. 300, *caput*, apenas diz que a tutela de urgência “será concedida quando houver elementos que a evidenciem”. Trata-se de imposição legal que não delimita a intensidade de cada pressuposto.

Não obstante a existência desses dois pressupostos gerais para ambas as tutelas de urgência (antecedente/satisfativa e cautelar), há ainda um requisito específico e necessário para a tutela satisfativa (art. 300, §3º CPC/15): a reversibilidade dos efeitos da decisão.

Diante da importância em se entender esses pressupostos (gerais e específico), uma abordagem pontual em subtópicos autônomos é necessária.

#### **4.1.1 *Fumus boni iuris***

Amplamente conhecido como *fumus boni iuris*, a fumaça do bom direito nada mais é que um dos pressupostos da tutela antecipada que se traduz pela probabilidade do direito que se alega nos fatos.

O juiz avalia as alegações do autor do pedido antecipatório e verifica se há “elementos que evidenciam” (art. 300, *caput*) a existência do direito, bem como qual é a probabilidade dele ser reconhecido ao longo do processo e, ao final, confirmado por meio da tutela definitiva.

Nesse sentido, Fredie Didier Júnior (2015, p. 595) explica que:

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

Deve ser atenciosamente observado que a presença da fumaça do bom direito independe de prova. Se houver verossimilhança fática e plausibilidade jurídica tal pressuposto estará suficientemente claro. Nesse sentido, Daniel Assumpção Amorim Neves (2006, p. 21) reforça que:

Nem sempre uma prova dos fatos implicará o acolhimento da pretensão – ainda que em caráter provisório. É o que se dá, por exemplo, quando os fatos, ainda que devidamente corroborados, não se subsomem ao enunciado normativo invocado, ou, ainda que juridicizados, não geram os efeitos jurídicos desejados. E mais, ainda que provados e verossímeis os fatos trazidos pelo requerente, pode o requerido trazer prova pré-constituída de fato novo, extintivo (exp.: pagamento), modificativo (exp.: renúncia parcial) ou impeditivo (exp.: prescrição) do direito deduzido, invertendo, pois, a verossimilhança.

Constata-se então que há certa liberalidade na valoração do *fumus boni iuris* por parte do magistrado que está adstrito somente à verossimilhança fática e a plausibilidade do direito. Há uma espécie de subjetivismo que dosa, de uma forma geral, a probabilidade de vitória da parte requerente.

#### **4.1.2 *Periculum in mora***

O largamente consagrado como *periculum in mora* é um dos pressupostos gerais da tutela de urgência. Refere-se ao “perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo” (art. 300, *caput*), ou, simplesmente, perigo da demora.

Como visto, há casos em que a tutela jurisdicional deve ser sumariamente concedida, sob pena de dano irreparável ou de difícil reparação.

Esse perigo de dano deve ser real, ou seja, é necessário que existam elementos objetivos que evidenciem perigo concreto, iminente e apto a causar problemas na fruição de um direito. Se porventura o juiz constatar que o pedido antecipatório do autor se funda somente em temor subjetivo, o pedido deverá ser denegado.

Ainda sobre o aspecto do dano, ele pode ser irreparável ou de difícil reparação. Ao expor sobre o dano irreparável, Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 185) explica que:

Dano irreparável pode decorrer de violação: I) a direito não-patrimonial (direito à honra ou à imagem, por exemplo); II) a direito patrimonial com função não-patrimonial (exp.: direito a indenização por acidente de trabalho, cuja realização é necessária para que o trabalhador restabeleça condições mínimas de saúde; III) a direito patrimonial que não pode ser reparado de forma específica – com o retorno ao *status quo ante* -, mas só por equivalente em pecúnia; IV) ou a direito patrimonial que pode ser efetivamente atendido através de simples prestação pecuniária – com um simples direito de crédito não adimplido -, mas a manutenção do bem ou capital necessário para a sua satisfação no patrimônio do réu, no curso do processo, implica dano grave ou irreparável para o autor – que demanda, por exemplo, sua satisfação imediata para manter a sanidade financeira da empresa.

Por outro lado, o dano de difícil reparação é aquele que certamente não poderá ser reparado em virtude da natureza ou da especificidade do objeto. O dano de difícil reparação ocorreria, por exemplo, na perda de um carro antigo de edição limitada. Certamente o requerente não teria seu bem nas mesmas qualidades.

Apenas para fins de clareza no entendimento, deve-se ressaltar que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são os dois pressupostos genéricos da tutela provisória urgente de natureza antecipada/satisfativa e de natureza cautelar. Eles são suficientes para a concessão da tutela cautelar, porém, há um terceiro requisito específico para a concessão da tutela de urgência de natureza antecipada/satisfativa: a reversibilidade dos efeitos, que será vista no próximo subtópico.

### 4.1.3 Reversibilidade dos efeitos

Prevista no §3º do art. 300 do CPC/15, a reversibilidade dos efeitos da decisão antecipatória é o terceiro pressuposto da tutela de urgência de natureza antecipada/satisfativa. Vejamos, *ipsis litteris*:

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

[...]

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

Ora, sabendo que a tutela provisória tem caráter precário e pode ser revogado a qualquer tempo, seus efeitos também devem ser, por óbvio, reversíveis.

Como já explicado em tópicos anteriores, a tutela provisória de natureza satisfativa antecipa, por meio de cognição sumária, a fruição do direito que somente seria possível ao fim do processo, mediante cognição exauriente. Nesse sentido, Fredie Didier Júnior (2015, p. 600) explica com maestria que:

Já que a tutela provisória satisfativa (antecipada) é concedida com base em cognição sumária, em juízo de verossimilhança – sendo passível de revogação ou modificação-, é prudente que seus efeitos sejam reversíveis. Afinal, caso ela não seja confirmada ao fim do processo, o ideal é que se retorne ao *status quo ante*, sem prejuízo para a parte adversária.

Conceder a tutela provisória satisfativa irreversível seria conceder a própria tutela definitiva – uma contradição em termos. Equivaleria a antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o devido processo legal e o contraditório.

Caso os efeitos da tutela provisória antecipada fossem, no caso em concreto, irreversíveis, isso equivaleria em êxito no pedido final almejado pelo autor como tutela definitiva ao fim do processo. Haveria, portanto, grande probabilidade de abusos na concessão da medida devido à nocividade para a parte contrária.

Não haveria sequer razão de dar prosseguimento ao processo, pois uma vez que ele foi iniciado buscando efeitos definitivos na concessão ou declaração de um direito, ele já teria alcançado sua finalidade. “Ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil

seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo”. (ZAVASCKI, 1999, p. 97)

Há, no entanto, casos em que apesar de o juiz previamente notar que caso a tutela provisória seja concedida seus efeitos serão irreversíveis, ela deverá ser concedida. “Isso porque, em muitos casos, mesmo sendo irreversível a tutela provisória satisfativa [...] o seu deferimento é essencial para que se evite um mal maior para a parte requerente”. (DIDIER, 2015, p. 600)

Deste modo, o juiz deverá, invocando o postulado normativo da proporcionalidade, ponderar qual será o efeito menos nocivo para qualquer das partes. Deverá, por meio de decisão motivada, conceder o direito improvável e dar primazia à efetividade em detrimento da segurança jurídica.

Admitindo que nos casos em concreto haveria conflito de direitos, o legislador promoveu no §1º do art. 300 do CPC/15 um mecanismo de amenização a eventual dano causado pela concessão da medida antecipatória: a caução como garantia.

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

§ 1º 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 se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

Ainda que o ideal seja que a situação de fato retorne ao *status quo ante*, caso não seja possível a parte lesada teria, ao menos, reparação em dinheiro, não ficando, por um todo, desamparada.

## **4.2 Da tutela inibitória, reintegratória e ressarcitória**

Não obstante a existência das tutelas contra o dano há também as tutelas contra o ilícito (inibitória e reintegratória) que, apesar de num primeiro momento aparentarem ser a mesma coisa, não são. Sua abordagem, ainda que de modo sucinto, é necessária para uma maior compreensão do tema desta obra.

O ilícito nada mais é que ato praticado contrariando a lei e que nem sempre gera um dano ao requerente (embora sempre gere dano à lei por contrariar esta).

A tutela inibitória não tem como pressuposto a probabilidade do dano, mas sim mera probabilidade do ilícito. Ela visa tão somente evitar que um ato contrário à lei ocorra ou à remoção de um ilícito já praticado que continua produzindo efeitos, independente se vai gerar um dano.

Mas afinal, em termos práticos, há diferença entre a tutela contra o dano e a tutela contra o ilícito? Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 1) explica que:

Quando se percebe que a matéria da ação inibitória se restringe ao ilícito, verifica-se que o autor *não precisa* alegar dano e o que réu está *impedido* de discuti-lo. Bem por isso, o juiz, em tal caso, não pode cogitar sobre o dano e, dessa forma, determinar a produção de prova em relação a ele.

Ainda como meio de remoção do ilícito, temos a figura da tutela reintegratória, sendo aquela “predisposta à remoção de um ilícito já praticado, visando impedir sua repetição ou continuação. Busca estabelecer o *status quo ante*; reintegra o direito violado. Dá-se quando o ato contrário ao direito já ocorreu, mas seus efeitos estão a se propagar”. (DIDIER, 2015, p. 598)

Tem-se também a chamada tutela ressarcitória. Ao contrário das tutelas anteriores, a tutela ressarcitória pressupõe um dano já efetivado. Referida tutela visa o ressarcimento do dano por meio de pecúnia ou ressarcimento específico, fazendo com que o direito ou a coisa lesionada retorne ao estado que se encontrava antes do fato danoso. É o que ocorre, por exemplo, quando uma empresa degrada o meio ambiente, podendo o juiz apená-la a plantar árvores.

### 4.3 Formas de requerimento e procedimento

O CPC/15 mantém a forma incidental de requerimento da tutela provisória que já era prevista no CPC/73 e traz como inovação a possibilidade da parte requerer a tutela provisória antecedente, isto é, antes mesmo do protocolo da petição inicial que detalhará o que se almeja como tutela jurisdicional definitiva.

Devido à importância desse tema, faz-se necessário dedicar subtópicos autônomos para a exposição e reflexão de cada uma dessas formas de requerimento nas modalidades da tutela provisória, seja ela fundada na urgência (antecipada/satisfativa ou cautelar) ou na evidência.

#### **4.3.1 Incidental**

Antes de adentrar a forma de requerimento incidental faz-se necessário entender, ainda que de forma singela, o que é um incidente.

Um incidente nada mais é que uma questão vinculada ao direito processual que é levantada no curso do processo devendo ser resolvida antes do proferimento da sentença de mérito. Em outras palavras, é a pretensão requerida no bojo do processo.

Deve-se distinguir que a questão incidental não é a mesma coisa que a questão prejudicial. Enquanto a primeira tem por análise o direito processual, a segunda está atrelada ao direito material. Além das tutelas provisórias arguidas no curso do processo, outro exemplo de incidente é o famoso incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, regulado a partir do art. 133 do CPC/15.

Diferentemente do que se observa no CPC/15 sobre as tutelas provisórias requeridas em caráter antecedente, as tutelas provisórias requeridas de forma incidental não tem procedimento especificamente positivado. Para elas há somente as disposições gerais previstas entre os artigos 294 ao 302.

O dispositivo que assegura que a tutela provisória poderá ser requerida em caráter incidental ou mesmo antecedente é o parágrafo único do art. 294. Segundo o referido artigo, “a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”.

Pode requerer a tutela provisória incidental o mesmo sujeito processual que pode requerer a tutela provisória antecedente: o autor. Ao se deparar com essa expressão, o operador do direito deve ter em mente que no direito processual ela é muito mais ampla do que pode parecer num primeiro momento. Autor não é somente aquele que propõe a demanda no Poder Judiciário, mas sim todo aquele que

formula uma pretensão, ainda que não seja aquela que motivou o processo. Luiz Rodrigues Wambier (2013, p. 407) afirma que:

Autor, no processo, é, além daquele que apresenta a petição inicial, o oponente, o denunciante, o reconvinte, o que apresenta declaratória incidental, o assistente litisconsorcial do autor etc. O assistente simples e o Ministério Público (na mera condição de fiscal da lei) podem também formular pedido de tutela antecipada, mas a antecipação dos efeitos da sentença beneficiará ou atingirá autor e réu, não a eles (assistente e MP), que são terceiros.

Sendo requerida incidentalmente, a tutela provisória independe do pagamento de custas, pois elas já foram recolhidas no início do processo. É o que dispõe o art. 295 do CPC/15 ao prescrever de forma clara que “a tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas”. É o contrário do que ocorre nas tutelas provisórias de urgência requeridas em caráter antecedente em que as custas são pagas no ato do ajuizamento da simples petição antecedente que posteriormente será aditada.

#### **4.3.2 Antecedente**

A tutela provisória requerida em caráter antecedente é amplamente tida como uma das maiores inovações trazidas pelo CPC/15. Prevista entre os artigos 303 ao 310, trata-se de procedimento específico no qual o autor, antes mesmo de expor detalhadamente o que se busca no processo, ajuíza simples petição indicando o pedido da tutela final, juntamente com a demonstração de alguns requisitos e requerendo a tutela provisória.

O CPC/15 possibilita esse procedimento tanto para a tutela de urgência antecipada/satisfativa (art. 303 e 304) quanto para a tutela de urgência cautelar (art. 305 a 310).

Ao reger o procedimento da tutela antecipada/satisfativa requerida em caráter antecedente, o art. 303 dispõe que:

Art. 303. 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.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o *caput* deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o *caput* deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no *caput* deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

Logo no *caput* o legislador deixou muito claro quais são os requisitos para o procedimento da tutela provisória antecipada/satisfativa requerida em caráter antecedente. Nota-se que o elemento principal que deu origem a esta modalidade de requerimento é a urgência contemporânea à propositura da ação.

Não se pode negar que em certas circunstâncias fáticas necessita-se da tutela jurisdicional de imediato, sob pena de risco de dano irreparável ou de difícil reparação. É o que ocorre, por exemplo, com pacientes hospitalares em estado terminal que necessitam de pronto atendimento.

Como se não bastasse essa técnica processual inovadora, o legislador por meio do §2º do art. 300 possibilita ainda que a tutela de urgência (tanto a antecipada/satisfativa quanto a cautelar) seja concedida liminarmente, vale dizer, sem a oitiva da parte contrária (*inaudita altera pars*) quando as circunstâncias fáticas em que se requer a tutela provisória demandar extrema celeridade.

Não havendo tamanha urgência o magistrado poderá, caso entender pertinente, marcar audiência de justificação prévia a fim de tomar maiores informações a respeito do caso em concreto que se almeja o benefício da tutela antecedente.

Caso o magistrado observe que a petição inicial não preenche os elementos mínimos necessários para a concessão da medida antecipatória, ele

determinará que o autor faça a devida emenda à petição inicial no prazo de 5 (cinco) dias. Nesse sentido, Fredie Didier Júnior (2015, p. 603) afirma que:

Não concedida a tutela antecipada, por não haver elementos que evidenciem o preenchimento dos seus pressupostos, o juiz determinará a intimação do autor para que promova a emenda da petição inicial no prazo de cinco dias, sob pena de indeferimento e extinção do processo sem resolução do mérito. A emenda da inicial é necessária para que o autor complemente sua causa de pedir, confirme seu pedido de tutela definitiva e traga documentos indispensáveis à propositura da demanda ainda ausentes (art. 303, §6º, CPC).

Preenchidos os requisitos e sendo caso de deferimento do pedido antecipatório, o juiz determinará que o autor promova, em quinze dias (ou em prazo maior que o juiz fixar), o aditamento da petição inicial que indicava sucintamente o pedido de tutela final, “de modo a complementar a sua causa de pedir, confirmar seu pedido de tutela definitiva e juntar novos documentos indispensáveis ou úteis para a apreciação da demanda” (DIDIER, 2015, p. 603). É o que dispõe o inciso I do §1º do art. 303.

A segunda providência a ser tomada pelo juiz determinar a citação e intimação do requerido para cumprir a ordem antecipatória e comparecer à audiência de conciliação ou de mediação (incisos II e III do §1º do art. 303). Sobre o prazo, Didier (2015, p. 603) explica que:

Não havendo autocomposição, diz a lei (art. 303, §1º, III, CPC), o prazo para a contestação deverá ser contado na forma prevista no art. 335, CPC. É necessário que se observe, contudo, que o prazo de resposta do réu não poderá começar a ser contado antes da sua ciência inequívoca do aditamento da petição inicial do autor, para que se garanta a ele, réu, 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 a designação da audiência de conciliação ou de mediação (art. 334, §4º, II, CPC), o réu será citado de imediato, mas o prazo de resposta só deverá correr da data em que foi intimado do aditamento da petição inicial.

Sendo o requerido citado e intimado, desdobra-se em dois os caminhos que o processo pode seguir. Se o requerido responder à demanda do autor ou recorrer da decisão interlocutória que concedeu o pedido antecipatório, o processo seguirá normalmente pelo procedimento comum.

Contudo, caso o requerido sendo citado e intimado fique inerte, operarão os efeitos da chamada estabilização dos efeitos da tutela de urgência antecipada/satisfativa requerida em caráter antecedente. É o que dispõe o art. 304

do CPC/15, sendo hipótese que incide tão somente na tutela antecipada/satisfativa antecedente, e não na cautelar. Devido sua importância e amplitude, referido instituto será abordado isoladamente no tópico seguinte.

Resta analisar o procedimento antecedente da tutela cautelar previsto no art.305. Vejamos:

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará 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.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o *caput* tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

Como se sabe, a tutela provisória visa antecipar os efeitos da tutela definitiva e a tutela cautelar visa assegurar a futura fruição do direito. Portanto, tal procedimento tem essas duas finalidades.

Assim como a petição da tutela antecipada/satisfativa antecedente, a petição da tutela cautelar limitar-se-á a mera indicação de seus pressupostos, sem a necessidade de detalhá-los. Será suficiente a petição que 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”. Fredie Didier Júnior (2015, p. 613) complementa:

A petição inicial que veicula a demanda, além de ser escrita e preencher os requisitos do art. 319, I, II, V e VI, CPC, deve conter: a) requerimento de concessão de tutela provisória cautelar, em caráter antecedente – a ser confirmada em caráter definitivo -, se for o caso, liminarmente ou mediante justificação prévia (art. 300, §2º, CPC); b) indicação da lide, seu fundamento e exposição sumária da probabilidade do direito que se busca acautelar; e c) demonstração do perigo da demora (art. 305 e seguintes, CPC).

Após fazer juízo de admissibilidade, o juiz poderá indeferi-la (art. 330), determinar emenda à inicial (art. 321) ou deferi-la em seu todo, caso a petição inicial esteja em observância com seus requisitos.

Deferida a inicial tanto liminarmente quanto por justificação prévia (art. 300, §2º), o juiz ordenará o cumprimento da medida antecipatória e citará o requerido para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

Caso o requerido não conteste o pedido, deve-se ater que para a tutela cautelar não há a possibilidade da estabilização dos efeitos da tutela provisória, como ocorre com a antecipada/satisfativa conforme dispõe o art. 304. Para a tutela cautelar operam-se somente os efeitos da revelia (art. 307), sendo tido como verdadeiros os fatos alegados pelo autor até então. “A presunção de veracidade desta revelia segue o regime jurídico geral, previsto no art. 344, CPC”. (DIDIER, 2015, p. 614)

Optando o requerido por contestar o pedido no prazo legal, deverá, no mesmo ato, indicar as provas que pretende produzir (art. 306). Feita a contestação, o procedimento passará a ser o comum (art. 307, p. único).

Sendo concedida em caráter antecedente, o autor deverá buscar a efetivação da tutela cautelar em até (trinta dias) por meio de alguma das medidas descritas no art. 301 do CPC/15 (“arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de protesto contra alienação de bens”). Ressalta-se que esse prazo é para que se busque a efetivação, não podendo o autor ser prejudicado caso, mesmo buscando, a tutela cautelar não se efetive. Nesse contexto, Humberto Theodoro Júnior *apud* Didier (2015, p. 614) afirma que:

Deve-se entender que o prazo de trinta dias é para que o requerente busque a efetivação da medida; se ele buscou e fez o que era necessário para tanto, mas a medida não se efetivou porque, por exemplo, o oficial de justiça não citou/intimou o requerido, ou ainda porque este, mesmo citado/intimado, não cumpriu a ordem, não há que falar em cessação da sua eficácia. Decorrido esse prazo sem efetivação da medida, e desde que isso seja imputável ao próprio requerente, presume-se que desapareceu o risco e que a parte não deseja mais a medida cautelar.

Efetivada a tutela cautelar, o autor terá 30 (trinta) dias para formular o pedido principal e apresentá-lo nos mesmos autos. Assim como na tutela antecipada/satisfativa antecedente, não haverá a incidência de novas custas processuais, visto que já foram pagas no momento do ajuizamento da inicial antecedente.

O art. 309 dispõe sobre a cessação da eficácia da tutela cautelar requerida em caráter antecedente. Além de ocorrer quando o autor não formular o pedido de tutela definitiva, acontecerá se, por algum motivo não dado pelo autor, o pedido de tutela provisória cautelar não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias. Por

fim, se dará se o juiz julgar improcedente o pedido principal ou extinguir o processo sem resolução de mérito. Vejamos o diploma legal:

Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:  
I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;  
II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias;  
III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.  
Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

Havendo cessação da eficácia da tutela cautelar, o autor só poderá formular novo pedido com fundamento distinto.

É importante ressaltar que o indeferimento desta tutela cautelar requerida em caráter antecedente não impede que a parte formule o pedido principal (art. 310). Por não ser satisfativa/antecipada e não objetivar a fruição do direito que se deseja como tutela final definitiva (salvo quando o pedido de tutela definitiva também é cautelar), a tutela cautelar tem pedido e causa de pedir próprias: resguardar um direito. Em outras palavras, a tutela cautelar só é indeferida pelos seus próprios motivos, e não em razão daqueles que embasam o pedido principal satisfativo.

#### **4.4 Estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente**

A estabilização da decisão que concede a tutela de urgência antecipada/satisfativa requerida em caráter antecedente (e somente ela) é instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de hipótese na qual, pela inércia do requerido em não impugnar a tutela antecipada antecedente, os efeitos da decisão concessiva do pedido antecipatório passam a ser definitivos como se tutela final de mérito fosse, sem, contudo, analisa-lo e fazer coisa julgada (art. 304, §6º)

Mesmo não sendo discutido o mérito, os efeitos da decisão concessiva não terão prazo e nem caráter precário, embora possam ser impugnados em ação autônoma como será abordado em momento oportuno. Segundo Didier (2015, p. 604):

A estabilização da tutela antecipada ocorre quando ela é concedida em caráter antecedente e não é impugnada pelo réu, litisconsorte ou assistente simples (por recurso ou outro meio de impugnação). Se isso ocorrer, o processo será extinto e a decisão antecipatória continuará produzindo efeitos, enquanto não for ajuizada ação autônoma para revisá-la, reformá-la ou invalidá-la. Nesse caso, não há, obviamente, resolução de mérito quanto ao pedido definitivo – até porque a estabilização se dá num momento em que esse pedido sequer foi formulado.

Percebe-se que a estabilização é uma espécie de técnica de monitorização que já existia no processo civil brasileiro, inclusive no antigo CPC/73, por meio da ação monitória. Tanto a ação monitória quanto a estabilização dos efeitos da decisão que concede a tutela antecipada visam a efetividade do processo.

Entretanto, enquanto as hipóteses de cabimento da ação monitória se restringem somente aquelas elencadas no art. 700 a 702 do CPC/15, o cabimento da estabilização é muito mais abrangente. Será possível em toda e qualquer hipótese que se possa, em razão da urgência, requerer a tutela provisória antecipada/satisfativa antecedente. Além do mais, por conta da estabilização pode-se concluir que a técnica de monitorização não se restringe mais ao procedimento especial, se estendendo ao procedimento comum, já que a tutela provisória é possível nele. Eduardo Talamini (2001, p. 92) explica que:

No regime do CPC-1973, havia emprego da técnica monitória em sede de procedimento especial voltado para a tutela de direitos a uma prestação (de pagar quantia e de entrega de coisa fungível ou coisa certa móvel) documentada em prova escrita despida de força executiva (art.1.102-A ss., CPC-1973) – i.e., direitos prestacionais evidentes. Devidamente instruída a inicial nestes termos, o juiz, mediante cognição ainda sumária, poderia expedir mandado determinando que o réu cumprisse a obrigação em quinze dias ou se defendesse por embargos monitórios. Oferecidos os embargos, prosseguir-se-ia com procedimento ordinário destinado à formação de cognição exauriente. Não oferecidos os embargos no prazo (ou sendo eles rejeitados), a decisão que inicialmente ordenará a expedição de mandado de cumprimento da obrigação se revestiria de força executiva, assumindo a condição de título executivo judicial. Ou seja, inerte o réu diante da evidência do direito ao autor aferida por cognição sumária, é dado ao autor título executivo que autoriza a imediata e rápida efetivação do seu direito. Os arts.700 e seguintes do CPC mantêm esse procedimento especial, com alguns ajustes. A ação monitória é estendida, por exemplo, aos direitos a uma prestação de fazer e não fazer.

Em outras palavras, “a estabilização da tutela antecipada representa uma generalização da técnica monitória para situações de urgência e para a tutela satisfativa”. (DIDIER, 2015, p. 604)

Num primeiro momento pode parecer que esse instituto da estabilização traz benefícios somente ao requerente da tutela provisória, mas esta afirmação não é verdadeira.

É possível vislumbrar casos em que o requerido se beneficia da estabilização, em especial, no que tange ao pagamento das custas processuais (aplicação análoga do art. 701, §1º do CPC/15) e aos honorários advocatícios de sucumbência (art. 701 do CPC/15). Ao dispor sobre a ação monitória, prescreve o referido art. 701 e seu §1º:

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.

Para que melhor seja visualizado em termos práticos, faz-se necessário citar alguns exemplos. Fredie Didier (2015, p. 605) de forma clara expõe que:

Imagine um caso em que um estudante, que ainda não havia concluído o ensino médio, tenha sido aprovado no vestibular para um curso superior. A instituição de ensino, seguindo determinação do Ministério da Educação, não realizou a matrícula. O estudante vai a juízo e obtém uma tutela satisfativa liminar, ordenando a matrícula. Para a instituição de ensino, pode ser que não haja qualquer interesse em contestar a medida – ela somente não matricula o aluno, porque o Ministério da Educação proíbe.

Outro exemplo. Imagine, agora, o caso de um consumidor que vai a juízo pleiteando a retirada de seu nome de um cadastro de proteção de crédito. Apenas isso. Obteve a liminar. É muito provável que o réu não queira mais discutir o assunto e deixa a decisão estabilizar-se.

Para a configuração da estabilização dos efeitos do pedido antecipatório, há alguns pressupostos que podem ser claramente retirados do art. 304 do CPC/15. Diante de sua importância, nada mais justo que abordá-los em subtópico autônomo.

#### 4.4.1 Pressupostos

Há, ao menos, quatro pressupostos que podem ser extraídos do *caput* do art. 304 do CPC/15, que se refere à estabilização. São eles: requerimento da tutela provisória antecipada/satisfativa em caráter antecedente, ausência de intenção de dar prosseguimento ao processo, decisão concessiva da tutela provisória, e, por fim, inércia do requerido diante da decisão concessiva. Vejamos o art. 304:

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§1º No caso previsto no *caput*, o processo será extinto.

§2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*.

§3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o §2º.

§4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2o, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2o deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do §1º.

§6º A decisão que concede a tutela 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, nos termos do §2º deste artigo.

Para a configuração do primeiro pressuposto, é necessário que o autor deixe de forma clara e expressa (inclusive no preâmbulo da inicial) que pretende valer-se do procedimento da tutela provisória antecipada/satisfativa requerida em caráter antecedente. Somente deste modo “o autor manifesta, por consequência, a sua intenção de vê-la estabilizada, se preenchido o suporte fático do art. 304”. (DIDIER, 2015, p. 606)

Ainda como pressuposto que depende do autor para a configuração, é necessário que ele não demonstre, na petição inicial, intenção de dar prosseguimento ao processo depois de concedida a tutela provisória. É, em verdade, um pressuposto negativo.

A necessidade da ausência de manifestação de desejo em levar o processo adiante é justificada, pois, em determinados casos, o autor pode almejar a

coisa julgada para algum fim jurídico específico. Fredie Didier (2015, p. 606) dá exemplos:

As tutelas declaratória e constitutiva, por exemplo, podem só servir ao jurisdicionado se concedidas em definitivo e com força de coisa julgada – não basta a separação provisória de corpos, é necessário um divórcio definitivo com dissolução do vínculo matrimonial, para que se realize o direito, permitindo que se contraiam novas núpcias; para além da sustação ou cancelamento provisório do protesto de um título, impõe-se a sua invalidade por decisão definitiva.

O terceiro pressuposto não depende diretamente do requerente, mas sim do juiz. Estando a inicial em termos, o juiz, fazendo juízo de admissibilidade, poderá conceder a medida antecipatória ou não. Somente a decisão que concede a tutela nos termos do art. 303 é passível de estabilização, ainda que o pedido seja concedido somente em parte, caso em que somente os pedidos procedentes se tornarão estáveis. Nesse sentido, Fredie Didier (2015, p.607) complementa:

Somente a decisão positiva pode tornar-se estável. Tem aptidão para a estabilidade do art.304 tanto a decisão concessiva proferida pelo juízo de primeiro grau como a decisão (unipessoal ou colegiada) concessiva proferida em recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão singular denegatória. O que importa é que tudo isso aconteça antes de o autor aditar a inicial para complementar a sua causa de pedir e formular o seu pedido definitivo (art.303, §1º, I, CPC).

Não há necessidade de que a decisão tenha sido proferida liminarmente. Mesmo a decisão proferida após justificação prévia (art.300, §2º, CPC), para cujo acompanhamento do réu deverá ser citado, tem aptidão para a estabilidade.

Não menos importante, há ainda o quarto pressuposto: a inércia do requerido diante da decisão concessiva da tutela provisória antecipada/satisfativa antecedente. Há divergência doutrinária quanto a abrangência desse pressuposto.

Embora o art. 304 fale somente que ocorrerá a estabilização caso “não for interposto o respectivo recurso”, ou seja, o agravo, alguns doutrinadores de peso, como Fredie Didier e Eduardo Talamini, entendem que a inércia necessária para a configuração da estabilização vai muito além disso.

Para os doutrinadores supra, “é necessário que o réu não se tenha valido de recurso nem de nenhum outro meio de impugnação da decisão (ex.: suspensão de segurança ou pedido de reconsideração, desde que apresentados no prazo de que dispõe a parte para recorrer)”. (DIDIER, 2015, p. 608)

Deste modo se tornaria mais difícil a ocorrência da estabilização. O autor poderia, por exemplo, adiantar a sua defesa quanto ao pedido antecipatório ou até mesmo quanto ao próprio pedido de tutela definitiva. Caso assim não fosse, estaríamos diante de uma violação em prestar tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF) em definitivo, onde recai a coisa julgada.

No entanto, há casos em que mesmo diante da inércia do requerido em face do pedido antecipatório não se poderia falar em estabilidade. Eduardo Talamini (2012, p. 25 e 29) explica que:

Observa-se que a estabilização da decisão antecipatória não será possível se o réu inerte foi citado/intimado por edital ou por hora certa, se estiver preso ou for incapaz sem representante ou em conflito com ele, Nestes casos, será necessária a designação de curador especial que terá o dever funcional de promover sua defesa (ainda que genérica), impugnando a tutela de urgência então concedida.

Não há que se falar em estabilização, também, quando, a despeito da inércia do réu, a demanda for devidamente respondida e a tutela antecipada concedida anteriormente for questionada por quem se apresente como assistente simples do réu ou por litisconsorte cujos fundamentos de defesa aproveitem também ao réu inerte.

Seria possível que a estabilização recaia somente em parte do pedido, ou seja, parcialmente? Entende-se que sim. Ocorrerá quando, “concedida a decisão antecipatória com mais de um capítulo, o réu só impugnar em sede de recurso, contestação ou outra via de questionamento, um dos capítulos decisórios, caso em que só os outros, não impugnados, serão alcançados pela estabilização”. (TALAMINI, 2012, p. 31)

Por fim, é importante ter em mente que a mera interposição tempestiva de recurso impede a estabilização, não sendo necessário que esse seja julgado procedente em desfavor do pedido antecipatório do requerente. Nesse sentido, Heitor Vitor Mendonça Sica *apud* Didier (2015, p. 608) expõe que “se o recurso foi interposto tempestivamente, impede-se a estabilização, pouco importando se não foi posteriormente conhecido”.

Ademais, o art. 304 diz que a estabilização somente ocorrerá quando da decisão antecipatória não for interposto o respectivo recurso, e não quando, sendo interposto, é julgado improcedente.

#### 4.4.2 Ação de impugnação ou confirmação da decisão estabilizada

Por meio de seus parágrafos 2º e 5º, o art. 304 do CPC/15 possibilita que qualquer das partes (autor e réu) promova, em até dois anos contados a partir da ciência da decisão que extinguiu o processo, ação autônoma com intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela estabilizada.

Importante notar que o art. 304, §2º diz “qualquer das partes”. Talvez num primeiro momento possa parecer que somente o requerido, a quem se submeteu aos efeitos da estabilização, poderia promover ação para impugná-la. Porém, essa constatação é errônea.

É possível que o próprio autor, que foi o requerente do pedido antecipatório e diretamente beneficiado pela estabilização, promova ação para rediscutir o pedido, porém agora objetivando a coisa julgada, por meio da cognição exauriente. Fredie Didier (2015, p. 611) afirma neste sentido:

O autor, por exemplo, poderá propor ação simples no intuito de confirmar a decisão, agora cognição exauriente e aptidão para fazer coisa julgada. Isso tem especial relevância naqueles casos em que ele, demandante, poderia ter manifestado interesse no prosseguimento do processo em que fora deferida a tutela provisória antecedente, mas não o fez, de modo que, com superveniente inércia do réu, houve estabilização da tutela antecipada.

O juízo competente para a ação de impugnação ou confirmação da decisão estabilizada será o que conduziu o processo originário. Em outras palavras, será aquele que concedeu a tutela provisória antecipada/satisfativa requerida em caráter antecedente.

Por fim, ao formular petição inicial desta ação autônoma, o autor poderá “requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida” (art. 304, §4º). Sendo o processo físico, deverá extrair cópia integral do processo.

#### 4.5 Fungibilidade das tutelas provisórias de urgência

Como se sabe, o CPC/15 trouxe, como uma de suas inovações, o procedimento de tutela provisória requerida em caráter antecedente, seja ela antecipada/satisfativa, seja ela cautelar.

Já se notava dúvida quanto a utilização de uma medida ou outra (antecipada/satisfativa ou cautelar) logo no CPC/73. Admitindo isso e reconhecendo que eventualmente surgirão dúvidas por parte dos operadores do direito quanto ao ajuizamento de uma ação ou outra, o legislador positivou, mais uma vez e sabiamente, o princípio da fungibilidade entre as tutelas provisórias no parágrafo único do art. 305. Vejamos:

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará 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.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o *caput* tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

O CPC/15 manteve a tutela provisória incidental, a qual já era prevista no CPC/73. Em relação a elas, não há dúvida no que tange ao procedimento, pois o de ambas é igual. Contudo, os pedidos são distintos: uma almeja a fruição imediata do direito arguido como tutela definitiva (antecipada/satisfativa) e outra objetiva somente a proteção de um direito (cautelar), para que no futuro ele possa ser exercido. Para as tutelas incidentais já era prevista a fungibilidade no CPC/73 e continua sendo. Fredie Didier (2015, p. 616) explica:

O CPC uniformiza os pressupostos necessários para a concessão das tutelas de urgência e prevê um regime comum para sua concessão em caráter incidental. Institui, contudo, regimes diferenciados para a concessão das tutelas de urgência antecedentes: antecipada (satisfativa) e cautelar.

Em se tratando de tutela de urgência antecipada, segue-se o regramento dos arts. 303 e seguintes do CPC. Já no caso da tutela de urgência cautelar, aplica-se o disposto nos arts. 305 e seguintes do CPC. Essa diferenciação se justifica pela previsão da estabilização da tutela provisória antecedente, apenas aplicável à tutela satisfativa.

Finalizando a abordagem às tutelas baseadas na urgência, é importante ter em mente que a fungibilidade é aplicada tanto de uma tutela quanto

para outra, ou seja, da antecipada para a cautelar e vice-versa. É a chamada fungibilidade de mão dupla.

## 5 TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA

Diferentemente das tutelas provisórias já abordadas que se baseiam na urgência (art. 303 e 305) e contam como pressupostos o *periculum in mora*, o *fumus boni iuris* e, no caso da tutela antecipada/satisfativa, a reversibilidade dos efeitos, a tutela provisória fundada na evidência (art. 311 do CPC/15) tem como pressupostos a “prova das alegações de fato e probabilidade de acolhimento da pretensão processual”. (DIDIER, 2015, p. 618)

A evidência é, em verdade, um fato jurídico processual no qual as alegações feitas pelo requerente já estão, de algum modo, comprovadas. Deste modo, diferentemente das tutelas provisórias fundada na urgência, a tutela provisória de evidência só pode ser requerida incidentalmente, ademais, para ela o legislador não positivou procedimento antecedente.

O legislador durante diversas partes do CPC (tanto do antigo quanto do novo) estabelece tratamento processual privilegiado àqueles que buscam o Poder Judiciário com um direito que se mostra evidente. Didier (2015, p. 617) constata:

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 falar da “tutela de evidência” como técnica processual.

Além da tutela provisória de evidência acarretar, por óbvio, na celeridade da prestação jurisdicional mediante cognição sumária, uma de suas características mais notórias é a inversão do ônus. Isto é, configurada as hipóteses legais que a lei reconhece evidente uma situação fática, bem como sua probabilidade de êxito processual, o legislador transfere ao requerido o ônus de provar o contrário. Deste modo, Bruno Vinícius da Rós Bodart (2014, p. 132 e 133) afirma que:

Seu objetivo é redistribuir o ônus que advém do tempo necessário para transcurso de um processo e a concessão de tutela definitiva. Isso é feito mediante a concessão de uma tutela imediata e provisória para a parte que releva o elevado grau de probabilidade de duas alegações (devidamente provadas), em detrimento da parte adversa e a improbabilidade de êxito em sua resistência – mesmo após uma instrução processual.

Por essa razão se diz que o direito fundamental à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF) exige que o ônus do tempo processual seja gerido com comedimento e moderação, considerando-se não só a razoabilidade do tempo necessário para a concessão da tutela definitiva, como também a razoabilidade na escolha da parte que suportará o estorvo decorrente, concedendo uma tutela provisória para aquela cuja posição processual se apresenta em estado de evidência e com mais chances de sucesso.

Além dos motivos acima, outro fator que justifica a existência da técnica da evidência em sede de tutela provisória é a injustiça que a demora na prestação jurisdicional acarretaria caso ela não fosse sumariamente concedida. Ademais, diante de um direito evidente, as chances da parte requerida sofrer com erro judicial é em tese muito menor do que a probabilidade das alegações já evidenciadas pelo autor estarem erradas.

Em razão de sua importância, as hipóteses de cabimento da tutela provisória fundada na evidência serão abordadas em tópico exclusivo a seguir.

## 5.1 Cabimento

O legislador positivou no art. 311 do CPC/15 um rol que contém quatro hipóteses na qual ele reconheceu a evidência em sede de tutela provisória. Didier (2015, p. 620) classifica suas hipóteses em duas modalidades: punitiva (art. 311, I) e documentada (art. 311, II a IV). Vejamos o diploma legal:

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.

Há, no entanto, que se perguntar se esse rol é taxativo ou meramente exemplificativo. Analisando os demais artigos do CPC/15, é possível facilmente vislumbrar que existem outras hipóteses em que a tutela de evidência poderá ser concedida. São exemplos os procedimentos especiais, especificamente, o das ações possessórias (art. 562), dos embargos de terceiro (art. 678) e da ação monitória (art. 700).

Ademais, Luiz Fux (1996, p. 313) explica que “há situação de evidência também quando se observa que os fatos são notórios, incontroversos e confessados em outro processo – e todo aquele demonstrado por prova emprestada ou antecipada eficaz”.

Portanto, quando se falar em tutela de evidência, o operador do direito não deve limitar sua mente somente às hipóteses do art. 311 do CPC/15, mas sim estender todo o seu pensamento aos casos em que de algum modo o direito restar comprovado e evidente.

De forma sintetizada, as hipóteses de tutela de evidência consagradas no art. 311 podem ser denominadas em: abuso do direito de defesa o propósito protelatório, comprovação documental fundada em precedente obrigatório, prova documental de contrato de depósito e, por fim, impossibilidade de prova contrária capaz de gerar dúvida razoável.

### **5.1.1 Abuso do direito de defesa ou propósito protelatório**

Prevista no inciso I do art. 311, é hipótese na qual a tutela provisória de evidência poderá ser concedida quando “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte”.

Nota-se que esta hipótese legal de concessão da tutela provisória de evidência exige um pressuposto: que a parte requerida “exerça o seu direito de defesa de maneira não séria, inconsistente”. (MITIDIÉRO, 2011, p. 41)

Fredie Didier (2015, p. 620) explica que “trata-se de tutela de evidência punitiva, que funciona como uma sanção para apenar aquele que age de má-fé e, sobretudo, que impõe empecilhos ao regular andamento do feito, comprometendo a celeridade e lealdade que lhe devem ser inerentes”.

Não existe um conceito exato para o que seriam as condutas descritas no inciso I do art. 311. São conceitos jurídicos indeterminados ao qual o magistrado, no caso em concreto, deverá fazer uma análise das condutas do requerido em consonância com a finalidade da tutela provisória: celeridade e efetividade. Ao mesmo tempo deverá analisar se essas condutas estão refletindo nessas finalidades, de modo que caso não estejam, não legitimariam a antecipação da tutela fundada da evidência. Teori Albino Zavascki (1999, p. 78) expõe:

É criticável, sob este aspecto, a expressão manifesto propósito protelatório, cuja acepção literal sugere a possibilidade de antecipar os efeitos da sentença ante a mera intenção de protelar. Na verdade, o que justifica a antecipação não é o propósito de protelar, mas a efetiva prática, pelo réu, de atos ou omissões destinados a retardar o andamento do processo. Nessa compreensão, bem se vê, ‘propósito protelatório’ é expressão que na sua abrangência comporta, a rigor, também, os ‘abusos de direito de defesa’.

Há, contudo, uma ideia doutrinária do que as expressões “abuso do direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório” seriam. É certo aceitar que não são sinônimos, pois enquanto a primeira significa dizer que “abrange atos praticados dentro do processo, em defesa, o que inclui os atos protelatórios praticados no processo; esta última se refere aos comportamentos da parte, protelatórios, adotados fora do processo”. (ZAVASCKI, 1999, p. 77)

Mas pergunta-se: como ficaria a punição por meio da concessão da tutela provisória de evidência se houver litisconsórcio passivo? A resposta é variável considerando que há duas espécies de litisconsórcio.

Sendo o litisconsórcio simples, não há dúvida quanto a aplicação da sanção tão somente em desfavor daquele que praticou o ato abusivo ou protelatório, ademais, os atos praticados por um litisconsorte não se estendem ao outro.

Em se tratando de litisconsórcio unitário a questão é um pouco mais delicada. Devido os atos praticados por um litisconsorte se estender ao outro, por constatação lógica entende-se que a sanção por meio da concessão da tutela provisória de urgência fundada no inciso I do art. 311 poderia prejudicar o litisconsorte que não praticou atos abusivos ao direito de defesa ou procedeu com atos protelatórios. Há, porém, quem defenda solução diversa, como é o caso de José Roberto dos Santos Bedaque (2003, p. 327):

O problema surge quando se está diante de um litisconsórcio unitário, em que ambos os litisconsortes estão em defesa de um objeto uno e incindível, sendo, pois, inviável antecipar provisoriamente a tutela só em prejuízo de um deles. Nesse caso não nos parece adequado antecipar a tutela e, com isso, punir o litisconsorte que agiu lealmente.

Passamos com isso a analisar a próxima hipótese de concessão da tutela provisória fundada na evidência, prevista no inciso II do art. 311.

### **5.1.2 Comprovação documental fundada em precedente obrigatório**

Comtemplada no inciso II do art. 311 é hipótese na qual a tutela provisória de evidência poderá ser concedida quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

Observa-se que para a concessão da tutela provisória de evidência fundada no inciso II do art. 311 exige dois pressupostos: o primeiro é existir prova pré-constituída, ou seja, que já exista ao tempo do requerimento da tutela provisória, e o segundo é a tese de defesa basear-se em precedente jurídico obrigatório.

Sobre o inciso II do art. 311, Fredie Didier (2015, p. 624 e 625) explica de forma clara que:

Trata-se de tutela provisória de evidência admitida mediante o preenchimento de dois pressupostos (um de fato e outro de direito, respectivamente):

a) o primeiro deles é a existência de prova das alegações de fato da parte requerente, que, neste caso, deve ser: i) necessariamente documental, ou documentada (como a prova emprestada ou produzida antecipadamente); e ii) recair sobre fatos que justificam o nascimento do direito afirmado, isto é,

fato constitutivo do direito. Esse pressuposto é desnecessário quando o fato gerador do direito não depender de prova (ou outras provas), como fato notório, o fato confessado, o fato incontroverso, o fato presumido.

b) o segundo é a probabilidade de acolhimento da pretensão processual, que se configura exatamente em razão do fundamento normativo da demanda consistir em tese jurídica já firmada em precedente obrigatório, mais especificamente em enunciado de súmula vinculante (art.927, II, CPC) ou em julgamento de demandas ou recursos repetitivos (art.927, III, CPC), que vinculam o julgador e devem ser por ele observados, inclusive liminarmente (art.311, parágrafo único).

Diante das exposições acima pergunta-se: a respeito da parte final do inciso II do art. 311, a concessão da medida antecipatória está limitada somente às hipóteses do seu texto literal ou admite-se uma interpretação extensiva? Deve ser feita uma interpretação extensiva para além da expressão “tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

Há doutrinadores, como Lucas Buril Macêdo (2014, p. 544 e 545) que defendem a aplicação extensiva do inciso II do art. 311 à luz do art. 927 do CPC/15. Vejamos o diploma legal:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Parece conveniente a aplicação extensiva do art. 927 às hipóteses de precedentes obrigatórios que dispõe o inciso II do art. 311, ademais, são também hipóteses na qual, seja por vinculação ou por qualquer outro modo, o órgão julgador está adstrito a outros enunciados.

Caso a decisão denegar a concessão da tutela provisória de evidência requerida com base no inciso abordado neste subtópico, o órgão julgador deverá demonstrar à parte requerente que o enunciado apontado não se enquadra a hipótese concreta em que se deseja a antecipação dos efeitos da tutela. É o que dispõe o inciso VI do §1º do art. 489 do CPC/15.

### **5.1.3 Prova documentada de contrato de depósito**

Positivada no inciso III do art. 311, é motivo de pleito da tutela provisória de evidência haver “pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito”. O mesmo dispositivo diz que sendo a medida concedida, “será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”.

Havia no CPC/73 disposição semelhante a esta regra de tutela de evidência limiar: o art. 902. Segundo este, “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: I - entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro (... )”

Em havendo contrato de depósito, o prazo deste tiver decorrido e o pedido de cumprimento da obrigação for reipersecutório, o legislador autoriza a concessão da tutela provisória de evidência nos termos do art. 311, III, CPC/15. Vejamos o que Fredie Didier (2015, p. 628) expõe sobre eventuais perdas e danos:

Quando formulado o pedido reipersecutório, sua conversão em perdas e danos (obrigação de pagar quantia correspondente) pressupõe mais do que simples prova documental adequada do contrato de depósito; é necessário um aprofundamento cognitivo mediante apresentação da prova da impossibilidade do cumprimento da obrigação *in natura* ou da obtenção do resultado prático equivalente; ou manifestação de opção do autor no sentido de recebimento do valor correspondente – manifestação esta que já configura pretensão pecuniária e não reipersecutória (art. 499, CPC).

Entende-se, portanto, que a concessão alcança tão somente a entrega do objeto em caráter provisório, e não eventuais perdas e danos que da mora (*ex re* e *ex persona*) decorrer.

#### **5.1.4 Impossibilidade de prova contrária capaz de gerar dúvida razoável**

Observando o disposto no inciso IV do art. 311 ("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") percebe-se que há ao menos três pressupostos para a configuração da hipótese.

O primeiro é que a petição inicial seja instruída com prova exclusivamente documental. Há, contudo, quem entenda (DIDIER, 2015, p. 629) que deve ser feita uma interpretação extensiva no tocante a prova documental no sentido de permitir também a prova documentada (emprestada ou produzida antecipadamente).

Como segundo pressuposto, é necessário que a prova documental apresentada pelo requerente seja capaz de evidenciar os fatos constitutivos do direito pleiteado.

Não menos importante, o terceiro pressuposto exige que a prova documental evidencie os fatos constitutivos do direito do autor de tal modo que fique improvável que o réu consiga opor-se de modo a causar dúvida razoável.

Deve ser atentado que a contraprova do réu capaz de impedir a concessão da tutela de evidência por este inciso IV do art. 311 é também a documental. "Isso porque se o réu não dispuser de nenhum outro meio de prova suficiente, além da documental, então já será caso de julgamento antecipado do mérito por desnecessidade de produção de outras provas (art. 355, I, CPC)". (DIDIER, 2015, p. 629)

Em suma, não havendo contraprova documental apresentada por parte do réu ou, apresentando de forma insuficiente, é possível o julgamento antecipado de mérito definitivamente com cognição exauriente.

## 6 TUTELA PROVISÓRIA E O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

Ao analisar a estrutura do CPC/15, percebe-se que o legislador não positivou vários dos procedimentos especiais que antes faziam parte do direito processual civil brasileiro. Isso se fundamenta na promessa que o legislador trouxe para o futuro do processo civil: a celeridade processual.

Como meios de efetivar a tão almejada celeridade o legislador não somente apostou nas audiências de conciliação e de mediação, mas também na possibilidade das partes adequarem o procedimento de acordo com as necessidades e peculiaridades do direito material. A essa espécie de negócio jurídico denomina-se “negócio jurídico processual”.

O negócio jurídico processual veio justamente com o intuito de diminuir os procedimentos especiais e criar um procedimento variável ao qual alguns doutrinadores chamam de procedimento especialíssimo devido sua vasta possibilidade de variações.

A norma processual que sempre teve natureza cogente agora passa a ser flexibilizada, dando um espaço maior ao chamado princípio do auto regramento da vontade. Ainda que de forma implícita, o CPC/73 já previa no art. 158 uma cláusula geral de negociação ao estabelecer que “os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”.

Nota-se que o legislador já manifestava o interesse em flexibilizar as normas de direito processual, mas o art. 158 não foi tão polêmico quanto está sendo o art. 190 do CPC/15 que também é uma cláusula geral de negócios processuais atípicos. Vejamos este diploma legal:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Há na doutrina diversos conceitos acerca do negócio jurídico processual. Dentre esses conceitos, Fredie Didier (2015, p. 376) diz que “negócio processual é o ato voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações processuais”.

É possível observar na doutrina opiniões favoráveis e desfavoráveis ao negócio jurídico processual. Os doutrinadores que não aceitam a existência de negócios jurídicos processuais basicamente alegam que só é negócio jurídico aquele cujos efeitos são diretamente estipulados pelas partes, o que não acontece no processo, uma vez que seus efeitos decorrem de lei. É o que entende Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 484) e Daniel Mitidiero (2005, p. 16).

Com opiniões contrárias ao negócio jurídico processual, pode-se citar Barbosa Moreira (1984, p. 87) e Leonardo Greco (2008, p. 290). Para esses doutrinadores, o negócio jurídico processual é instituto válido basicamente por que as partes são destinatárias da tutela jurisdicional, podendo, ao assumir compromisso, dispor, modificar ou criar direitos processuais, já que sobre elas recairão os efeitos processuais.

No CPC/73 já existiam pequenas concessões legislativas para estabelecer regras processuais típicas, como é o caso da eleição de foro. O CPC/15 mantém a eleição de foro e traz a cláusula geral contemplada no art. 190, que possibilita a negociação processual sem moldes específicos, portanto, atípica, sendo ela limitada somente aos seus requisitos, que serão abordados no subtópicos a seguir.

### **6.1 Requisitos do negócio jurídico processual atípico**

Lendo a cláusula geral de negócio jurídico processual previsto no art. 190 do CPC/15 e analisando a doutrina em geral, é possível observar ao menos três requisitos para a validade do negócio jurídico processual atípico. São eles: celebração por pessoas capazes, objeto lícito e forma prevista ou não proibida por lei.

A capacidade que o art. 190 exige é a processual negocial, e não a civil. Há relevância na distinção entre ambas, vez que uma não se confunde com a outra. Resumidamente, a capacidade civil é aquela que confere ao indivíduo a garantia de responder pelos seus atos, sem a necessidade de um representante.

Por sua vez, a capacidade negocial pode ser exercida mesmo sem a capacidade civil, uma vez que para tanto basta que o indivíduo tenha aptidão para entender e praticar atos jurídicos, ainda que assistido ou representado. É o caso do menor de idade, que mesmo não tendo capacidade civil plena, pode exercer a capacidade negocial por meio de um representante ou assistente.

Em se tratando do objeto do negócio jurídico processual, não se pode traçar um rol exaurindo as hipóteses de negociação atípica, vez que não há moldes específicos para tanto. Além de, por óbvio, o objeto dever ser lícito, o art. 190 diz tão somente que o direito a que o processo paira deve ser passível de autocomposição.

O objeto ou o direito negociado deve ser disponível, ou seja, deve ser passível de negociação entre os sujeitos. Se porventura o direito a que o negócio jurídico processual recai for indisponível, como os direitos da personalidade, as partes não poderão firmar acordo dispondo do mesmo.

No que tange a forma do negócio jurídico processual, pode-se dizer que é livre, pois o legislador não estipulou uma forma específica no art. 190 que trata da cláusula geral. Entende-se, entretanto, que se para determinado negócio a lei exigir forma específica, como por exemplo, a escrita (exigida no foro de eleição como negócio típico), ela deverá ser observada, sob pena de nulidade do negócio (art. 276, CPC/15), independente de ele ser antecedente ou durante o processo.

## **6.2 Aplicação do negócio jurídico processual atípico na tutela provisória**

Sabe-se que o negócio jurídico processual pode mudar o procedimento “para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”. Visto isso, pergunta-se: o procedimento da tutela provisória estaria inserido na hipótese de aplicação do instituto do negócio jurídico processual?

É certo que a Constituição Federal garante em seu art. 5º, XXXV, o chamado princípio da inafastabilidade da jurisdição como cláusula pétrea, não sendo ela passível de modificação ou exclusão. Não sendo possível que as partes negociem sobre a apreciação do Poder Judiciário no caso em concreto, por consequência não se pode falar em dispor ou excluir a tutela jurisdicional definitiva.

No entanto, a tutela provisória está prevista não na Constituição Federal, mas sim no Código de Processo Civil – lei ordinária, não sendo, portanto, cláusula pétrea. Deste modo, a tutela provisória é, a princípio, passível de alteração.

Para chegar a uma possível conclusão sobre a aplicação da cláusula genérica do negócio jurídico processual contemplada no art. 190 do CPC/15, antes é necessário fazer uma reflexão acerca dos requisitos de ambos os institutos, principalmente dos requisitos da tutela provisória em suas espécies: de urgência (satisfativa e cautelar) e de evidência. Vejamos nos subtópicos a seguir.

### **6.2.1 Aplicação na tutela provisória fundada na urgência**

Conforme anteriormente abordado, a tutela provisória fundada na urgência pode ser antecipada/satisfativa ou cautelar. Ambas podem ser requeridas de forma incidental ou antecedente.

Como a própria nomenclatura sugere, a tutela provisória fundada na urgência tem como um de seus pressupostos gerais o perigo da demora (*periculum in mora*) que pode acarretar em dano ou risco ao resultado útil ao processo, conforme dispõe o art. 303 do CPC/15.

Nesse contexto, optando as partes em excluir a possibilidade de arguição da tutela provisória em juízo parece problemática, pois pactuando dessa forma, uma ou ambas as partes poderia estar se sujeitando a uma situação de risco a qual não poderia ser sumariamente solucionada, seja o acordo feito antecedentemente (via contrato, por exemplo), seja o acordo feito no transcurso do processo (incidentalmente).

Embora de forma quase evidente estaria configurada uma situação de risco, sendo o direito material discutido no processo disponível e o processo passível de autocomposição, nada impediria a convenção no sentido de excluir a

possibilidade de arguição da tutela provisória, ademais, se determinados direitos podem ser renunciados, não haveria problema em excluir sua apreciação sumária, mesmo que haja indícios de direito em favor de uma parte (*fumus boni iuris*).

Para barrar eventuais injustiças decorrentes de desigualdade entre as partes no momento da celebração do negócio jurídico processual, o legislador do CPC/15 foi cauteloso em prescrever o que dispõe o parágrafo único do art. 190, ao determinar que o juiz controlará a validade das convenções, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Sendo assim, não há tanto perigo quanto possa parecer num primeiro momento ao cogitar sobre a exclusão da tutela provisória por meio do negócio jurídico processual, pois sendo as partes capazes e não estando em situação de desigualdade, estabelecer um negócio jurídico sem a possibilidade de arguição da tutela provisória seria como assumir risco, como em qualquer outro negócio jurídico que pela sua natureza tem risco.

Mesmo que eventualmente o pacto que estabelece a exclusão da possibilidade arguição da tutela provisória fosse abusivo, o juiz poderia anular essa cláusula se verificar que havia vulnerabilidade em uma das partes no momento da celebração da cláusula.

O mesmo raciocínio deve ser feito para analisar o requisito específico da tutela provisória antecipada/satisfativa (reversibilidade dos efeitos da decisão) e a tutela provisória cautelar. Sendo o processo passível de autocomposição e as partes estarem em pé de igualdade, poderiam plenamente renunciar a possibilidade de ter o direito apreciado sumariamente pelo Poder Judiciário.

O único fundamento que parece ser forte o bastante para afastar a possibilidade de exclusão da tutela provisória via negócio jurídico processual é o princípio do devido processo legal previsto na Constituição Federal (art. 5º, LIV), o qual, sendo um postulado normativo, abarca todos os demais princípios. Deste modo, a duração razoável do processo e a prestação adequada da tutela jurisdicional estariam protegidas constitucionalmente, impedindo que a tutela provisória seja renunciada, visto que uma de suas finalidades é a prestação da tutela jurisdicional em tempo hábil, ainda que provisoriamente.

Em se tratando de modificação do procedimento da tutela provisória, não é tão espantosa a possibilidade. O CPC/15 trouxe, como uma de suas inovações, o procedimento antecedente de requerimento da tutela provisória fundada na urgência, tanto para a tutela antecipada/satisfativa (art. 303) quanto para a tutela cautelar (art. 305).

Dentro do procedimento da tutela provisória antecipada/satisfativa requerida em caráter antecedente, há o instituto processual da estabilização dos efeitos da decisão que concede a tutela provisória.

Sendo a estabilização um instituto de direito processual, poderia ser modificado ou até mesmo excluído do procedimento da tutela provisória antecipada/satisfativa requerida em caráter antecedente via negócio jurídico processual. Do mesmo modo as disposições que regem o instituto da estabilização poderiam ser alteradas, como por exemplo, o prazo de 2 (dois) anos para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, conforme dispõe o art. 304, §5º do CPC/15.

As partes poderiam ainda simplesmente convencionar sobre a exigência ou não de um dos pressupostos necessários para a concessão da medida antecipatória, abrindo mão, por exemplo, da reversibilidade dos efeitos da decisão, aceitando, por consequência, eventuais riscos que a decisão antecipatória possa gerar.

Em resumo, conclui-se que desde que estejam presentes os pressupostos do negócio jurídico processual, as partes poderiam dispor da tutela provisória, desde que simultaneamente aos requisitos do negócio jurídico processual, nenhuma das partes seja vulnerável. Caso o juiz constate a falta de algum desses requisitos, deverá anular o negócio, seja por requerimento das partes, seja de ofício.

### **6.2.2 Aplicação na tutela provisória fundada na evidência**

Ao ler e analisar o art. 311 do CPC/15 que dispõe sobre a tutela provisória fundada na evidência, percebe-se basicamente que ela é fundada em

provas que evidenciem o direito de uma das partes (salvo o seu inciso I, que trata do abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório).

A tutela provisória de evidência não tem como pressuposto o perigo de dano (*periculum in mora*), mas tão somente a fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*), portanto, num primeiro momento não haveria sequer dano em decorrência da exclusão da possibilidade de arguir a tutela provisória.

Optando por não fazer jus à tutela provisória de evidência, as partes pactuantes estariam somente abrindo mão da possibilidade de ver seu direito evidente sumariamente concedido. Seria uma convenção que pode tanto beneficiar quanto prejudicar qualquer das partes.

Ao contrário do que ocorre no direito penal, o juiz cível julga com base na verdade formal (aquela que se pode concluir a partir dos fatos e provas trazidas ao processo), não tendo um poder tão abrangente quanto o do juiz criminal. Sendo assim, poderia ser inclusive uma técnica do advogado pactuar pela exclusão da tutela de evidência num determinado processo. Seria o caso de excluir determinado tipo de prova do processo ao qual o advogado saiba que futuramente será desfavorável aos seus interesses.

Por fim, parece razoável até mesmo a possibilidade da exclusão da tutela provisória de evidência prevista no inciso I do art. 311 do CPC/15 via negócio jurídico processual, pois estando presentes os requisitos do negócio jurídico processual, as partes estariam tão somente abdicando do direito de ver ser direito sumariamente e provisoriamente concedido, mesmo em face de manifesto propósito protelatório do réu. Ademais, o legislador manteve a multa ao litigante de má-fé, previsto no art. 81 do CPC/15.

## **7 CONCLUSÃO**

Conclui-se que dentre as funções do Estado, é de grande importância a atuação do Poder Judiciário em apreciar as demandas e conceder a tutela jurisdicional consagrada na Constituição Federal.

Não sendo suficiente, por si só, a tutela de direitos, a tutela jurisdicional deve ser estudada e aplicada com cautela e em qualquer de suas modalidades, seja

definitiva seja provisória. Ademais, diante da necessidade que a sociedade tem de ser pacificada, o Poder Judiciário precisa, muitas vezes, conceder o direito pleiteado de forma imediata ou quase imediata.

Para tanto, o legislador infraconstitucional desenvolveu a técnica da concessão do direito mediante cognição sumária, por meio da tutela provisória, podendo ela ser fundada na urgência ou na evidência.

Já no CPC/73 havia previsão do instituto da tutela provisória, porém somente na modalidade de requerimento incidental. Percebendo que muitas vezes as partes necessitam de provimento jurisdicional no tempo da propositura da ação, em razão de urgência contemporânea à mesma, o legislador positivou, no CPC/15, uma grande inovação: o requerimento da tutela provisória de urgência requerida em caráter antecedente.

A tutela provisória requerida em caráter antecedente, seja antecipada/satisfativa ou cautelar, tem fundamento basicamente em um pressuposto: a urgência contemporânea à propositura da ação.

Havendo urgência no tempo da propositura da ação, o autor poderá requerer a tutela provisória mediante simples petição contendo a indicação da lide, seu fundamento e, por fim, a indicação do pedido final que se busca alcançar (este último é requisito da tutela antecipada/satisfativa somente).

Essa modalidade de requerimento antecedente certamente favorecerá muito às partes que, com urgência, buscam provimento jurisdicional imediato, ainda que provisoriamente. Importante ressaltar que a concessão da tutela provisória pode ainda ser feita sem ouvir a parte contrária (*inaudita altera pars*), quando a urgência for tanta, que a simples ouvida da mesma acarretaria perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Ainda como meio de aperfeiçoar a técnica da concessão da tutela jurisdicional por meio da tutela provisória, o CPC/15 trouxe outra inovação: a estabilização dos efeitos da decisão que concede a tutela provisória antecipada/satisfativa.

O instituto da estabilização será muito útil quando pensado naqueles casos em que não haverá sequer necessidade de levar o processo adiante com intuito de confirmar os efeitos da tutela provisória antecipada requerida em caráter antecedente por meio de uma sentença final concedendo a tutela jurisdicional

definitiva. Certamente o referido instituto proporcionará um menor dispêndio de esforço da parte requerente e do órgão jurisdicional.

Como se não bastasse a tutela provisória fundada na urgência, o CPC/15 contempla também a tutela provisória fundada na evidência, garantindo ao tutelado a satisfação do seu direito evidente de forma mais simples e célere, ainda que de forma não definitiva.

É de grande importância a técnica processual da concessão do direito via cognição sumário por meio da tutela provisória. No entanto, trata-se somente de garantia processual. Deste modo, poderia talvez o direito de utilizar esse instituto ser renunciado pelas partes por meio do negócio jurídico processual.

Além de ser renunciada, poderia a tutela provisória ter seu procedimento alterado, como por exemplo, no tocante ao seu prazo para aditamento da petição que requer a tutela provisória em caráter antecedente ou até mesmo alterar disposições sobre a estabilização da lide.

Deste modo, estaríamos diante de uma valoração maior do princípio do auto regramento da vontade, flexibilizando a natureza cogente das normas processuais que até então tínhamos, possibilitando que as partes adequem o procedimento de acordo com suas vontades e as peculiaridades do direito material.

Como mecanismo de controle a esses negócios jurídicos processuais, temos a figura do juiz, que verificando ilegalidade do pacto por qualquer que seja o motivo, poderá anulá-lo, garantindo que esse novo instituto seja usado adequadamente e em prol de todo o funcionamento do direito processual civil brasileiro.

## BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

BODART, Bruno Vinícius a Rós. **Tutela de Evidência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: volume 1: teoria geral do direito processual civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Tutela de evidência no Projeto de novo CPC – uma análise de seus pressupostos. O futuro do Processo Civil no Brasil – uma análise crítica ao projeto de novo CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: volume 2 : teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**. 17ª ed. Vol. 1, 2015. Salvador: JusPodivm.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. III. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 9, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5041>>. Acesso em: 25 set. 2016.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Memória jurídica, 2006.

\_\_\_\_\_. "**Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória**". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2011, n. 197.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. "**Tutela Antecipada Sancionatória**". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2006, n.43.

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

\_\_\_\_\_. **Tutela Monitoria**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Leud, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: volume 1: teoria geral do processo e processo do conhecimento. 13<sup>a</sup> ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.