

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL
FACULDADE DE DIREITO – CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL**

LUIZ FERNANDO LEMKE KRIEGER

**DO INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.**

PORTO ALEGRE, 2.015.

Luiz Fernando Lemke Krieger

O Instituto da Antecipação da Tutela em face do novo CPC

**Dissertação apresentada como requisito parcial
para a aprovação no Curso de Processo Civil pelo
Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**

Orientador: Professor Doutor Daniel Mitidiero

Porto Alegre, 2.015.

Agradecimentos: Presto homenagem especial ao Professor Doutor Daniel Mitidiero, por ser o mestre que me incentivou a realizar esse singelo trabalho acadêmico. Impõe-se agradecer, outrossim, a minha esposa pela paciência e pelas horas de convivência negadas e sobretudo ao meu filho, pessoa que me fez conhecer o amor incondicional. Ensinar pro meu filho João Vítor o pouco que aprendi, jogar futebol com ele, tomar banho de piscina e surfar em sua companhia, brincarmos com o cão Fred (nosso Golden) ou simplesmente vê-lo crescer no dia-a-dia, definitivamente, revela o lado excepcional da experiência única que é simplesmente viver, isso tudo, sem dúvida, não tem preço. Por derradeiro, dedico uma homenagem toda especial aos colegas desse curso de Pós-Graduação que tornaram essa árdua tarefa bem mais alegre e um pouco mais branda.

Resumo: A compreensão e a aplicação do Instituto da Antecipação da Tutela à luz do novo Código de Processo Civil é de fundamental importância para que tenhamos melhores condições de buscar a prestação da tutela jurisdicional de forma mais rápida, justa e efetiva, consistindo em mecanismo de extrema relevância no atual momento histórico, por ser capaz de combater e minimizar a morosidade processual e afastar iniquidades, porquanto trata-se de técnica antecipatória que, não obstante provisória, vai ao encontro dos princípios da economia, da celeridade, e sobretudo da eficiência processual, tornando, nessa perspectiva, o nosso sistema processual brasileiro um pouco mais próximo da concepção de justiça.

Palavras-chave: Tutela antecipada. Novo Código de Processo Civil.

**DO INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA EM FACE DO NOVO
CPC.**

**A - INTRODUÇÃO. A TUTELA JURISDICIONAL À LUZ DO
FORMALISMO E DO CONTRADITÓRIO VISANDO À CELERIDADE E À
EFETIVIDADE, EM FACE DA TUTELA ANTECIPADA.**

**B - BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ANTECIPAÇÃO DE
TUTELA, INCLUSIVE EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA, À LUZ DO CPC
DE 1973.**

**II - DO INSTITUTO DA TUTELA PROVISÓRIA EM FACE DO NOVO
CPC.**

A - COMENTÁRIOS

B - DOS NOVOS DISPOSITIVOS LEGAIS

A TUTELA JURISDICIONAL À LUZ DO FORMALISMO E DO CONTRADITÓRIO VISANDO À CELERIDADE E À EFETIVIDADE, EM FACE DA TUTELA ANTECIPADA (PROVISÓRIA).

No atual momento histórico da ciência processual civil, é de fundamental importância, no Estado de Direito Constitucional, a existência de um processo justo, observando-se os valores da celeridade e da efetividade¹. O instituto da tutela antecipada vai ao encontro desses valores.

Mister se faz criar as condições necessárias para que tenhamos um Poder Judiciário capaz de entregar a tutela jurisdicional de forma justa, adequada e tempestiva². Busca-se, portanto, uma Justiça rápida, efetivamente justa e que tenha condições de dirimir os conflitos de modo eficaz num curto espaço de tempo. A duração razoável do processo, com a prolação de uma sentença que resolve o mérito, está, expressamente, positivada no art. 4º do novo CPC:

“Art. 4º As partes tem o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

O dispositivo supra referido revela no plano infraconstitucional o que preconiza no plano constitucional o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, incluído pela Emenda Constitucional nº45/2004³.

¹ A respeito, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Do formalismo no processo civil, 4ª edição, revista, atualizada e aumentada, p.111. A efetividade está consagrada na Constituição Federal, art. 5º, XXXV, pois não é suficiente tão somente abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilatações temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus.

² Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Do Formalismo no processo civil, Proposta de um formalismo-valorativo, 4ª edição, revista, atualizada e aumentada, 2010, p.113. Dentro da mesma orientação, o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal (introduzido pela EC n.45/2004), assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

³ Consoante Cássio Scarpinella Bueno. Novo Código de Processo Civil anotado, editora Saraiva, p. 43 e 44. O art. 4º reproduz, no plano infraconstitucional, o “princípio da economia e eficiência processuais” constante do art. 5º, LXXVIII, da CF, incluído pela EC n.45/2004. A expressa menção a “atividade satisfativa” é digna de destaque para evidenciar que a atividade jurisdicional não se esgota com o reconhecimento (declaração) dos direitos, mas também com a sua concretização. Até porque, nos casos de

Nessa perspectiva, reputa-se de fundamental importância a aplicação em larga escala do instituto da tutela antecipada, previsto no CPC atual no art. 273, e nos artigos 294 e 311 do novo CPC, com o escopo de tornar mais célere a prestação jurisdicional e mais efetiva, com a prolação de sentença capaz de mudar efetivamente a realidade no plano dos fatos, concretamente portanto, não bastando, para tanto a mera declaração (sentença declaratória), mas, além disso, há que se buscar a satisfação do direito, aproximando-se, nessa linha de raciocínio, o direito instrumental (processual) do direito material (substancial).

Contudo, o instituto da tutela antecipada sofreu profundas modificações com o advento da Lei nº13.105, de 16 de março de 2015 (novo CPC)⁴.

O artigo correspondente no novo Código de Processo Civil é o art. 294, “in verbis”:

título executivo extrajudicial, o que o exequente busca perante o Estado-juiz é a satisfação do seu direito e não o reconhecimento de que ele existe. Cabe ao executado, nestes casos, se este for o caso, requerer o contrário, isto é, o reconhecimento de que o direito subjacente ao título executivo não existe.

E mais: é regra que permite compreender mais adequadamente o “processo sincrético”, indubitavelmente albergado pelo novo CPC, assim compreendido como o processo que se divide em fase (ou etapas) sem solução de continuidade, nas quais se distribuem “atividades cognitivas” (de conhecimento) e “atividades satisfativas” (de cumprimento ou de execução) de diversa ordem, mas sempre com a finalidade principal de verificar para quem a tutela jurisdicional deve ser prestada e também criar condições de sua efetiva prestação, isto é, a satisfação do direito tal qual reconhecido existente pelo Estado-juiz.

⁴ Segundo Cássio Scarpinell Bueno. Novo Código de Processo Civil anotado, editora Saraiva, 2015, p.212 e 213. Dentre as várias modificações propostas pelos Projetos e, antes deles, pelo Anteprojeto, a disciplina reservada para o que o CPC atual chama de “tutela antecipada” e “processo cautelar” é a que mais chama a atenção. Isso porque a realocação da matéria fora da forma como habitualmente se refere e à prática daqueles institutos – sobretudo no que diz respeito ao “processo cautelar” – é bastante radical e, não há por que negar, extremamente positiva.

O Projeto do Senado, seguindo os passos do Anteprojeto, propunha em substituição aos dois mencionados dispositivos, disciplina que intitulou “tutela de urgência e tutela da evidência”, veiculada em seus arts. 269 a 286.

O Projeto da Câmara propôs, em seu lugar, disciplina denominada “tutela antecipada”, que ocupava seus arts. 295 a 313. O novo CPC se ocupa, em seus arts. 294 a 311, do que acabou chamando de “tutela provisória”.

(...) Superado o problema, é certo que a tutela provisória pode ter como fundamento a ocorrência de situação de urgência ou de evidência.

A tutela provisória de urgência ocupa a maior parte dos dispositivos, arts. 300 a 310, que corresponde ao Título II do Livro V da Parte Geral. A tutela provisória de evidência restringe-se a um só, o art. 312, equivalente ao Título II.

“Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.”

É imprescindível que se faça uma reflexão acerca dessa problemática concernente à efetividade, levando-se em conta o procedimento, por ser a espinha dorsal do processo, levando-se em conta, ainda, a tutela provisória e inclusive a divisão do trabalho, ou seja, a distribuição das posições jurídicas dos sujeitos processuais, por se tratar, também, de um problema perene da dogmática processual civil.

Trata-se da divisão do trabalho, entre o Juiz e as partes, pensando-se o processo civil como uma comunidade de trabalho e como instrumento de eficácia, em face do instituto da tutela antecipada, cuja decisão não obstante provisória é, sim, capaz de tornar o processo mais rápido e justo.

Nessa linha de raciocínio, o Juiz tem deveres ao conduzir o processo, garantindo-se a igualdade de tratamento às partes.

Assim, a condução do processo não deve ser realizada apenas pelas partes, em face do princípio do dispositivo, mas há que se estabelecer uma divisão de trabalho entre o Juiz e as partes, cuja perspectiva a ser adotada é a colaboração, considerada a pedra de toque do processo civil cooperativo.

Preconiza o art. 125, inc. I, do CPC em vigor, “in verbis”:

“Art. 125. O Juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste código, competindo-lhe:

I – assegurar às partes igualdade de tratamento;”

Com efeito, o princípio da cooperação está expresso no art. 6º do novo CPC, “in verbis”:

“Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

Portanto, nos termos do art. 6º do novo CPC, todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Positiva-se, dessa forma, o princípio da Cooperação, assegurando, destarte, a participação de todos os sujeitos processuais de forma ampla, visando à prestação jurisdicional efetiva.

Salienta-se, por oportuno, que não há um artigo correspondente no atual CPC.

Por sua vez, o art. 7º do novo diploma adjetivo assegura a paridade de tratamento entre as partes, “in verbis”:

“Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

É assegurada às partes, portanto, a paridade de tratamento no curso do processo, competindo ao juiz velar pela efetiva observância do princípio do contraditório, corolário do devido processo legal, constitucionalmente assegurado.

Muito embora o art. 125 do atual CPC já assegurasse às partes a igualdade de tratamento, revelando, expressamente, o princípio da isonomia, o art. 7º do novo CPC aprimora a redação e deixa claro que o contraditório, com a participação e a cooperação, deve se dar em todas as fases processuais ao longo do procedimento.

Com efeito, o princípio da colaboração constitui-se sem dúvida alguma em um dos elementos desse modelo.

Há que se fazer uma análise acurada das relações estabelecidas entre as partes e o Juiz, cabendo a este, frisa-se, estabelecer um diálogo constante com as partes, observando-se o princípio do contraditório e da ampla defesa, constitucionalmente assegurado, ao longo de todo o procedimento e não apenas por ocasião da apresentação da contestação.

Visa-se, como se infere, à prolação de uma decisão justa cujo escopo é a realização efetiva dos direitos a serem tutelados pelo Estado Constitucional.

Ao aplicar a lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, é o que se extrai da redação do art. 8º do novo CPC.

Mas não é só. O Juiz, ao examinar o caso concreto, além do que preconiza o art. 8º, deverá, por óbvio, em observância ao princípio da hierarquia das normas e à luz do que dispõe expressamente o art. 1º também do novo CPC, decidir à luz das normas constitucionais, devendo, assim, declarar a inconstitucionalidade, quer seja formal, quer seja material, quando se deparar com norma infraconstitucional contrária à Carta Magna.

Portanto, num primeiro momento, incumbe ao Juiz estabelecer o diálogo entre as partes, evitando-se a existência de determinadas hipóteses que podem acarretar decisões totalmente inesperadas. Almeja-se evitar a surpresa das partes. Isso, contudo, não se aplica em se tratando de tutela provisória de urgência.

O Estado-Juiz, no âmbito do processo civil, tem, portanto, o dever de diálogo, impondo-se que as questões, nessa perspectiva, sejam previamente debatidas.

“Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida”, consoante reza o novo CPC, no caput do artigo 9º, consagrando expressamente o princípio do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, o próprio artigo 9º abre exceção, ao estabelecer no seu parágrafo único que o disposto no caput não se aplica quando, “in verbis”:

“Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

- “I – à tutela provisória de urgência;
- II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;
- III – à decisão prevista no art. 701;”

Ademais, o art.10º do novo CPC dispõe, “in verbis”:

“Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.”

Portanto, a norma consagra o princípio do contraditório e tem por objetivo evitar a prolação de decisão que surpreenda as partes⁵.

Além do dever de diálogo, o Estado tem o dever de esclarecer, de auxiliar e de prevenir as partes. Diante do dever estatal de esclarecimento no processo civil cooperativo⁶, o Estado deve esclarecer, em caso de dúvida, qual é a posição das partes em face das suas alegações, objetivando, com isso, evitar que seja prestada a tutela jurisdicional de modo equivocado.

A determinação da emenda da petição inicial, ao invés da extinção do processo sem exame do mérito, tem por escopo justamente o esclarecimento, o que atende aos princípios processuais da economia e da celeridade.

⁵ De acordo com Cassio Scarpinella Bueno, Novo Código de Processo Civil anotado, editora Saraiva, p.47. A norma seguindo os passos do art. 9º, quer evitar o proferimento das chamadas “decisões-surpresa”, isto é, aquelas decisões proferidas pelo magistrado sem que tenha permitido previamente às partes a oportunidade de influenciar sua decisão. Trata-se, nesse sentido, de escorreita aplicação do “princípio do contraditório”, também expressado pelo art. 9º do novo CPC.

⁶ Segundo Fredie Didier Jr. Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português, 1ª edição, setembro 2010, p.55 e 56. Não se pretende defender que o princípio da cooperação seja o mais importante princípio processual superior a todos os outros, que deveriam sucumbir diante de sua magnitude. Nada disso. Certamente, a prática judiciária trará situações conflituosas entre o princípio da cooperação e outros princípios processuais, principalmente envolvendo os princípios do juiz natural (em sua dimensão substancial: a imparcialidade) e da duração razoável do processo. A solução desses conflitos não poderá prescindir da metodologia já desenvolvida pela doutrina e pelos Tribunais sobre a

Durante a tramitação do processo, o Juiz deve auxiliar as partes e adverti-las das consequências dos atos processuais a serem realizados, advertindo-as, portanto, de que em determinadas hipóteses o direito material poderá deixar de ser tutelado.

Nessa linha de raciocínio, abordar-se-á o formalismo, ou forma em sentido amplo, num aspecto abrangente e positivo. O objetivo é realizar uma análise desse fenômeno processual (formalismo) não no seu aspecto negativo, com o excesso de exigências formais, senão no seu aspecto positivo, à luz dos ensinamentos do saudoso Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

Adotar-se-á o formalismo, nessa perspectiva, como linha de princípio. Como um norte, tecendo-se algumas considerações, propondo-se algumas mudanças, para procurar tornar mais ágil e efetivo o nosso processo civil, sobretudo em decorrência da aplicação da tutela antecipada ou, para utilizar uma expressão mais moderna, “tutela provisória”.

Apesar da crescente virtualização do processo judicial, o que se apresenta como algo inexorável, o importante, diante do que fora exposto, é ter presente a existência de um procedimento em contraditório, estabelecendo-se diálogo profundo entre as partes e o juiz, num espírito de colaboração, com o escopo de se alcançar uma decisão justa e efetiva.

Tal decisão, todavia, não pode ser considerada uma “decisão-surpresa”, salvo hipótese legais, e deve ser proferida num tempo razoável (Princípio da duração razoável do processo), não se podendo admitir mais a morosidade, ganhando, nesse contexto, o instituto da tutela antecipada (CPC de 1973) ou o instituto da tutela provisória (CPC de 2015) fundamental importância.

Diante do modelo cooperativo e em face da ideia de colaboração, o Juiz ocupa posição dúplice no processo, se de um lado, cabe ao julgador estabelecer o diálogo e

colisão de princípios. Os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade exercerão, neste momento, importantíssima função.

zelar para que ele seja paritário entre as partes, de outro, ao proferir a sentença, impondo as partes a decisão a ser cumprida, passa a ser assimétrico.

Para que se possa solucionar o conflito de interesses com uma pretensão resistida, sem grandes surpresas para as partes envolvidas, há que se dar ênfase ao debate e, além disso, à possibilidade de conciliação, compreendendo-se que a decisão judicial imposta deve ser a última alternativa viável e devidamente fundamentada, sob pena de nulidade.

À luz do art. 11 do novo CPC, “in verbis”:

“Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

Trata-se de prever no plano infraconstitucional os princípios da publicidade e da motivação, os quais já estão preconizados no plano constitucional no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal de 1988.

A existência de uma etapa prévia destinada à conciliação apresenta-se, assim, como razoável, o que poderia solucionar a lide de forma célere. Nesse mesmo diapasão estatui o parágrafo 3º do art. 3º do novo CPC.

Com efeito, o art. 3º do novo CPC reza, “in verbis”:

“Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

O caput do art. 3º do novo CPC, praticamente, reproduz o que já está previsto constitucionalmente no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, consoante o qual a lei não excluirá da apreciação jurisdicional lesão ou ameaça a direito, revelando, pois, o princípio do Acesso à Justiça.

Tem-se, pois, que somente após esgotas todas as tentativas de conciliação é que se passaria para a fase em que se busca a decisão estatal de caráter definitivo.

De qualquer forma, as tentativas conciliatórias devem continuar a ser a tônica ao longo do procedimento, não obstante frustrada a primeira tentativa de conciliação.

A ideia é afastar, repita-se, o formalismo excessivo (prejudicial, exagerado, nefasto) e focar no formalismo. Este, salienta-se, no seu aspecto positivo, compreendido como uma tarefa cujo objetivo é organizar, ordenando o procedimento, em contraditório, preferencialmente de modo virtual, com base inclusive em recursos eletrônicos e tecnológicos, com a cooperação das partes e do Juiz, dando-se ênfase, à conciliação e à efetividade.

O processo, seja em meio físico, seja em meio eletrônico, deve se desenvolver em contraditório portanto, assegurando-se a previsibilidade, delimitando a atuação dos órgãos jurisdicionais e dos sujeitos processuais colaborativos, como garantia de liberdade do cidadão contra o arbítrio, diante do Poder Estatal, principalmente do Estado-Juiz, o qual deve fundamentar as decisões de modo claro com base na prova produzida no processo, em respeito ao princípio da motivação.

A valoração probatória, destarte, é de fundamental importância para o julgamento da demanda.

Todas as decisões proferidas devem ser fundamentadas, levando-se em conta o conjunto probatório e as alegações das partes, sob pena de nulidade, é o que se depreende do art. 11 do novo CPC e do art. 93, IX, da CF.

Se o Juiz, no primeiro grau, tem muito mais condições de valorar a prova oral, como depoimento pessoal e oitiva de testemunhas, atualmente, no segundo grau, os Desembargadores estão tendo mais condições de valorar o conjunto probatório no processo, já que as audiências, sobretudo as de instrução, já estão sendo gravadas e filmadas, como vem ocorrendo no TJ/RS.

Trata-se de examiná-lo, pois, numa perspectiva ampla e moderna, portanto, visando à distribuição da justiça, em face de princípios constitucionais, sobretudo do contraditório, e das novas tecnologias, capazes de torná-lo mais célere e efetivo. Com o escopo, portanto, de tornar o processo civil mais efetivo, o Julgador, ao proferir uma sentença no 1º grau, ou o Desembargador, ao exarar o seu voto, deverá observar e respeitar a ordem cronológica de conclusão para proferir a sentença ou o acórdão, é o que se depreende do caput do art. 12 do novo diploma adjetivo.

Por não ter artigo correspondente no antigo CPC é importante transcrever o que dispõe o art. 12 da Lei nº13.105/2015.

“Art. 12. Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

§1º A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.

§2º Estão excluídos da regra o caput:

I – as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido;

II – o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos;

III – o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;

IV – as decisões proferidas com base nos arts. 485 e 932;

V – o julgamento de embargos de declaração;

VI – o julgamento do agravo interno;

VII – as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça;

VIII – os processos criminais, nos órgãos jurisdicionais que tenham competência penal;

IX – a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.

§3º Após elaboração de lista própria, respeitar-se-á a ordem cronológica das conclusões entre as preferências legais.

§4º Após a inclusão do processo na lista de que trata o §1º, o requerimento formulado pela parte não altera a ordem cronológica para a decisão, exceto quando implicar a reabertura da instrução ou a conversão do julgamento em diligência.

§5º Decidido o requerimento previsto no §4º, o processo retornará à mesma posição em que anteriormente se encontrava na lista.

§6º Ocupará o primeiro lugar na lista prevista no §1º ou, conforme o caso, no §3º, o processo que:

I – tiver sua sentença ou acórdão, anulado, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação de instrução;

II – se enquadrar na hipótese do art. 1.040, inciso II.”

(Grifei)

A tutela antecipada provisória, indiscutivelmente, vai ao encontro do princípio da efetividade. Não há, como se vê no inc. IX do art. 12 do novo CPC, no tocante a esse instituto, a necessidade de observar-se a ordem cronológica.

Portanto, ao ser deferido pedido de cunho provisório em sede de antecipação da tutela, não há que se falar em observância da ordem cronológica. Isso porque o art. 12, inc. IX, expressamente, faz referência à causa em que exija urgência no julgamento. A tutela antecipada provisória é concedida em caso de urgência e em caráter precário e evidentemente provisório, já que passível de ser modificada a decisão interlocutória daí decorrente posteriormente, quando for proferida a sentença ou o acórdão, cuja decisão reveste-se do caráter definitivo, não obstante possa ser passível de alteração em

decorrência da interposição e de provimento de recurso para tribunal superior ou para as Cortes de Vértice.

Nesse contexto, é imprescindível que a tecnologia seja adotada no processo civil brasileiro. Assim, tem-se que a vídeo conferência de exceção deve tornar-se a regra. É o que se sugere. Não se pode pensar numa justiça moderna, rápida, segura, transparente e eficiente sem a implantação do processo judicial eletrônico.

Além dessas vantagens, rapidez, segurança, visibilidade e eficiência, é de ser levado em conta o aspecto ambiental.

É inadmissível qualquer atividade pública destituída de consciência ambiental. Assim sendo, a utilização do papel, que hoje ainda se dá, em larga escala, prejudica consideravelmente, sem dúvida, o meio ambiente. É de observar-se, pois, a sustentabilidade. “Processo Verde”, é que se deve buscar.

A cláusula do “Due Process of Law”, prevista de forma explícita no plano constitucional, é passível de ser invocada pelo Juiz, em face de normas infraconstitucionais a serem aplicadas ao caso concreto e que estejam impedindo o pleno exercício da atividade jurisdicional, sobretudo em Estados de cunho democrático, em que se deve almejar, observando-se o princípio da hierarquia das normas, a legitimidade da decisão.

Ademais, é de suma importância a efetividade da prestação jurisdicional, para a realização do direito.

Assim, desde que preenchidos os requisitos legais, o Julgador deve conceder a tutela antecipada provisória, ainda que seja uma decisão precária e provisória, já que pode ser modificada após, ou quando for prolatada a sentença ou o acórdão, em caráter definitivo. Isso porque, se o Juiz, atendidos os requisitos legais e diante do contexto fático-probatório, formar o seu convencimento e verificar que a decisão a ser proferida ao final, após toda a tramitação processual, é exatamente a mesma que seria proferida no decorrer do processo, muito embora a prova ainda não tenha sido produzida por

completo, é razoável que essa decisão interlocutória seja exarada desde logo, pois atende aos princípios da economia e celeridade processual, tornando o caminhar processual mais rápido e efetivo, não obstante passível de modificação futura.

A celeridade na tramitação do processo, eletrônico e não mais em papel, é imprescindível para que se possa entregar a tutela jurisdicional minimamente de acordo com os anseios sociais, num mundo em que cada dia que passa se torna mais virtual.

Nesse sentido, estatui o art. 246 do novo CPC no que toca à citação:

“Art. 246. A citação será feita:(...)”

“V – por meio eletrônico, conforme regulado em lei.”

“Os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei”, é o que se extrai do art. 193 do CPC (Lei nº13.105, de 16 de março de 2.015).

Nesse contexto, mostra-se importante a duração razoável do processo, cuja virtualização apresenta-se com a característica da irreversibilidade e como instrumento capaz de auxiliar na celeridade processual.

Com efeito, os artigos 193 a 199 do novo CPC estão inseridos na Seção denominada “Da prática eletrônica dos atos processuais”.

O volume incomensurável de processos no sistema processual brasileiro, principalmente nos Tribunais Superiores, apresenta-se como verdadeiro perigo para a comunidade estatal, na expressão de Fritz Baur, configurando-se como óbice à celeridade processual e à entrega da prestação jurisdicional justa em tempo razoável.

O Poder Estatal deve levar em consideração que se está diante de um fenômeno de massa (Massenerscheinung), razão pela qual é de fundamental importância que se tenha solução rápida para os problemas existentes.

Há que se repensar o processo civil, adotando-se medidas efetivas, de política judiciária, com a implementação de sistema eletrônico célere, rápido, preferencial uniforme nas diversas esferas jurisdicionais, ampliando-se, de um lado, os mecanismos de conciliação, nas esferas administrativas e judiciais, conferindo-se, de outro lado, ao Juiz de 1º grau, no seu poder-dever de julgar, maior grau de poder na sua esfera de atuação, inclusive com a ampliação da concessão de tutela antecipada, o que se mostra razoável, até porque é o principal responsável pela instrução processual e pela colheita das provas.

Em face do princípio da colaboração, tendo a produção probatória o escopo de formar o convencimento do Julgador a respeito dos fatos sobre os quais versa a lide, nada obsta que este, por meios próprios, realize diligências buscando a verdade e, atendidos os requisitos legais, acolha o pedido de tutela antecipada, sem a necessidade de observar a ordem cronológica.

Isso, contudo, por óbvio, não deve violar a imparcialidade, entendida como a ausência de interesse pessoal no litígio.

É necessário o amadurecimento dessa ideia na nossa sociedade, aumentando-se, gradativamente, a confiança do jurisdicionado nos órgãos do Poder Judiciário, sobretudo no Julgador de 1º grau, com a paulatina diminuição de recursos, visando à economia e à celeridade processuais, sem prejuízo, contudo, do duplo grau de jurisdição.

Conceder maior poder ao Julgador perante a comunidade local, dando maior efetividade às decisões representa a valorização do próprio Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.

Ninguém deve ser privado de seus bens e de sua liberdade sem um processo reputado justo, cujo caráter público tem por fim a realização da justiça do ponto de vista material, levando-se em conta fatos externos do formalismo como o próprio valor da justiça e os valores da paz social, da segurança e da efetividade.

Não obstante não se possa negar a autonomia científica do direito processual civil no atual contexto, tem-se que a decisão deve procurar dar efetividade ao direito material subjacente que culminou com o aforamento da ação. Somente, poder-se-á afirmar que se trata de processo justo, no caso concreto.

Portanto, tem-se que o devido processo é o resultado de uma aplicação proporcional, razoável e com concordância prática.

A proporcionalidade está expressa no art. 8º do novo CPC.

Trata-se da justa estruturação do processo, tema que ganha especial relevância no atual momento histórico em que o processo está sofrendo uma transformação em decorrência da implementação do processo judicial eletrônico.

Salienta-se, por oportuno, que a Lei nº11.419/2006 que trata do “Processo Eletrônico” permanece em vigor naquilo que não inovou no CPC atual⁷.

Entende-se por concordância prática um postulado que visa a harmonizar diferentes exigências decorrentes dos direitos fundamentais processuais de modo a tornar todos concomitantemente passíveis de serem atendidos. Em se tratando de uma acomodação harmônica de diferentes direitos fundamentais processuais, impõe-se observar a proporcionalidade e a razoabilidade. A razoabilidade está expressa no mesmo dispositivo suso aludido.

Muito embora ao longo da história, com o desenvolvimento da sociedade, a tendência foi libertar o Julgador de algemas formais, a forma em sentido amplo e em sentido restrito, serve, em determinada perspectiva, como garantia de liberdade do cidadão, diante do arbítrio dos que exercem o Poder Estatal.

⁷ De acordo com Cassio Scarpinella Bueno. Novo Código de Processo Civil anotado, 2015, p. 166. Os arts. 193 a 199 do novo CPC estão inseridos em Seção própria intitulada “Da prática eletrônica de atos processuais. Eles representam o desenvolvimento que, no CPC atual, consta, timidamente, dos dois parágrafos (o único e o §2º) do art. 154. Sem prejuízo da disciplina constante desta Seção há também, assim como no CPC atual, diversas disposições esparsas sobre o assunto. É certo, outrossim, que a Lei n.11.419/2006, que disciplina o chamado “processo eletrônico”, permanece, em boa parte, em vigor naquilo que não inovou no CPC atual.

Há que se observar, no processo civil, determinada previsibilidade de procedimento, ainda que este possa sofrer alterações em decorrência da incidência de garantias e de princípios constitucionais, buscando-se um equilíbrio do ponto de vista formal.

O informalismo processual tinha terreno fértil em regimes autoritários e ditatoriais.

Com o escopo de obstar a aplicação de normas processuais injustas, considerando-se que o direito não se cinge à lei, mas apenas a abarca, por ser bem mais amplo, o Julgador, ao prestar a tutela jurisdicional, visando à solução justa para solucionar lide específica, tem a possibilidade de utilizar a equidade, devendo sempre que possível antecipar os efeitos da tutela e julgar o mérito.

Assim, antes de proferir uma decisão sem resolução do mérito, o Juiz deverá conceder a oportunidade para, se possível, corrigir o vício existente, de modo a aproveitar os atos processuais já realizados e criar a condição necessária para a extinção do processo por sentença, julgando o mérito.

Consoante extrai-se do art. 317 do novo CPC:

“Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o órgão jurisdicional deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.”

Deve-se buscar evitar, contudo, o arbítrio, impondo-se a observância do contraditório e da ampla defesa, com a colaboração das partes, justificando a decisão, levando-se em conta não só os fundamentos mas dentro do possível até mesmo os argumentos, em face dos elementos probatórios existentes.

O caput do dispositivo permite que os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, podendo, por isso, ser reproduzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico.

Nesse diapasão o art. 139 do novo CPC, “ in verbis”:

“ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I – assegurar às partes igualdade de tratamento;

II – velar pela duração razoável do processo;

III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

VII – exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

VIII – determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

IX – determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

X – quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem os arts. 5º da Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985, e 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.”

Impõe-se que a fundamentação aborde os diversos aspectos da controvérsia, não se admitindo, por exemplo, decisão que indefere o pedido de tutela antecipada, apenas sob o fundamento de que não foram preenchidos os requisitos legais, sendo, pois, de fundamental importância expor o motivo que ensejou o não-acolhimento.

Não se deve aplicar a lei processual de forma isolada, senão aplicá-la de forma sistemática, sobretudo à luz dos princípios e garantias constitucionais, evitando-se, portanto, a aplicabilidade de normas processuais reputadas injustas.

Nessa perspectiva, o direito ao contraditório e à ampla defesa, princípios constitucionalmente assegurados, já que decorrentes do devido processo legal, ganham especial relevância no Estado Democrático de Direito, servindo como verdadeiras garantias cuja finalidade é, dentre outras, evitar iniquidades.

É possível, portanto, afastar-se a aplicação de leis processuais injustas e arbitrárias, no nosso ordenamento processual, com base nos princípios do contraditório e ampla defesa, bem como no princípio da igualdade, utilizando-se dessas garantias, as

quais estão no plano constitucional e não no plano infraconstitucional, ultrapassando-se obstáculos, de modo a atingir o fim colimado, com a prolação de decisão legítima, justa e fundamentada.

A aplicação teleológica e sistemática dessas garantias tem por objetivo revelar a ilegitimidade de leis processuais arbitrárias, de modo a justificar, com fundamento em princípios constitucionais, a não aplicação de lei revestida de iniquidade no plano infraconstitucional, abrindo-se a possibilidade do Juiz julgar de forma justa, afastando eventuais óbices que poderiam advir se julgasse com base em motivação puramente formal.

Se, de um lado, no plano infraconstitucional, há norma processual abstrata que se reputa arbitrária, e, de outro, num patamar acima, na esfera constitucional, há princípios e garantias, o Julgador, no momento de aplicação ao caso concreto, num trabalho de adaptação do abstrato à realidade fática, tem a possibilidade de atenuar os efeitos nefastos verificados, valendo-se da equidade e fundamentando a sua decisão à luz da Constituição Federal de 1988, observando-se, contudo, o princípio da demanda, que se constitui em limite formal.

Nessa linha de raciocínio, verificar-se-á a garantia do devido processo legal, abrangendo os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como a igualdade, auxiliando no pleno e efetivo exercício da atividade jurisdicional, a qual deve ser célere, pois a entrega da prestação jurisdicional tardia afasta-se da ideia de ser justa.

É de fundamental importância a cooperação das partes, portanto, de modo que o julgamento não apresente aos litigantes uma decisão totalmente inesperada, impondo-se, nessa linha de raciocínio, a necessidade da questão ser submetida previamente ao contraditório, para só após ser decidida.

Antes, portanto, do julgamento dos embargos declaratórios, com efeitos infringentes, mostra-se razoável dar a oportunidade da parte adversa apresentar as suas contrarrazões, para citar apenas um exemplo.

A linha central do novo CPC deve ser, portanto, a colaboração, visando ao processo justo, com duração célere e regido pela publicidade, com uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, orientado a uma decisão devidamente fundamentada e que atenda aos demais requisitos legais e de acordo com o princípio da boa-fé objetiva.

Há que se cotejar os requisitos da sentença previstos no CPC atual com o que estabelece o novo CPC.

O art. 458 do CPC de 1973, inserido no Capítulo VIII, que trata da sentença e da coisa julgada, na Seção I, trata dos Requisitos e dos efeitos da sentença, “in verbis”:

“Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.”

Já o art. 489 do novo CPC preceitua, “in verbis”:

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 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;

V- se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§2º No caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais de ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

Destarte, diante do que preconiza o art. 489, parágrafo 1º, do novo CPC, não se reputará fundamentada a decisão interlocutória que concede a tutela antecipada se o Julgador não observar os requisitos de validade previstos expressamente em todos os seus incisos.

A sentença, nessa mesma linha, deve ser proferida à luz dos elementos previstos no art. 489 do novo CPC, a fim de que não seja reputada arbitrária, possibilitando-se às partes a igualdade e paridade de armas, com assistência jurídica integral, sendo imprescindível, portanto, o respeito ao contraditório e à ampla defesa, em face do princípio do devido processo legal, com a livre valoração da prova, sem olvidar da segurança jurídica processual, o que só será possível nos tempos atuais com a implementação efetiva do processo judicial eletrônico, num primeiro momento, e do processo judicial eletrônico inteligente num segundo momento.

A publicidade, transparência, a economicidade e a celeridade devem ser as notas características do processo judicial eletrônico, o qual deve ser implementado de forma integrada o quanto antes, evitando-se que se prolongue no tempo a existência do processo em papel e do processo virtual concomitantemente.

Por derradeiro, em conclusão, não só o Poder Legislativo, mas também o Poder Executivo e evidentemente o próprio Poder Judiciário, todos os Poderes Estatais de forma integrada, portanto, devem buscar a construção de um processo civil moderno, cooperativo, em contraditório, eletrônico e inteligente, que seja rápido, eficiência, econômico, democrático, acessível a todos, e sobretudo justo⁸, capaz de atender aos valores da segurança jurídica e da paz social, ganhando especial relevância nesse contexto a tutela provisória.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, INCLUSIVE EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA, À LUZ DO CPC DE 1973.

Não há dúvidas o problema que se reputa extremamente grave na Justiça brasileira é a morosidade da tramitação processual. O autor quando postula a tutela jurisdicional do Estado pretende que o processo seja rápido, justo e eficaz, visa, pois, num primeiro momento, à prolação de uma sentença de procedência e, num segundo, à obtenção do bem da vida protegido pelo ordenamento jurídico, há, portanto, a expectativa de que o reconhecimento do direito e a efetivação desse mesmo direito se dê da forma mais célere possível. A Justiça brasileira, infelizmente, ainda, é lenta.

Com efeito, a demora do processo acarreta violação ao princípio da igualdade, constitucionalmente assegurado.

A parte que não tem razão se utiliza da morosidade processual para obter vantagens indevidas.

Como bem asseverou Luiz Guilherme Marinoni, na obra *Antecipação de Tutela*, 12ª edição, p.22:

⁸ Cf, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*, 3. Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, p.15. O direito ao processo justo tem de ser pensado à luz de uma adequada organização das cortes que integram o sistema responsável pela prestação de tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos.

“O principal problema da justiça civil, entretanto, era e ainda é o da morosidade dos processos. Todos sabem que os mais fracos ou pobres aceitam transacionar sobre os seus direitos em virtude da lentidão da justiça, abrindo mão de parcela da pretensão que provavelmente seria realizada, mas depois de muito tempo. A demora do processo, na verdade, sempre lesou o princípio da igualdade.”

Impende para melhor compreender o instituto da antecipação de tutela, estabelecer a diferenciação entre tutela final e tutela antecipatória. Isso porque para que se possa entender a tutela antecipada mister se faz entender, antes de mais nada, a tutela final. Como o próprio nome diz a antecipação da tutela se contrapõe à ideia de tutela concedida ao final.

Portanto, trata-se de preencher determinados requisitos previstos em lei para que se possa obter a concessão do que seria concedido apenas ao final, com o escopo de se atingir um resultado no mundo dos fatos, ou seja, um resultado prático.

Consoante a lição abalizada de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, na obra Código de Processo Civil comentado artigo por artigo, 4ª edição revista, atualizada e ampliada, “*verbis*”:

“Para que se compreenda a tutela antecipatória devem-se em primeiro lugar compreender as tutelas finais. A tutela antecipatória apenas adianta a tutela final. As tutelas finais podem ser contra o ilícito ou contra o dano. São tutelas contra o ilícito as tutelas de certeza, de alteração, inibitória e de remoção do ilícito. São tutelas contra o dano as tutelas do adimplemento na forma específica, ressarcitória na forma específica e ressarcitória pelo equivalente monetário. A tutela de certeza visa a outorgar certeza jurídica diante da dúvida a respeito da existência ou da inexistência de determinada relação jurídica ou de seus efeitos da exata interpretação de cláusula contratual (Súmula 181, STJ) ou da autenticidade ou falsidade documental. A tutela de alteração tem por objetivo criar, modificar ou extinguir determinada relação jurídica. A tutela inibitória visa a impor um fazer ou não fazer a fim de inibir a ocorrência de um ilícito, a sua continuação ou repetição. A tutela de remoção do ilícito destina-se a remover determinado ilícito, reintegrando a situação ao estado anterior à sua prática. A tutela do adimplemento na forma específica é aquela que visa a conferir ao credor da obrigação o mesmo resultado que a ele havia

prometido o devedor. Quando a tutela tem por fim reparar o dano que foi provocado pela violação ou pelo inadimplemento, será ressarcitória. É costume que a tutela seja pedida na forma equivalente à do valor do dano, ou seja, em dinheiro. Mas a tutela ressarcitória pode ser requerida na forma específica, quando é possível, por exemplo, obrigar-se, sob pena de multa, alguém a reparar um dano mediante atos materiais, e não mediante a mera prestação pecuniária. A tutela pelo equivalente é aquela prestada na forma equivalente à do valor do dano ou da obrigação não cumprida.

Como se vê, a tutela antecipatória é o oposto da tutela final, razão pela qual somente é possível bem entender o instituto da tutela antecipatória compreendendo-se de forma adequada quais são as tutelas finais. As tutelas finais são protegidas pelo direito material e prestadas através das sentenças. As sentenças que prestam as tutelas finais podem ser sentenças autossuficientes, por si sós realizam a tutela jurisdicional do direito. As sentenças não autossuficientes dependem de cumprimento para outorgar tutela jurisdicional ao direito da parte (art. 475, I, CPC). São sentenças autossuficientes as sentenças declaratórias e constitutiva. São sentenças não autossuficientes as sentenças condenatória, mandamental e executiva ‘lato sensu’.”

O instituto da tutela antecipada encontra-se positivado no art. 273 do Código de Processo Civil, em vigor, “in verbis”:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

*Caput com a redação dada pela Lei 8.952/1994.

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§1º Na decisão que antecipara a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

*§1º com redação dada pela Lei 8.952/1994.

§2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

*§2º com a redação dada pela Lei 8.952/1994.

§3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§4º e 5º, e 461-A.

*§3º com redação determinada pela Lei 10.444/2002.

* O art. 588 do CPC foi revogado pela Lei 11.232/2005.

§4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

*§4º com a redação determinada pela Lei 8.952/1994.

§5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

*§5º com redação determinada pela Lei 8.952/1994.

§6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcelas deles, mostrar-se incontroverso.

*6º acrescentado pela Lei 10.444/2002.

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

*§7º acrescentado pela Lei 10.444/2002.

O art. 797 do CPC de 1973 reza, “in verbis”:

“Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.”

Não há dúvida, como já ressaltado alhures, de que a Justiça brasileira, via de regra, é morosa.

O grande desafio, portanto, é buscar instrumentos processuais capazes de torná-la mais célere, rápida, justa e efetiva.

O Instituto da Antecipação de Tutela é de extrema importância para a eficiência do processo civil moderno.

Em regra, o autor precisa esperar a prolação da sentença para obter a tutela jurisdicional postulada, caso a demanda seja julgada procedente por ter sido acolhida a pretensão deduzida em juízo.

Todavia, presentes determinados pressupostos, o Juiz poderá, nos termos do art. 273 e seus parágrafos do CPC, com a redação dada pela Lei nº8.952, antecipar os efeitos da tutela, quer seja total, quer seja parcialmente⁹.

⁹Segundo José Carlos Barbosa Moreira. Geralmente, precisa o autor aguardar a prolação da sentença para obter, caso de lhe reconheça fundamento à pretensão, a tutela jurisdicional pleiteada. A seu requerimento, contudo, e presentes certos pressupostos, pode o Juiz, nos termos do art. 273 e seus parágrafos (na redação da Lei nº8.952), antecipar, total ou parcialmente, os efeitos dessa tutela (por exemplo: suspender a eficácia do ato cuja anulação se pede). Para tanto é necessário que:

a) existindo prova inequívoca, se convença o órgão judicial da verossimilhança da alegação do autor; e, além disso, alternativamente, b) haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou então c) fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Moreira, José Carlos, 1931. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2000. p87 e 88.

O processo tem por escopo a realização do direito material de modo a alcançar o bem da vida o mais célere possível ao titular do direito material a ser tutelado pelo ordenamento jurídico.

Não raro a tramitação normal do próprio processo, haja vista o seu procedimento, que é a sua espinha dorsal, os prazos e as hipóteses recursais, em razão da demora, poderá acarretar a ineficácia da decisão a ser proferida, razão pela qual, em determinadas hipóteses, desde que preenchidos determinados requisitos, a antecipação de tutela apresenta-se como o instrumento capaz de realizar, na prática e efetivamente, o direito.

Portanto, nessa linha de raciocínio, busca-se a efetividade do processo, que é, portanto, o instrumento de realização do direito material.

Não há dúvida, em face do que já fora exposto, de que, atualmente, estamos diante de uma crise que assola o Processo Civil Brasileiro, impondo-se questionar qual o papel a ser desempenhado pelos Juízes, Tribunais e sobretudo pela Cortes de vértice. Isso porque há um grande volume de processos judiciais, o que acarreta uma demora significativa na tramitação dos feitos e, conseqüentemente, no julgamento das demandas, comprometendo a efetividade da atividade jurisdicional.

Em face dessa problemática, o instituto da antecipação de tutela ganha importância significativa.

Poder-se-ia perguntar se a tutela antecipada é capaz de gerar um conflito entre garantias constitucionais, na medida em que, de um lado, importaria, dessa forma, em limitação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, mas, de outra parte, teria por escopo assegurar a efetividade. Entende-se que se trata de um conflito mais aparente do que real, cabendo ao Julgador, ao analisar o caso concreto, ponderar e decidir com base na razoabilidade, verificando se os requisitos necessários à concessão da tutela antecipada foram, de fato, todos preenchidos e demonstrados.

Ao conceder ou não a tutela antecipada, o Julgador deverá fundamentar a sua decisão, sob pena de nulidade, por força do que preconiza a Carta Magna de 1988, no seu art. 93, inc. IX, bem como em razão do que dispõe, expressamente, no plano infraconstitucional, o art. 11 do novo CPC, “in verbis”:

“Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

Tem-se que o Julgador, ao fundamentar a concessão da tutela antecipada, não se deve cingir apenas a afirmar que foram preenchidos os requisitos legais, é imprescindível que todos os requisitos, cujo preenchimento deve se dar de forma cumulada, sejam atendidos e explicitados.

É importante frisar que é possível a concessão de tutela antecipada não obstante tenha sido postulada com o nome de tutela cautelar, desde que sejam preenchidos os requisitos da tutela de natureza antecipatória¹⁰.

Portanto, o princípio da fungibilidade deve ser usado nas tutelas reputadas de urgência, desde que haja dúvida e não haja erro grosseiro¹¹.

O instituto da tutela antecipada se reveste de uma característica que é a provisoriedade, trata-se, pois, de tutela provisória, sumária e precária, capaz de conferir à parte, de forma antecipada, os mesmos efeitos da tutela definitiva, não

¹⁰ Marioni e Mitidiero entendem que: “Entretanto, aceitando-se a possibilidade de requerimento de tutela cautelar no processo de conhecimento, é correto admitir a concessão de tutela de natureza antecipatória ainda que ela tenha sido postulada com o nome de cautelar, desde que devidamente preenchidos os pressupostos inerentes à concessão da tutela antecipatória.” MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil. Comentado art. Por art. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p.276.

¹¹ DIAS, Jean Carlos. Ainda a fungibilidade entre as tutelas de urgência. A atual posição doutrinária e jurisprudencial sobre o tema. Revista Dialética de Direito Processual, n.60, março 2008, p.78. Arenhart e Marioni ensinam que “Esse novo dispositivo, partindo da premissa de que dificuldades como as apontadas podem ocorrer, tem por objetivo permitir que o juiz conceda a necessária tutela urgente no processo de conhecimento, e assim revele o requerimento realizado, quando for nebulosa a natureza da tutela postulada, vale dizer, quando for fundado e razoável o equívoco do requerente”. Marioni, Luiz Guilherme; Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento, 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.228.

havendo a necessidade de se aguardar toda a tramitação regular do processo. Nesse sentido as lições do Professor Marinoni¹².

O Julgador, ao deferir a tutela provisória, total ou parcialmente, requerida pela parte, na prática, estará, por via de decisão interlocutória, concedendo, após realizar cognição sumária, aquilo que concederia na parte dispositiva da sentença de mérito somente depois de toda a produção probatória e cognição exauriente, com o fito de preservar um direito a ser tutelado pelo ordenamento jurídico em observância à eficácia mas em detrimento da certeza, baseada a decisão em pressupostos, quais sejam, existência de prova inequívoca e verossimilhança da alegação.

“A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor. Na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equivale, mutatis mutandis, à procedência da demanda inicial, com a diferença fundamental representada pela provisoriedade”, é o que se extrai dos ensinamentos de Dinamarco¹³.

O artigo 273 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 8952/94, parágrafo 3º, preconiza, “in verbis”:

¹² Se a realidade da sociedade contemporânea muitas vezes não comporta a espera do tempo despendido para a cognição exauriente da lide, em muitos casos o direito ao devido processo legal somente poderá se realizar através de uma tutela de cognição sumária. Quem tem direito à adequada tutela tem direito à tutela antecipatória, seja a tutela antecipatória fundada nos arts. 273 e 461 do CPC e 84 do CDC, seja a tutela antecipatória fundada no art. 273, II, do Código de Processo Civil. É necessário observar que o legislador infraconstitucional, para atender ao princípio constitucional da efetividade, deve desenhar procedimentos racionais, ou seja, procedimentos que não permitam que o autor seja prejudicado pela demora do processo. MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.168.

¹³ A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor. Na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equivale, mutatis mutandis, à procedência da demanda inicial – com a diferença fundamental representada pela provisoriedade. DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp.141-142.

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§1º - Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (acrescentando pela Lei 8.952/1994)

§2º - Não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§3º - A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§4º e 5º, e 461-A.

§4º - A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.”

Da leitura do art. 273 do CPC, chega-se, em primeiro lugar, à conclusão de que para a concessão da tutela antecipada deve ser observado o princípio

da adstrição e da congruência, cabendo ao Julgador, desde que haja requerimento da parte, acolhendo total ou parcialmente o que foi postulado, antecipar, por decisão interlocutória, os efeitos da sentença de mérito, com o escopo de assegurar o bem da vida juridicamente tutelado.

Portanto, cabe à parte requerer na petição inicial a tutela antecipada.

Salienta-se, por oportuno, que, em regra, o pedido será formulado na petição exordial, nada obsta, no entanto, que o pedido seja formulado posteriormente em petição avulsa.

Cabe, por sua vez, ao Julgador julgar o pedido de antecipação de tutela dentro dos limites estabelecidos pelo que restou postulado, não podendo ser proferido julgamento além do que foi pedido (ultra petita), nem tampouco fora do que fora objeto do pedido (extra petita).

Trata-se, destarte, da concessão de um provimento provisório cujo objetivo é assegurar o bem jurídico objeto da relação jurídica posta em causa, configurando-se, pois, tutela satisfativa no plano fático, acarretando, nessa linha de raciocínio, execução provisória.

Não se trata, destarte, de tutela definitiva, a qual se obtém após cognição exauriente, que se configura pela profunda observância do contraditório e da ampla defesa, capaz de formar a coisa julgada material, mas se trata de antecipação dos efeitos da sentença de mérito, não sendo capaz de fazer coisa julgada material, já que se está diante de tutela provisória, que será confirmada futuramente ou não.

Com efeito, para que haja a concessão da tutela antecipada é imprescindível, à luz do art. 273 do CPC, em vigor ainda, supra mencionado, o requerimento da parte, razão pela qual o próprio Poder Judiciário não deve conceder de ofício a antecipação da tutela, quer seja total, quer seja parcialmente, em razão do que

preconiza o art. 262 do mesmo diploma adjetivo, em observância ao princípio do dispositivo.

Ressalta-se que a tutela concedida pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, nos termos do art. 273, parágrafo 4º, do CPC, mas, em observância ao princípio da razoabilidade, tem-se que a revogação ou modificação deve depender da existência de fato novo devidamente comprovado.

É de fundamental importância que se tenha presente que para a concessão da tutela antecipada mister se faz a existência de prova inequívoca.

Entende-se por prova inequívoca aquela já produzida capaz de formar o convencimento do julgador acerca dos fatos sobre os quais versa a lide, conferindo praticamente uma certeza a respeito daquilo que se busca demonstrar, não havendo, todavia, a necessidade de ser prova documental.

É bem verdade que não raras vezes é a prova documental a responsável por influenciar positivamente no convencimento do magistrado que, em face dela, concede a tutela antecipadamente.

Tem-se que a prova inequívoca é a que se caracteriza como robusta¹⁴.

Entende-se que não há a necessidade de que a prova produzida tenha condições de levar a um juízo de certeza, mas, isto sim, levar a um convencimento que aproxime da verdade a respeito do fato que se busca demonstrar com a produção probatória em cognição não exauriente mas sumária¹⁵.

¹⁴ O melhor entendimento para prova inequívoca é aquele que afirma tratar-se de prova robusta, contundente, que dê, por si só, a maior margem de segurança possível para o magistrado sobre a existência ou inexistência de um fato. Embora ninguém duvide da maior credibilidade que se pode dar a documentos para essa finalidade, a expressão não se deve limitar a eles. Até porque mesmo um documento público pode ter sido falsificado e ser, por isso mesmo, nada inequívoco no sentido da regra em exame. BUENO, Celso Scarpinella. Tutela antecipada. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37.

Ademais, para que haja a concessão da tutela antecipada é imprescindível a existência do pressuposto da verossimilhança no tocante ao fundamento jurídico que necessariamente, por sua vez, deve estar amparado em prova inequívoca, robusta, portanto.

De acordo com a Procuradora do Estado Flávia Faermann, em Tese intitulada a Antecipação de Tutela em face da Fazenda Pública, apresentada no Congresso Nacional de Procuradores do Estado realizado em João Pessoa em 2014, valendo-se, inclusive das lições do Professor Ovídio Baptista, “essa prova inequívoca do direito alegado é mais rigorosa que a fumaça do bom direito, pressuposto da tutela cautelar. Tal decorre do exame cognitivo profundo que se exige à tutela antecipada: ao passo que a tutela antecipada exige verossimilhança fundada em prova, a cautelar somente necessita da plausibilidade ou probabilidade, independente de prova.”

Há, ainda, à luz do art. 273 do CPC, ainda em vigor, dois requisitos que são alternativos e não cumulativos, quais sejam, o primeiro, previsto no inciso I, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, e o segundo requisito, que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Portanto, inicialmente deve ser verificado se estão, de fato, presentes os pressupostos reputados obrigatórios, isto é, requerimento da parte, existência de prova inequívoca e verossimilhança da alegação. Presentes esses três pressupostos, passa-se ao exame se ao menos um dos requisitos alternativos foi preenchido, ou seja, receio de dano irreparável ou de difícil reparação¹⁶, que se constitui no “periculum in mora”, conforme art. 273, inc. I, ou abuso do direito de defesa ou manifesto propósito

¹⁶ O dano de difícil reparação trata-se daquele que muito possivelmente não será revertido, ou porque as condições financeiras do réu permitem concluir-se que não será compensado ou restabelecido, ou porque, por sua própria natureza, é complexa sua individualização ou quantificação precisa. MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de tutela. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 185-186.

protelatório do réu, é o que se extrai do inciso II também do art. 273 do mesmo diploma legal adjetivo.

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação capaz de ensejar a concessão da tutela antecipada em juízo provisório e de cognição sumária é o risco concreto, examinado levando em conta a situação fática, não se trata, pois, de risco hipotético. Além do risco ser concreto, ele deve ser atual, que se apresenta durante a tramitação do feito, e grave, capaz de fazer perecer ou ao menos prejudicar o direito afirmado pela parte.

No tocante ao segundo requisito, isto é, abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, há que se analisar o caso concreto e verificar se o réu efetivamente na prática está retardando injustificadamente a tramitação do processo¹⁷.

Por força do parágrafo segundo do art. 273 do CPC, não há que se conceder a tutela antecipada se os efeitos da tutela produzirão consequências irreversíveis no plano dos fatos.

Destarte, a irreversibilidade constitui óbice legal à concessão da medida. Já a reversibilidade é da própria natureza do instituto, decorre da provisoriedade, porquanto a medida perdurará até que uma outra decisão interlocutória a revogue ou que outra decisão a substitua, tendo em vista que a própria decisão final, agora amparada em cognição exauriente, poderá manter o que foi decidido em sede de tutela antecipada fulcrada em cognição sumária ou poderá modificar, revogando-a, retroagindo os seus efeitos naquilo que for viável.

A irreversibilidade jurídica do provimento antecipatório tornaria a tutela concedida definitiva e poderia acarretar violação ao contraditório¹⁸.

¹⁷ O Magistrado deve agir com olhos atentos à finalidade da norma: garantir o prosseguimento do feito de forma célere, sem embaraços. Assim só deve enquadrar como ato abusivo ou protelatório, aquele que consista em um empecilho ao andamento do processo, ou seja, aquele que implicar comprometimento da

A antecipação de tutela, conforme já explicitado, pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, razão pela qual caracteriza-se como algo provisório, devendo, no entanto, ser fundamentada a decisão, o que aliás, não obstante esteja expressamente previsto em norma infraconstitucional, já está, também, expresso em norma constitucional.

Há inúmeras discussões acerca do cabimento ou não da concessão da antecipação de tutela prevista no artigo 273 do CPC em face da Fazenda Pública. Em que pesem respeitáveis opiniões em sentido contrário¹⁹, há argumentos fortes no sentido de que se verifica no nosso ordenamento jurídico o descabimento do instituto da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Isso porque há, sim, prerrogativas do Poder Público em juízo, tendo em vista que o escopo do ente público é defender o interesse público, motivo pelo qual há que se evitar condenações embasadas em cognição sumária e não exauriente, evitando-se, com isso, condenações proferidas sem a plena observância do princípio do contraditório e da ampla defesa e, por via de consequência, acarretar prejuízos ao Erário, sem a existência da certeza no que toca ao direito postulado.

É importante frisar que se está tratando do termo Fazenda Pública no seu sentido técnico processual, isto é, a expressão é concernente à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal, bem como autarquias e fundações públicas.

lisura e da celeridade do processo. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Processo Civil. 4. ed. São Paulo: Jus Podium, 2009, p. 499.

¹⁸ A irreversibilidade jurídica do provimento antecipatório tornaria a tutela concedida definitiva e privaria o réu de algum bem jurídico sem que sequer fosse observado o contraditório. Considerando-se que as medidas antecipatórias podem ser concedidas inaudita altera parte, isso violaria os princípios da ampla defesa previstos na Constituição. ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual civil. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2005, v. II, p. 346.

¹⁹ O Estado brasileiro, para se beneficiar quando parte em processo judicial, desde sempre manipulou a legislação (e, desde 1998, com maior liberdade, as medidas provisórias) para criar situações inexistentes para os particulares e desarrazoadas e injustificáveis mesmo para quem, por definição, conglomerava interesses de toda uma coletividade. A desigualdade por ele perpetrada, para alcançar esse mister, é indelével. BUENO, Cassio Scarpinella. O Poder Público em juízo. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.224.

Entende-se que se reputa como óbices à concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública sobretudo o duplo grau de jurisdição obrigatório ou o reexame necessário contra a Fazenda Pública (art. 475, II, do CPC), o regime próprio no que tange às decisões proferidas em caráter provisório e o pagamento da execução da Fazenda Pública pela via do precatório, por força do art. 100 da Carta Magna, não obstante há doutrinadores renomados que adotam posição em sentido contrário²⁰.

Muito embora o artigo 273 do CPC não faça restrições no que tange à sua aplicabilidade, tem-se que a sua interpretação deve levar em consideração todo o ordenamento jurídico, observando-se, nessa perspectiva, o sistema processual e as normas constitucionais.

Ademais, a Lei 9.497/97, no plano infraconstitucional, expressamente estendeu ao instituto da tutela antecipada as restrições concernentes à concessão de liminares em face da Fazenda Pública.

Em conclusão, tem-se que há óbices constitucionais e infraconstitucionais que são capazes de obstar a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, não obstante doutrina respeitável em sentido contrário²¹.

A par disso e desse entendimento, o instituto da tutela antecipada sofreu profundas modificações em face do advento do novo Código de Processo Civil.

²⁰ Como leciona Luiz Rodrigues Wambier, “a interpretação que aqui se propõe – filosófica e declarativa, do art. 100 da CF e do art. 475 do CPC, em nada empobrece o sistema, na medida em que seja apenas provisória.”

²¹ Consoante ensina Marinoni, entender que o art. 475 impede a tutela antecipatória contra a Fazenda implicaria em inconstitucionalidade em permite a criação de uma alternativa de soluções para um dos tormentosos problemas com que se tem defrontado as processualistas, que é justamente o de dar o máximo rendimento possível às regras constitucionais do amplo acesso à Justiça e da efetividade da jurisdição, por sua mão infraconstitucional que é a antecipação da tutela, o que aqui sustenta especificamente nos casos de desapropriação indireta.

As antecipações de condenações contra o Poder Público podem ser cumpridas, mediante depósito à disposição do Juízo (com liberação apenas em casos excepcionalíssimamente considerando, porque a regra é que a execução de liminar antecipatória face da previsão do art. 5º, XXXV da Constituição, que garante o direito de acesso à Justiça).

DO INSTITUTO DA TUTELA PROVISÓRIA EM FACE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

O fator tempo de tramitação é de fundamental importância para o processo, na medida em que somente poder-se-á falar em decisão justa se for proferida em tempo razoável. É evidente que a parte autora, cujo direito deve ser reconhecido em juízo, para obter o bem da vida protegido pelo direito, deve postular a tutela jurisdicional, já que é vedada a autotutela, e aguardar a tramitação regular do feito, adaptando-se às exigências legais e conseqüentemente esperando que o sistema processual seja célere e efetivo. Trata-se de uma justa expectativa. Contudo, o réu, por sua vez, valendo-se do contraditório e da ampla defesa, mesmo muitas vezes sabendo ser destituído de qualquer razão, utiliza-se justamente desse mesmo sistema processual, para deixar de prestar aquilo que é devido ao autor, por saber que a normal tramitação processual é, via de regra, lenta. Portanto, nesse momento, em face da morosidade, está a favor do réu o fator tempo, que se vale de mecanismos processuais e de recursos para postergar ao máximo possível a efetividade da tutela jurisdicional tão buscada pela parte autora. O instituto da tutela antecipada vem para quebrar com essa lógica nefasta, buscando afastar a morosidade processual, capaz de macular a imagem do próprio Poder Judiciário²²

Não se deve ter uma visão do processo somente do ponto de vista abstrato, sem levar em conta a sua duração, em respeito aos princípios da celeridade e da efetividade. É de estabelecer-se uma adequada distribuição do ônus do tempo no

²² De acordo com Luiz Guilher Marinoni, valendo-se das lições de Italo Andolina, “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema dela tutela giurisdizionale, p.15 e p.17. Poucos se dão conta que, em regra, o autor pretende uma modificação da realidade empírica e o réu deseja a manutenção do status quo. Essa percepção até banal, da verdadeira realidade do processo civil, é fundamental para a compreensão da problemática do tempo do processo ou do conflito entre o direito à tempestividade da tutela jurisdicional e o direito à cognição definitiva. Marinoni, Luiz Guilherme. Antecipação de tutela/Luiz Guilherme Marinoni – 12. Ed. – São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

processo visando à adequação da prestação jurisdicional de modo a tutelar os direitos. O instituto da tutela antecipada, com o advento do novo Código de Processo Civil, passou a ser denominado de “tutela provisória”, como se pode verificar da leitura dos artigos 294 a 311. Nesse sentido as lições abalizadas cujo terminologia “tutela provisória”, por não guardar correlação com a tutela dos direitos, sofreu duras críticas na obra Curso de Processo Civil, volume 2, Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum, de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, na página 196, sobretudo por não passar a ideia de que se trata de um instituto cujo escopo é, sim, dar efetividade ao direito posto em causa, “in verbis”:

“A adoção da terminologia empregada pelo legislador deixa na sombra aquilo que mais interessa para quem vai ao processo – a busca pela tutela do direito. Ao falar em tutelas provisórias o legislador imagina mais uma vez – voltando mais de cem anos na história do processo civil – que é possível tratar o direito material com uma categoria interna, única e invariável que não fornece qualquer pista a respeito dos pressupostos materiais que devem ser alegados e provados para proteção do direito material. Aludir simplesmente tutelas provisórias e a tutelas sumárias – e aos conceitos de tutela dos direitos é perder de vista aquilo que a parte efetivamente foi procurar no processo. É fazer com que o legislador falte com o seu dever de legislar de modo a guiar a ação dos juízes e dos advogados para prestação de uma adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional dos direitos.”

Tutela antecipada é uma técnica de julgamento que serve para adiantar efeitos de qualquer tipo de provimento, de natureza cautelar ou satisfativa, de conhecimento ou executiva, é o que se pode depreender do Enunciado 28 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

Com efeito, a tutela de urgência está prevista nos artigos 294 a 311 do novo CPC, cuja prestação da tutela jurisdicional pode ser satisfativa ou cautelar, todavia, pela via de provimentos não definitivos, já que passíveis de modificação futura, mas mediante provimentos provisórios com cognição sumária e não com cognição exauriente, ou seja, quando a parte postula a tutela jurisdicional e, em razão da existência da urgência, pede que seja concedida a tutela de forma antecipada, a decisão

a ser proferida por ser satisfativa, isto é, dar ao titular do direito justamente aquilo a que ele faz jus, alcançando, portanto, o bem juridicamente protegido (satisfação), ou, então, utilizar-se da tutela cautelar, cujo objeto é assegurar que no futuro a tutela satisfativa venha, de fato, a ocorrer.

Em se tratando de uma postulação de tutela de direito, o pedido visando à concessão de técnica antecipatória deve ser formulado, em respeito ao princípio da demanda.

Impõe-se transcrever cada um dos dispositivos concernentes à tutela provisória, sobretudo por se tratar de alteração legislativa recente, para auxiliar na compreensão desse instituto de cognição sumária, impondo-se, outrossim, fazer os comentários que se reputa pertinentes, de forma a sistematizar e ser o mais claro possível em tema de tamanha importância para a ciência processual.

“LIVRO V
DA TUTELA PROVISÓRIA
TÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS”

“Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.”

Portanto, consoante se depreende do novel art. 294, a tutela provisória tanto pode ser decorrência de uma situação de urgência como decorrente de uma

situação de evidência. A tutela provisória de evidência cinge-se a apenas um único dispositivo, qual seja, o art. 312, ao passo que a tutela provisória de urgência está prevista nos artigos 300 a 310, do Título II do Livro V da Parte Geral do novo CPC.

Por seu turno, a tutela provisória de urgência tem duas espécies: a cautelar e a antecipada.

A tutela provisória de urgência pode ser postulada pela parte antes ou durante a tramitação do processo, ou seja, em caráter antecedente ou incidente, é o que se extrai da própria literalidade da norma.

Não há a necessidade de ser efetuado o pagamento de custas em se tratando de tutela provisória postulada durante o processo em curso, por força do que dispõe o art. 295 do novo CPC.

No que tange à tutela provisória de urgência concedida em caráter incidental, é importante frisar que se trata de decisão proferida, durante a tramitação do processo, interlocutória, portanto, postulada, nessa perspectiva, dentro do procedimento comum. Via de regra, a tutela provisória que enseja decisão interlocutória é postulada e concedida incidentalmente. Se o autor, diante da urgência, tem a pretensão de obter a concessão da tutela provisória, cuja cognição é sumária e não exauriente, deverá formular o pedido na petição inicial e não depende, por força do art. 295 do CPC novo, do pagamento das custas. Contudo, se a tutela provisória for postulada em caráter antecedente é imprescindível o pagamento de custas processuais.²³

²³ De acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero. Como regra, portanto, a tutela provisória não dá lugar a um processo autônomo dentro do direito civil brasileiro. É interna ao procedimento comum. É exatamente isso que quer dizer o legislador quando refere que a “tutela provisória” é incidental (art. 294). Tendo interesse na sua obtenção, tem o autor de postulá-la na petição inicial. Por essa razão independe do pagamento de custas (art. 295). Deferido ou não o pedido de tutela do direito mediante decisão provisória, o procedimento deve seguir em direção à sentença. Apenas quando requerida de forma antecedente é que a “tutela provisória” depende do pagamento de custas – como toda e qualquer ação. Marinoni, Luiz Guilherme. Novo Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. – (Curso de processo civil; v.2), p.206.

A tutela provisória é postulada ao Juízo da causa, mas se for antecedente a postulação é dirigida ao juízo competente para conhecer do pedido principal, é o que se extrai do caput do art. 299 do novo CPC. Acrescenta-se a isso que quando a ação for de competência originária do tribunal e também nos recursos a tutela provisória deverá ser postulada ao órgão jurisdicional competente para apreciar e julgar a matéria de fundo, ou seja, o mérito, como se depreende do parágrafo único do art. 299 do novo CPC.

“Art. 295. A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.”

“Art. 296. A tutela antecipada conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela antecipada conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.”

Sendo postulada e concedida a tutela antecipada, a eficácia decisão interlocutória será mantida durante a tramitação do processo, não obstante possa ser revogada ou modificada a qualquer tempo, consoante a dicção da norma adjetiva. Isso, todavia, não significa que o Julgador possa revogar a tutela provisória sem fundamentar a sua decisão e, além disso, deverá expor os motivos justificáveis que o levaram a se convencer de que os elementos capazes de embasar o deferimento não mais subsistem, diante de cognição mais profunda ou exauriente, já que antes a decisão estava ampara em exame mais superficial, meramente sumário. Não se pode admitir que, não havendo

nenhum fato novo ou nenhuma prova nova, o Julgador, simplesmente, mude de ideia e revogue a concessão da tutela provisória, sob pena de se criar instabilidade nas relações processuais. O art. 296 deve ser interpretado com proporcionalidade e razoabilidade, mas pode, sim, ser revogada ou modificada, por isso se diz provisória.

A tutela provisória, em regra, conserva a sua eficácia, ou seja, a sua produção de efeitos no mundo dos fatos, durante o lapso de tempo em que o feito permanecer suspenso, é o que preconiza o parágrafo único do art. 296.

A decisão que julga improcedente o pedido final gera a perda de eficácia da tutela antecipada, é o que se extrai do Enunciado 140 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

Mesmo que tenha sido concedida a tutela antecipada em decorrência de todos os pressupostos legais, quando há a prolação da sentença declaratória de improcedência, isto é, quando o pedido não é acolhido, como decorrência lógica, há que se considerar revogada a tutela anteriormente concedida, na medida em que o fundamento de sua validade consistente na verossimilhança da alegação desaparece, acarretando a perda de sua eficácia.

Como a técnica antecipatória tem cognição sumária, portanto, não exauriente, o provimento jurisdicional que daí advém é revestido de provisoriedade, o que acarreta, por via de consequência, revogabilidade, termo final de eficácia e a existência de relação entre o provimento provisório e o provimento definitivo.²⁴

²⁴ Segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. Os provimentos oriundos da técnica antecipatória dão lugar a tutela provisórias – traço que o legislador entendeu por bem ressaltar já na terminologia por ele empregada. Essa característica está ressaltada pelo legislador no art. 296: “a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada”. E complementa o seu parágrafo único: “salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo”. Marinoni, Luiz Guilherme. Novo Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. – (Curso de processo civil; v.2).

Com efeito, a revogação da tutela antecipada é inerente a esse instituto. Infere-se, pois, que a tutela antecipada pode ser revogada ou modificada, o que, por óbvio, é uma conclusão natural em decorrência da provisoriedade.²⁵

O novo Código de Processo Civil assegura, no plano infraconstitucional, o poder-dever de cautela e o dever-poder geral de antecipação²⁶.

Nesse diapasão, o art. 297 do CPC de 2.015:

“Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela antecipada observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.”

²⁵ Consoante Marinoni. A tutela antecipatória pode ser revogada ou modificada. Trata-se, nesse caso de conclusão natural, pois se a convicção do juiz acerca dos fatos constitutivos é de verdade, a convicção a respeito da defesa de mérito indireta é apenas de verossimilhança.

A tutela antecipatória é concedida a partir da convicção de verdade sobre os fatos constitutivos, restando para uma fase posterior do processo a cognição acerca da defesa de mérito indireta. Sobre ao juiz a concessão e a efetivação da tutela, formar a devida convicção em relação à defesa de mérito indireta.

Como a tutela do direito e os efeitos da decisão jurisdicional nada têm a ver com a coisa julgada material, a decisão que conceda a tutela antecipatória produz efeitos imediatos, devendo apenas ser complementada pela sentença que não acolhe a defesa de mérito indireta. Nesse sentido, a sentença agrega à decisão antecipatória a declaração de improcedência da defesa de mérito indireta.

Na outra hipótese, ou seja, quando a defesa de mérito é acolhida, a tutela antecipatória é revogada. Portanto, a tutela antecipatória, embora concedida com eficácia imediata, somente se estabiliza com o não acolhimento da defesa de mérito indireta. Marinoni, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela – 12 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

²⁶ O caput do art. 297 deve ser compreendido em harmonia com o art. 798 do CPC atual, que abriga, no plano infraconstitucional, o que é hoje chamado de “dever-poder geral de cautela”, Importa também tê-lo ao lado da parte final do art. 301 para alcançar essa mesma conclusão.

Vantagem inegável do novo CPC está em que este “deve-poder” pode ser empregado tanto para fins de cautelar, isto é, asseguramento do resultado útil do processo, como também para fins de satisfação imediata de um direito que, pelo que se pode depreender do art. 294, é caso de “tutela antecipada”. Neste sentido, e tendo em conta o texto do próprio caput do art. 297, é irrecusável que a nova regra quer também desempenhar o papel que deriva do art. 273, caput, do CPC atual, e, portanto, do “dever-poder geral de antecipação”. Bueno, Cassio Scarpinella, Novo Código de Processo Civil anotado/Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2015.

O poder geral de cautela está mantido no novo CPC, consoante o entendimento cristalizado no Enunciado 31 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

A fundamentação da decisão, quer seja administrativa, quer seja judicial, apresenta-se como requisito de validade, porquanto, caso não haja motivação por parte do Julgador, há que se reputar inválido o que restou decidido, inquinando-a de nulidade, por força do art. 93, inc. IX, da Carta Magna. Isso está expresso no plano constitucional e agora está expresso, também, no plano infraconstitucional no que toca à tutela antecipada, no art. 298 do novo Código de Processo Civil.

“Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela antecipada, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.”

Entende-se que o legislador, portanto, além de impor, por norma infraconstitucional, o dever constitucional de fundamentar, acrescentou que essa fundamentação deve ser exarada de forma clara e precisa, ou seja, de modo que não só os juristas compreendam mas que também as próprias partes tenham condições de compreender o que foi dito na decisão que resolvendo o caso concreto concede, nega, modifica ou revoga a tutela provisória. Expor o convencimento de modo claro e preciso é decidir com objetividade explicitando as razões do convencimento, em face das alegações das partes, em face do preenchimento dos requisitos legais e em face do conjunto probatório, sem deixar margens para obscuridades, dúvidas ou contradições. Não basta deferir o pedido aduzindo que foram preenchidos os requisitos legais.

O art. 298 tem um artigo correspondente no atual CPC, cuja redação, aliás, é bem semelhante, como se pode verificar, “in verbis”:

“Art. 273 (...)

§1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento,

(...)

§4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.”

É importante transcrever, também, o art. 299 do novo CPC:

“Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. Ressalvada disposição especial na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.”

É pressuposto para a concessão da tutela de urgência, em primeiro lugar, a probabilidade do direito e perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, consoante o caput do art. 300 do novo CPC, ou seja, nada mais é do que, respectivamente, o “fumus boni iures” e o “periculum in mora”.

O art. 300 do novo CPC está inserido na Capítulo I do Título II que trata da Tutela de Urgência.

“TÍTULO II

DA TUTELA DE URGÊNCIA

CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciam 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 parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§2º A tutela antecipada de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

Quando a norma reza, no seu parágrafo 2º, que a tutela antecipada de urgência pode ser concedida liminarmente significa dizer que o Julgador está autorizado a deferir o pedido liminar no início do processo e sem a oitiva da parte contrária, não cabendo, nessa hipótese, alegação de violação ao contraditório. Isso porque se a tutela é prestada liminarmente, o direito ao contraditório tem a sua realização postergada para depois da oitiva do réu.²⁷ Além disso, quando a norma preconiza que a tutela antecipada pode ser concedida após justificação prévia significa que pode ser concedida após a oitiva da parte contrária.

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

O parágrafo 3º supra referido é praticamente idêntico ao parágrafo 2º do art. 273 do CPC de 1973, segundo o qual não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Entende-se que essa norma que veda a concessão da tutela antecipada nos casos de irreversibilidade não deve ser interpretada de forma literal, senão de acordo com o princípio da proporcionalidade. Pela literalidade da norma, havendo mero perigo de irreversibilidade a tutela de urgência de natureza antecipada estaria vedada. Contudo, há casos em que o dano ou o risco que se busca evitar ou minimizar com a concessão da tutela antecipada é muito mais importante para o requerente do que para o réu. Nessas hipóteses, o Julgador deve ponderar e julgar à luz do princípio da proporcionalidade.²⁸

Preconiza o art. 301, caput, do CPC de 2.015:

“Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.”

De acordo com o Enunciado nº143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, “in verbis”:

A redação do art. 301, caput, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada (art. 300 do novo CPC)”.

²⁷ Sobre o direito ao contraditório, com as respectivas indicações bibliográficas, Marinoni, Arenhart e Mitidiero, Curso de processo civil, vol. I.

²⁸ Segundo Cassio Scarpinella Bueno, Novo Código de Processo Civil Anotado. 2015, p.219. Deve acordo com o §3º do art. 300, “a tutela de urgência, de natureza antecipada, não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”. Trata-se de previsão que se assemelha ao §2º do art. 273 do CPC atual e do “pressuposto negativo” para a antecipação da tutela a que se refere aquele artigo e que estava prevista no art. 303 do Projeto da Câmara e, felizmente, sem par no Projeto do Senado. Deve prevalecer para o §3º do art. 300 do novo CPC a vencedora interpretação que se firmou a respeito do §2º do art. 273 do CPC atual, única forma de contornar o reconhecimento de sua inconstitucionalidade substancial: a vedação da concessão da tutela de urgência nos casos de irreversibilidade não deve prevalecer nos casos em que o dano ou o risco que se quer evitar ou minimizar é qualitativamente mais importante para o requerente do que para o requerido. Subsiste, pois, implícito ao sistema – porque isso

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

I – a sentença lhe for desfavorável;

II – obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV – o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

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

CAPÍTULO II

DO PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

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 satisfativa e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição sumária 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:

decorre do “modelo constitucional” – o chamado princípio da proporcionalidade”, a afastar o rigor literal desejado pela nova regra.

I – o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação da sua argumentação, juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 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 da tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial, em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de processo ser extinto, sem resolução de mérito.

Os dispositivos legais (artigos 303 e 304) estão inseridos no Capítulo II que trata do “Procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente,” do Título II (Da tutela de urgência) do Livro V, o qual dispõe acerca da Tutela provisória. Tais dispositivos legais dizem respeito à tutela antecipada cujo fundamento é a urgência a ser postulada não de forma incidental, mas, sim, antes do processo.

Não há dúvida de que o novo CPC inovou, na medida em que tornou autônomo do ponto de vista procedimental o instituto da tutela antecipada, como bem frisou Daniel Mitidiero, no seu artigo “Autonomização e Estabilização da Antecipação de Tutela no Novo Código de Processo Civil”. Com efeito, só se admite, em face das novas regras, tutela antecipada antecedente nos casos de urgência, sendo inadmissível nos casos de tutela de evidência. Ressalta-se, por oportuno, que o Professor Daniel, no artigo supra aludido, estava se referindo aos artigos do projeto do novo CPC, o qual sofreu alterações na numeração dos artigos posteriormente quando da sua entrada em vigor.²⁹

Se a tutela antecipada for concedida, incumbe ao autor o ônus de aditar a petição inicial, no prazo de 15 (quinze) dias ou em outro a ser fixado pelo Juiz. Contudo, não sendo realizado o aditamento, o feito será extinto sem julgamento do mérito, é o que se extrai dos parágrafos 1º e 2º do art. 303 supra referido. Portanto, a

²⁹ De acordo com Daniel Mitidiero. Fugindo ao desenho tradicional da tutela antecipada, o legislador brasileiro inovou ao tornar procedimentalmente autônomo o juízo sumário que leva à concessão da tutela antecipada (art. 301). Em uma palavra: autonomizou a tutela antecipada. Trata-se de uma opção que tem como objeto principal viabilizar a introdução de mecanismo da estabilização da tutela antecipada no direito brasileiro (art. 302).

Requerendo expressamente o autor na petição inicial (art. 301, §5º), nos casos em que a “urgência for contemporânea à propositura da ação” (art. 301, caput), a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar, do valor da causa como um todo (art. 301, §4º) e do perigo na demora. A leitura do art. 301 suscita desde logo três observações.

A primeira é que qualquer tutela satisfativa do direito pode ser postulada mediante tutela antecipada antecedente. Está fora do alcance do art. 301 – e, portanto, do art. 302 – qualquer espécie de tutela cautelar, cujo regramento se encontra nos arts. 303 a 308. A segunda é que o pedido de tutela antecipada antecedente está limitado à urgência à propositura da ação, estando excluída a possibilidade de tutela antecipada antecedente – e, portanto, estável – nos casos de tutela de evidência. Embora tecnicamente possível, como mostra a experiência do *référé* provision français (art. 809, Code de Procédure Civile), nosso legislador optou por limitar a tutela antecipada antecedente aos casos de urgência. A terceira é que a qualificação da urgência como contemporânea no caput do art. 301, embora à primeira vista possa sugerir uma restrição ao uso da tutela antecipada antecedente, é desmentida pelo incentivo que o legislador viabiliza ao autor para sumarizar formal ou materialmente o processo com a sua estabilização. Lida a autonomização da tutela antecipada sistematicamente, a urgência que justifica o pedido de tutela antecipada antecedente não difere do perigo da demora capaz de justificar qualquer espécie de tutela antecipada. Mitidiero, Daniel, *Autonomização e Estabilização da Tutela no Novo Código de Processo Civil*. Doutrina, Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, nº63, nov-dez/2014.

tutela antecipada em caráter antecedente enseja a necessidade do aditamento, sob pena de extinção do processo sem exame do mérito. Questão de extrema importância, todavia, diz respeito à hipótese em que a tutela antecipada é deferida, há o aditamento da petição inicial e o réu toma ciência da decisão que concedeu a tutela antecipada, na medida em que o feito somente tramitará rumo à audiência de conciliação e mediação, se o réu interpor recurso de agravo de instrumento em face da decisão que antecipou a tutela. Trata-se de questão nova e de grande importância em face das consequências que daí advém.³⁰

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 outro 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 satisfativa 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.

³⁰ Segundo o Professor Daniel Mitidiero. A questão que ora mais interessa, porém, está ligada à hipótese em que a tutela antecipada é deferida, ocorre o aditamento da petição inicial pelo autor e é cientificado o réu da decisão que concede a tutela sumária. Isso porque o processo só prosseguirá rumo à audiência de conciliação e mediação se o réu interpuser agravo de instrumento contra a decisão que antecipou a tutela (art.303). Se não o fizer, a decisão torna-se estável e o processo é extinto (art. 302, §§1º, 3º, 5º e 6). Vale dizer: o juízo a respeito da tutela antecipada permanece procedimentalmente autônomo e a decisão

CAPÍTULO III

DO PROCEDIMENTO DA TUTELA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

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

No que toca à fungibilidade, é importante ressaltar-se que se trata de aproveitar os atos processuais praticados, em observância ao princípio da economia processual e da duração razoável do processo. É plenamente possível a possibilidade de fungibilidade de forma ampla em se tratando de tutelas provisórias, sendo, pois, passível de admissão, nessa linha de raciocínio, o reconhecimento do pedido de tutela satisfativa antecipada como se fosse pedido de tutela cautelar.³¹

provisória torna-se estável. Com isso, incentivado pela doutrina, o legislador logra seu intento de autonomizar e estabilizar a tutela antecipada.

³¹ Fungibilidade de acordo com o novo curso de Processo Civil, Marinoni, Arenhart e Mitidiero, valendo-se da lição de Eduardo Lamy, Princípio da fungibilidade no processo civil. O direito vigente não repetiu integralmente a regra da fungibilidade entre as “tutela provisórias” constante do direito anterior. A previsão da fungibilidade encontra-se textualmente restrita às hipóteses de tutelas provisórias requeridas de forma antecedente (art. 305, parágrafo único). Porém, é evidente que o legislador permite ampla fungibilidade entre as “tutelas provisórias”.

A fungibilidade é uma manifestação da necessidade de aproveitamento de atos processuais já praticados, com o que reside nos domínios da economia processual e da duração razoável do processo (arts. 5º, LXXVIII, da CF e 4º). Nessa perspectiva, sendo possível conhecer o pedido de tutela satisfativa (antecipada) como se pedido de tutela cautelar fosse (e vice-versa), seja formulado de forma incidental, seja de maneira antecedente, uma interpretação conforme ao direito fundamental à duração razoável do processo autoriza esse aproveitamento. Inspirado nessa mesma linha de efetiva prestação da tutela

“Art. 306. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.”

“Art. 307. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias.

Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.”

“Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.”

“§1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.”

“§2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal.”

jurisdicional, tendo o Código encampado claramente uma preferência pela prolação de decisões de mérito em detrimento de decisões meramente processuais (arts. 317 e 488), é igualmente evidente a possibilidade de se aplicar a regra da fungibilidade entre os pedidos de tutelas provisórias da maneira mais ampla possível. Marinoni, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. _ São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. – (Curso de processo civil; v.2).

“§3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.”

“§4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.”

“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.”

“Art. 310. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.”

O art. 311 do novo CPC trata da Tutela de evidência. Não há a necessidade da demonstração do “periculum in mora” para que seja concedida a tutela de evidência, desde que preenchidos os requisitos expressamente previstos nos incisos I, II, III e IV do mesmo dispositivo adjetivo. Os pressupostos, portanto, são (a) abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte; (b) alegações de fato passíveis de comprovação apenas documentalmente e se houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante ou, (c) se se tratar de pedido

reipersecutório fundado em prova documental adequado do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa, e, por fim, (d) petição inicial instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.³²

Poder-se-á deferir a tutela de evidência diante de uma defesa inconsistente.³³

O parágrafo único do art. 311 autoriza que o Julgador nas hipóteses dos incisos II e III conceda liminarmente, ou seja, sem a oitiva da parte contrária, a tutela da evidência, é o que se depreender da própria literalidade da norma.³⁴

“TÍTULO III

³² Bueno, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado/ Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2015, p.232.

³³ O legislador procurou caracterizar a evidência do direito postulado em juízo capaz de justificar a prestação da “tutela provisória” a partir de quatro situações arroladas no art. 311. O denominador comum capaz de amalgamá-las é a noção de defesa inconsistente. A tutela pode ser antecipada porque a defesa articulada pelo réu é inconsistente ou provavelmente o será. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. – (Curso de processo civil; v. 2).

³⁴ Todos os incisos do art. 311, por sua vez, representam feliz reunião dos Projetos do Senado e da Câmara e, por isso, não violam a bicameralidade do art. 65 da CF, a despeito de suas alterações redacionais. O parágrafo único do art. 311 admite, ainda, que as hipóteses dos incisos II e III sejam decididas liminarmente, isto é, sem a prévia oitiva do requerido.

A hipótese, importa esclarecer, não se confunde, na perspectiva do novo CPC, com a possibilidade de o magistrado proferir julgamentos parciais de mérito. Esta possibilidade, expressa no novo CPC, encontra-se no art. 356. E mesmo tratando-se de julgamento antecipado parcial do mérito, a decisão respectiva tem aptidão de produzir imediatamente seus efeitos, vez que o recurso dela interponível, o agravo de instrumento (arts. 356, §5º, e 1.015, II), não tem efeito suspensivo *ope legis*, prevalecendo, por isso, mesmo, a regra geral do caput do art. 995, confirmada, no particular, pela do inciso I do art. 1.019.

Fora destes casos, contudo, a tutela de evidência será utilíssima para “tirar” o efeito suspensivo da apelação preservada pelo novo CPC (art. 1.012, caput), tal qual já é possível (e correto) sustentar no CPC atual com fundamento no inciso II e, sobretudo, no §6º do art. 273.

Assim, concedida a tutela da evidência liminarmente, observar-se-á o procedimento respectivo até o proferimento da sentença, que estará apta a surtir efeitos imediatos desde logo, ainda que haja interposição de apelo pelo sucumbente, aplicando-se, à espécie, o disposto no inciso V do art. 1.012, quando trata da conformação da tutela provisória. Bueno, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 232.

DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

Art. 311. A tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, 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. Na hipótese dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.”

Em conclusão, o instituto da tutela sofreu profundas modificações com o advento do novo Código de Processo Civil e sem dúvida alguma trata-se de técnica antecipatória de cognição sumária que serve para distribuir de forma mais equânime e isonômica o ônus do tempo do processo, sendo, nessa perspectiva, instrumento capaz de combater a morosidade processual, possibilitando-se a prestação da tutela jurisdicional de forma mais rápida, justa e efetiva.

Bibliografia

ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. II. p. 346.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Curso de Processo Civil. Processo Cautelar. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 3, p.60.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Curso de Processo Civil, 3.Ed. São Paulo:RT, 2000, vol.III.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Curso de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, v. 1,t.2.,6.ed., 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado/ Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, 1931. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Lei n.5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Lei n. 9494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a fazenda pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>.

BUENO, Celso Scarpinella. Tutela Antecipada. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 76.

BUENO, Celso Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo. Saraiva, 2015.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*. Padova: Cedam, 1936.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Da antecipação de tutela. Rio de Janeiro: Forense, 7.ed., 2005.

DIDIER JR, Fredie; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPODIVM, vol. 2, 9.ed., 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 141-142.

GOMES, Fábio Luiz. Responsabilidade objetiva e antecipação de tutela: a superação do paradigma da modernidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GORON, Lívio Goellner. Tutela específica de urgência: antecipação da tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: atualizado com o Projeto de Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LOPES, João Batista. Tutela antecipada no processo civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela, 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, pp. 185-186.

MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela, 11. Ed. São Paulo: RT, 2009, Revista dos Tribunais, p.168.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.ed., 2011.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Antecipação de Tutela: da tutela cautelar à Técnica Antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.ed., 2014.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Perfil Dogmático da Tutela de Urgência”, Revista da Ajuris, 1997, n.70.

PAIM, Gustavo Bohrer. Estabilização da tutela antecipada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Manual da tutela antecipada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. São Paulo: Saraiva, 7. ed., 2009.
