

**A TUTELA DA URGÊNCIA E A TUTELA DA EVIDÊNCIA NO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 2014/2015**

***URGENT AND EVIDENT PROVISIONS IN THE NEW CIVIL PROCEDURE
CODE***

Leonardo Greco

Professor titular de Direito Processual Civil (aposentado)
da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro; advogado. Email:
grecoleo@terra.com.br. Artigo recebido em 30/09/2014 e
aprovado em 28/11/2014.

Sumário: 1. Introdução. 2. Noção de tutela provisória. 3. Classificação da tutela provisória. 4. Características da tutela provisória. 5. Tutela provisória de urgência, cautelar e antecipada. 6. Poder geral de cautela. 7. Procedimento na tutela de urgência. 8. Tutela provisória de urgência e de evidência. 9. Execução da tutela provisória. 10. Competência. 11. Conclusão.

1.Introdução. O Código de Processo Civil de 2014/2015, na última redação veiculada¹ e que tem grande probabilidade de ser a definitiva, dará à tutela cautelar um tratamento bastante diferente do que fora adotado no Código de 1973. Enquanto este último consagrou ao processo cautelar o Livro III, após regular nos Livros I e II o processo de conhecimento e o processo de execução, disciplinando num primeiro capítulo as regras gerais sobre a matéria e o procedimento cautelar comum e desdobrando o segundo capítulo em quinze seções sobre os procedimentos cautelares específicos, o Código de 2014/2015 dedicou ao que denomina de *tutela provisória* o Livro V da sua Parte Geral, desdobrado em três títulos, respectivamente sobre as disposições gerais, a tutela da urgência e a tutela da evidência (arts. 295 a 312). O título II, além de disposições gerais sobre a tutela da urgência, antecipada ou cautelar, subdivide-se em dois capítulos sobre a tutela antecipada antecedente e sobre a tutela cautelar antecedente. Procedimentos cautelares específicos previstos no Código de 73

¹ Versão em anexo, veiculada em julho de 2014 como sugestão consensual das assessorias do Senado e da Câmara dos Deputados ao Relator do projeto na Comissão Especial do Senado Federal, Senador Vital do Rêgo.

foram simplesmente previstos no artigo 302 (arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem), ou regulados na Parte Especial do novo Código, como a produção antecipada da prova, o arrolamento e a justificação (arts. 388 a 390) e a exibição de documento ou coisa (arts. 403 a 411) no capítulo das provas, a homologação do penhor legal no título III sobre os procedimentos especiais do Livro I da Parte Especial (arts. 718 a 721), as notificações, interpelações e protestos no capítulo dos procedimentos de jurisdição voluntária (arts. 741 a 744). A disciplina de procedimentos ou a menção a providências nitidamente cautelares também se encontram, entre outros, nos artigos seguintes: 506, § 1º-II, e 844 sobre o arresto; 755, § 1º, sobre o arrolamento; 550, §§ 1º e 2º, 552, 640 e 822, § 2º, sobre a busca e apreensão; 83, 301, § 1º, 338-XII, 534-IV, 535, 539, § 8º, 573, 656, § 2º, 693, parágrafo único, 719-IV, 723, § 3º, 856-III, 911, § 1º, 912, 913, 919, 933, § 5º e 935, § 1º, sobre a caução; 77-VI e § 7º, sobre o atentado; 722 a 726 sobre a regulação de avaria grossa; e os artigos 782 a 786 sobre a ratificação dos protestos marítimos e dos processos testemunháveis formados a bordo. Salvo naquilo em que essas providências possuem regras próprias enunciadas nesses e em outros dispositivos, ou em que a sua própria natureza o impeça, a elas devem aplicar-se as regras constantes dos artigos 295 a 312, como regras gerais aplicáveis a todas as hipóteses de tutela provisória. Assim a instrumentalidade e a revogabilidade, claramente decorrentes dos artigos 295 e 297, são também, de um modo geral, características de todas as medidas cautelares reguladas ou previstas no novo Código.

Mas a devida compreensão dos dispositivos constantes dos artigos 295 a 312, impõe a explicação de uma noção, que o novo diploma adota, de abrangência mais ampla do que a de tutela cautelar, a noção de *tutela provisória*, abrangendo a tutela da urgência, cautelar e antecipada, e a tutela da evidência.

2. *Noção de tutela provisória*. Em anterior estudo sobre a função da tutela cautelar², recordando a origem da ideia de *provisoriidade*, difundida por PIERO

² Leonardo Greco, “A função da tutela cautelar”, in Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Teresa Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim. (Org.). *Direito Civil e*

CALAMANDREI³ a respeito das providências cautelares, sustentei que esta é uma consequência da cognição não exaustiva, não permitindo que o provimento judicial tutele definitivamente a situação jurídica por ele resguardada. Tutela provisória é aquela que, em razão da sua natural limitação cognitiva, não é apta a prover definitivamente sobre o interesse no qual incide e que, portanto, sem prejuízo da sua imediata eficácia, a qualquer momento, poderá ser modificada ou vir a ser objeto de um provimento definitivo em um procedimento de cognição exaustiva.

A não exaustividade da cognição não é, entretanto, a única característica da tutela aqui denominada de *provisória*, porque, conforme já tive oportunidade de acentuar⁴, há procedimentos com essa característica na jurisdição de conhecimento, na jurisdição de execução e na chamada jurisdição voluntária. O Código de 2014/2015 definiu como provisória, a de natureza cautelar ou antecipada (art. 295), de urgência ou de evidência, o que não impede que, em razão da sumariedade da cognição, outros provimentos de cognição não exaustiva nele estejam previstos, como a sentença liminar de improcedência (art. 333), a expedição de mandado de pagamento na ação monitória (art. 716), a homologação da transação ou da arrematação (art. 978, § 4º), os provimentos de jurisdição voluntária e que, assim, também possam ser considerados provisórios.

Por isso, parece-me que a noção de tutela provisória aqui adotada, além da sua vinculação à sumariedade da cognição, como veremos, restaura a ideia de provisoriedade difundida por CALAMANDREI⁵, como intrínseca à instrumentalidade, ou seja, como uma função normalmente acessória da jurisdição de conhecimento e de execução, que se destina a servir a um processo principal, do qual é antecedente ou incidente, daí as referências expressas que os artigos 297 e 300, no título I sobre as

Processo - estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 829-843.

³ Piero Calamandrei, “Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari”, in *Opere Giuridiche*, vol. IX, ed. Morano, Napoli, 1983, p.171.

⁴ “Cognição sumária e coisa julgada”, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 6, nº X, Julho a Dezembro de 2012, Programa de Pós-Graduação em Direito - linha de pesquisa de Direito Processual, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, endereço eletrônico www.redp.com.br, ISSN 1982-7636, pp.275-301

⁵ Idem, p.175.

disposições gerais, fazem ao processo principal, seja ela tutela da urgência ou tutela da evidência.

3. *Classificação da tutela provisória.* Dos dispositivos ora comentados, observo que o legislador do Código de 2014/2015 adotou classificação da tutela provisória por três critérios: o critério *da natureza*, o critério *funcional* e o critério *temporal*.

O critério da natureza da providência pleiteada divide a tutela provisória em tutela de urgência, cautelar ou antecipada, e tutela de evidência, em que esta se parece distinguir-se das outras, pela acentuada probabilidade de existência do direito do autor ou pelo elevado valor humano desse direito, a merecer proteção provisória independentemente de qualquer aferição de perigo de dano. É o que acontece, por exemplo, com a liminar possessória ou com a liminar de alimentos provisórios.

Pelo critério funcional, é a finalidade preponderante de preservação ou implementação de alguma situação fática ou jurídica, na esfera do direito processual, para garantir a eficácia da prestação jurisdicional na causa principal ou, diversamente, a imediata investidura do requerente no gozo, ainda que provisório, parcial ou total, do bem da vida almejado na causa principal, que subdivide a tutela provisória em cautelar ou antecipada, podendo esta última ainda subdividir-se em tutela antecipada de urgência e tutela antecipada de evidência.

Tendo em vista a instrumentalidade intrínseca à tutela provisória, o critério temporal a divide em antecedente e incidente, conforme seja requerida antes ou no curso da ação principal. A tutela provisória antecedente pode ser cautelar ou antecipada de urgência. A tutela provisória incidente pode ser cautelar ou antecipada. A tutela provisória incidente antecipada pode ser de urgência ou de evidência.

Assim, teremos:

1) Pelo critério da natureza:

- 1.1. Tutela de urgência
 - 1.1.1. Cautelar.
 - 1.1.2. Antecipada.
 - 1.2. Tutela de evidência.
- 2) Pelo critério funcional:
- 2.1. Tutela provisória cautelar.
 - 2.2. Tutela provisória antecipada.
 - 2.2.1. Tutela provisória antecipada de urgência.
 - 2.2.2. Tutela provisória antecipada de evidência.
- 3) Pelo critério temporal:
- 3.1. Tutela provisória antecedente.
 - 3.1.1. Tutela provisória antecedente cautelar.
 - 3.1.2. Tutela provisória antecedente antecipada de urgência.
 - 3.2. Tutela provisória incidente.
 - 3.2.1. Tutela provisória incidente cautelar.
 - 3.2.2. Tutela provisória incidente antecipada.
 - 3.2.2.1. Tutela provisória incidente antecipada de urgência.
 - 3.2.2.2. Tutela provisória incidente antecipada de evidência.

4. *Características da tutela provisória.* No meu ensaio de 2007 sobre a função cautelar, acima referido, apontei, à luz da doutrina tradicional, características das medidas cautelares que agora cumpre rever sob a perspectiva mais ampla da tutela provisória, abrangendo a tutela da urgência e a tutela da evidência, a saber, *inércia, provisoriedade, instrumentalidade, revogabilidade, fungibilidade e cognição sumária.*

A *inércia* é uma das garantias fundamentais do processo civil, segundo a qual a jurisdição civil somente se exerce por provocação de algum interessado, nos limites da demanda por ele proposta. Não há jurisdição *ex-officio*. A *inércia* é uma garantia fundamental da liberdade de todos os cidadãos frente ao Estado e de independência e imparcialidade da própria jurisdição e de quem a exerce. A lei não

pode restringir a inércia, instituindo jurisdições que o juiz exerce por sua própria iniciativa, a não ser em casos extremos em que os próprios interessados se encontrem absolutamente incapacitados, por falta de consciência dos seus direitos ou de meios para mobilizar os seus instrumentos de tutela, como nas situações de crianças abandonadas e outras semelhantes, de requerer o exercício da jurisdição para evitar o iminente perecimento de direito fundamental indisponível. Ainda assim, nesses casos, se não houver outro sujeito apto a desencadear o exercício da jurisdição, deve o juiz promovê-la, mas, logo em seguida, declarar o seu impedimento para os atos subsequentes, reduzindo ao mínimo o seu exercício por órgão estatal despido de imparcialidade.

Na tutela provisória não é diferente. Todas as suas espécies constituem pleno e específico exercício de jurisdição e, assim, somente podem ser exercidas por iniciativa de uma das partes interessadas, e não por iniciativa do próprio juiz. Isso resulta do disposto nos artigos 2º e 502, segundo os quais o processo civil começa por iniciativa da parte, sendo vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

A *provisoriedade*, no sentido acima apontado, de tutela temporária de um provável direito, está patenteada no artigo 297, que determina que a tutela de urgência e a tutela de evidência conservem a sua eficácia na pendência do processo principal, podendo, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. Daí resulta que a tutela de urgência e a tutela de evidência não têm aptidão para a tutela definitiva do provável direito do requerente, que deverá ser objeto de um provimento no processo principal que a substitua, sob pena de caducidade. No caso da tutela de urgência, antecipatória ou cautelar, essa temporariedade é acentuada pelas regras dos artigos 304, § 2º, e 309, que exigem o aditamento da inicial e quinze dias para formulação do pedido principal, no caso de tutela antecipatória, ou de propositura da ação principal em trinta dias, no caso de tutela cautelar, sob pena de caducidade da medida provisória concedida. O Código de 2014/2015, não adotou como eu gostaria⁶, a conservação da eficácia da medida

⁶ V. o meu estudo sobre “A função da tutela cautelar”, cit.

anterior, independentemente da formulação do pedido ou da ação principal, como alguns ordenamentos europeus já estabeleceram, prevendo apenas, em dispositivo de redação precária que comentaremos mais adiante (art. 305), a estabilização da tutela antecipada de urgência concedida em caráter antecedente, se da decisão que a conceder não for interposto pelo requerido o recurso de agravo de instrumento. Não se aplica esse dispositivo à tutela de evidência, pois esta é sempre incidente, não antecedente. Assim, nela nunca ocorrerá estabilização da tutela provisória.

O Código de 2014/2015 restabelece o entendimento da doutrina tradicional, segundo a qual a provisoriedade está sempre vinculada à *instrumentalidade*, de tal modo que a tutela provisória, de urgência ou de evidência, será sempre considerada uma função acessória em relação a uma outra modalidade de tutela, cognitiva ou executiva⁷. Essa doutrina foi adotada pelo Código de 1973, que, em seu art. 796, caracterizou o processo cautelar como dependente de outro principal, e é agora reproduzida no Código de 2014/2015, que determina que a tutela provisória será sempre antecedente ou incidente (art. 295), que a sua eficácia está sempre vinculada a um processo principal (art. 297) e que é a causa principal que define a sua competência (art. 300).

Cumpramos aqui recordar a crítica de fundada doutrina a essa acessoriedade na tutela cautelar, que agora passará a ser componente da tutela de urgência.

GALENO LACERDA⁸ restringia essa acessoriedade às providências cautelares de jurisdição contenciosa, não às medidas cautelares de jurisdição voluntária, como as notificações e as justificações. Mais radical, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA sustentava a existência de uma tutela autônoma à segurança, despida de acessoriedade⁹.

⁷ V., entre outros, Piero Calamandrei, ob. cit., p. 175; Francesco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, vol.I, ed. UTEHA Argentina, Buenos Aires, 1944, p. 387; e Humberto Theodoro Júnior, *Processo cautelar*, 18ª ed., LEUD, São Paulo, 1999, p. 46.

⁸ Galeno Lacerda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, Forense-Rio, 1980, p.45.

⁹ Ovídio A. Baptista da Silva, *As ações cautelares e o novo processo civil*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1980, p. 21.

Penso que essa doutrina deve continuar a refletir de algum modo na exegese do Código de 2014/2015, não obstante a sua categórica opção pela instrumentalidade e consequente acessoriedade da tutela provisória, de urgência e de evidência.

Com efeito, parece-me insuperável a lição de GALENO de que nem sempre a medida cautelar (agora tutela de urgência) tem caráter instrumental, esgotando-se muitas vezes em si mesma ou dispondo de uma instrumentalidade meramente genérica ou remota, que não a vincula de imediato a qualquer causa principal. É o que às vezes tem sido caracterizado como a pretensão à segurança, ainda que provisória, que não se restringe necessariamente apenas a procedimentos não contenciosos¹⁰. Por outro lado, a busca da segurança da relação jurídica ou da sua prova pode fundamentar uma tutela sumária que esgote a pretensão imediata do requerente, como se vê nas notificações, protestos e nas justificações. Por isso, não possuem instrumentalidade imediata as tutelas de urgência meramente receptícias, que não sendo restritivas do gozo de direitos por parte do requerido, não caducam, se, não sendo incidentes, não se seguir a propositura do pedido principal em quinze ou trinta dias. Essa instrumentalidade direta e imediata sempre têm as tutelas provisórias incidentes, assim como as tutelas provisórias de urgência antecedentes, quando restritivas de direitos.

Decorrente da provisoriedade e da instrumentalidade das tutelas provisórias de urgência ou de evidência é a sua *revogabilidade*. O art. 297 do Código de 2014/2015, reproduzindo disposição análoga do 807 do Código de 73, a prevê, sem limitações. Parece-me óbvio que pela sua própria natureza, estão excluídas dessa possibilidade de revogação, após a sua efetivação, as tutelas provisórias de segurança quanto à prova e receptícias, como as que se destinam apenas a documentar a comunicação de uma manifestação de vontade, produção antecipada de prova, justificação, notificações. Podem elas ser anuladas, mas não revogadas, porque o seu efeito já se produziu e não pode mais ser revertido. Cabe esclarecer, entretanto, a

¹⁰ Luiz Fux, *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (fundamentos da tutela antecipada)*, ed. Saraiva, São Paulo, 1996.

respeito da revogabilidade, algumas questões já suscitadas na vigência do Código de 73 e que sobreviverão na vigência do Código de 2014/2015, tais como a necessidade ou não de requerimento do interessado, de processo autônomo para veicular o pedido de revogação e de audiência da parte contrária.

Cumprе observar sobre essa questão que o artigo 302 do Código de 2014/2015 reproduz a capciosa regra do § 2º do art. 273 do Código anterior, que parece vedar a concessão da tutela antecipada de urgência, quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Interpretada literalmente essa disposição representaria verdadeira afronta à garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva, inscrita no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição. Os fatos pretéritos nunca são reversíveis. E o gozo pretérito do direito também não pode ser revertido. No máximo, a revogação pode alterar a situação fático-jurídica para o futuro e determinar a responsabilidade por perdas e danos em relação aos efeitos já exauridos. A doutrina e a jurisprudência se encarregaram de dar à irreversibilidade o sentido de um juízo de ponderação entre o perigo de dano alegado pelo requerente e aquele a que ficaria sujeito o requerido caso concedida a medida de urgência. Assim, deverá seguir sendo interpretado o dispositivo do novo Código.

Quanto à necessidade de requerimento do interessado para a sua revogação, cabe observar que o Código de 2014/2015 criou no artigo 305 um regime especial de revogação para a tutela provisória antecipada de urgência antecedente que tiver se estabilizado por falta de interposição de recurso contra a sua concessão, nada dispondo sobre o regime a que ficariam sujeitas a tutela antecipada de urgência incidente, a tutela cautelar antecedente ou incidente e a tutela de evidência.

Tratemos primeiro da hipótese do art. 305. De início, merece encômios a orientação do novo Código de não permitir a formação da coisa julgada em razão da estabilização da tutela provisória. Todavia, ao contrário do que a redação do artigo sugere, parece-me que a estabilização não pode resultar simplesmente da não interposição de recurso contra a liminar concessiva do provimento antecipatório, mas também necessariamente do não oferecimento de contestação, no prazo a que se refere o

artigo 304, § 1º, II. Com efeito, se, não recorrendo da liminar, o réu, citado, se defende, o direito à tutela jurisdicional efetiva e as garantias do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição), lhe asseguram a possibilidade de que a revogação seja determinada, caso acolhida a sua defesa. Por outro lado, se, concedida a tutela liminarmente, o autor aditar a petição inicial para “confirmar o pedido de tutela final”, e o réu não recorrer da liminar, nem contestar a ação, o processo será extinto (art. 305, § 1º), ficando prejudicado o pedido principal por falta de um provimento final, e estabilizada a decisão liminar sem coisa julgada. Se apesar da ausência de recurso, tiver o réu contestado a ação, o provimento provisório não se estabiliza, devendo sobrevir, em qualquer caso, sentença sobre o pedido de tutela final. Se este for julgado improcedente, a tutela antecipada estará automaticamente revogada, por aplicação analógica do disposto no artigo 310, III, independentemente de ação revocatória específica, exigida no artigo 305.

O mecanismo engendrado constituirá extraordinário desestímulo à propositura da tutela antecipada em caráter antecedente, porque ficará prejudicado o pedido principal do requerente pela inércia do requerido, tendo aquele de contentar-se com a decisão concessiva da antecipação que, apesar de estável, não fará coisa julgada, pois revogável por ação de iniciativa do requerido.

Detenhamo-nos agora nessa ação revocatória de iniciativa do requerido ou do próprio requerente, se este quiser modificar o conteúdo da tutela antecipadamente concedida e não impugnada pelo requerido.

Os §§ 2º a 5º do artigo 305 deixam claro que somente por meio dessa nova demanda poderá ser anulada, revogada ou modificada a tutela antecipada estabilizada. Assim, nessa hipótese, de tutela antecipada antecedente estabilizada nos termos do artigo 305, não pode o juiz de ofício revogar a qualquer tempo a tutela provisória, não se aplicando a regra geral do artigo 297, inclusive porque, passados dois anos da ciência da decisão que extinguiu o processo, incorrerá em decadência o direito de propor a ação revocatória (§ 5º), ou seja, sobrevirá efetivamente a coisa julgada.

Parece-me evidente que esse prazo de decadência não se aplica às sentenças determinativas, quais sejam aquelas que dispõem sobre relações jurídicas continuativas, se tiver havido modificação do estado de fato ou de direito (art. 516, I).

A propositura de nova demanda não significa necessariamente, em minha opinião, que a decisão antecipada somente possa ser revista a final desse novo procedimento comum, podendo a revogação ser igualmente antecipada, até mesmo liminarmente nessa nova ação ou em procedimento a ela antecedente, se evidenciados o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Afinal, há uma conexão sucessiva entre os dois procedimentos, reconhecida pelo legislador ao considerar prevento para a demanda revocatória o juízo em que a tutela antecipada foi concedida e ao prever que os autos do procedimento antecedente poderão vir a instruir a petição inicial da nova demanda (§ 4º).

Quanto à *revogabilidade* das demais modalidades de tutela provisória, acobertadas pela regra geral do artigo 297 que a admite a qualquer tempo, ouso recomendar que nas hipóteses de tutela cautelar ou antecipatória, de urgência ou de evidência, possam elas ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo independentemente de demanda autônoma, mas sempre a requerimento do interessado, e não de ofício pelo próprio juiz, porque, em qualquer caso, se trata de exercício do poder jurisdicional que, salvo disposição expressa de lei, deve ater-se à provocação do interessado.

Não há necessidade de processo autônomo para essa revogação, que poderá ser apreciada e decidida nos próprios autos da medida cautelar ou do processo principal. Entretanto, salvo qualificada urgência, a revogação deverá ser antecedida da indispensável audiência das partes que poderão formular alegações, propor e produzir provas antes de uma definitiva deliberação judicial.

A revogabilidade pode resultar de novos fatos e novas provas ou do simples reexame pelo juiz dos fatos e circunstâncias apreciados por ocasião da concessão. Uma noção mais restrita de revogabilidade, que limite a retratação do juízo

de concessão ou de denegação ao surgimento de novos fatos ou de novas provas, se, de um lado, conferiria mais estabilidade às relações jurídicas material e processual entre as partes, correria o risco de frustrar o acesso à tutela jurisdicional efetiva de interesses merecedores de proteção, já que não se pode esquecer que, tanto uma quanto outra (a concessão ou a denegação), são o resultado precário de uma cognição incompleta que, por isso mesmo, deve sempre estar sujeita a revisão das suas conclusões.

Por esse mesmo fundamento, reitero aqui a opinião que já manifestara a respeito do parágrafo único do artigo 808 do Código de 73 de que viola a garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva a disposição do parágrafo único do artigo 310 do Código de 2014/2015, que somente permite a reiteração por novo fundamento de medida cautelar que tenha caducado. Tanto a medida indeferida, como a que tenha anteriormente perdido eficácia por qualquer motivo, não pode deixar de ser novamente examinada e concedida se concorrerem o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. A cognição anterior foi incompleta, sujeita a erro. A regra aqui criticada é justificada na boa fé e na conveniência de dar certa estabilidade à relação jurídica entre as partes antes da decisão final da causa principal. Entretanto, não pode tornar-se obstáculo à obtenção de tutela cautelar a quem demonstre dela necessitar em face de um perigo atual, pouco importando se idêntico requerimento foi anteriormente indeferido ou se foi concedido e caducou.

A característica seguinte da tutela provisória é a *fungibilidade*. A ela se refere expressamente o artigo 298 do Código de 2014/2015, que dispõe: “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”.

Parece-me que o novo dispositivo tem alcance diverso, conforme se trate de tutela provisória cautelar ou antecipatória. Na tutela cautelar, como na execução (art. 821), a adstrição se limita ao pedido mediato, ou seja, ao bem da vida, ao interesse que o autor pretende proteger, ao objeto da tutela, não ao meio de proteção, à providência jurisdicional requerida para alcançá-la.

A fungibilidade *ex-officio*, seja no momento da concessão, seja em sua ulterior substituição, visa a equilibrar os interesses em jogo, resguardando ao mesmo tempo e com o maior alcance possível, o interesse do requerente à tutela pretendida com o interesse do requerido, do qual não deve ser exigido sacrifício maior do que o necessário.

O legislador de 2014/2015, mais claro e categórico do que o de 73, não adota redação que pudesse comportar interpretação restritiva da fungibilidade apenas ao momento ulterior, à substituição de tutela anteriormente concedida. Tampouco reproduz exigência expressa de que a concessão de medida cautelar diversa da que foi requerida seja condicionada à menor onerosidade para o requerido. O juízo de ponderação entre o perigo que assola o requerente e o que poderá incidir sobre o requerido caso a tutela cautelar seja deferida deverá ser sempre efetuado pelo juiz, não só para decidir se concede ou não a tutela pretendida, mas também para efetuar a escolha da providência mais adequada e proporcional.

Já na tutela antecipatória, de urgência ou de evidência, a adstrição é mais rigorosa. Aqui se trata de apreciação de pedido sobre a atribuição ao requerente, ainda que provisória, de providência de direito material, declaratória, constitutiva ou condenatória. Aqui o juiz não pode conceder providência diversa da requerida, sob pena de violação ao princípio da demanda e de prolação de julgamento *extra petita*. Parece-me, pois, que na tutela antecipatória, a única interpretação razoável do artigo 298 é a de que o dispositivo não faculta a concessão de providência jurisdicional diversa, mas que, na efetivação ou cumprimento da decisão, tal como na tutela específica do Código de 73, o juiz possa, aí sim, pela sua natureza substancialmente executória, fazer uso dos meios coativos ou sub-rogatórios que lhe pareçam mais adequados e eficazes.

A fungibilidade entre as tutelas de urgência, antecipada ou cautelar, também é autorizada pelo artigo 298, e repetida no parágrafo único do artigo 306 na hipótese de cautelar antecedente que o juiz entenda ter caráter de tutela antecipada. Apesar de inexistir previsão expressa de medida antecedente proposta como antecipatória que o juiz entenda ser cautelar, ou de medida incidente que proposta com

uma denominação, tenha a natureza da outra, parece-me que o disposto no art. 298 é suficiente para autorizar a fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipada de urgência em qualquer caso.

Também entendo possível essa fungibilidade entre a tutela de urgência e a tutela de evidência, embora esta última nunca tenha caráter antecedente, desde que o pedido formulado inicialmente preencha os requisitos da tutela a ser concedida.

A *cognição sumária* também é característica da tutela provisória. Sumária é a cognição que sofre limitações quanto à sua profundidade¹¹, para através de um juízo superficial e incompleto poder extrair rapidamente uma conclusão a respeito da necessidade da medida. Segundo KAZUO WATANABE, nos procedimentos sumários, sejam ou não cautelares, o legislador prefere a celeridade à perfeição¹².

O mesmo autor, em sua clássica monografia, classifica a cognição¹³, no plano horizontal, quanto ao objeto cognoscível, em plena e limitada ou parcial; e, no plano vertical, quanto à profundidade, conforme a cognição do juiz sofra ou não limitações.

Admite, com apoio na doutrina majoritária, que, se a limitação cognitiva do juiz resulta da inércia ou da concordância do requerido, a cognição possa ser considerada exauriente quanto à profundidade, apta a gerar a coisa julgada¹⁴. Numa posição mais radical, que me parece bastante consistente, PROTO PISANI exige, na cognição exauriente, o efetivo exercício do direito de defesa pelo réu¹⁵. Independentemente dessas divergências doutrinárias, é pacífico na doutrina que na cognição sumária se forme um mero juízo de probabilidade ou de verossimilhança, ou

¹¹ Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012, p. 132.

¹² Ob. cit., p.148.

¹³ Ob. cit., pp. 118 e ss.

¹⁴ Antonio Carratta (a cura di), *La tutela sommaria in Europa – Studi*, Jovene Ed., Napoli, 2012, pp. 22-23.

¹⁵ Andrea Proto Pisani, “Appunti sulla tutela sommaria (Note de iure condito e de iure condendo)”, in: *I Processi Speciali – studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Jovene Ed., Napoli, 1979, p. 314.

um juízo sobre a aparência do direito¹⁶, em contraposição a um possível juízo de certeza que decorreria da cognição exauriente na jurisdição de conhecimento. Conforme já tive oportunidade de acentuar, no processo judicial, seja ele de conhecimento ou cautelar, poucas são as decisões efetivamente fundadas num autêntico juízo de certeza, ou seja, num juízo de absoluta e incontestável evidência da existência dos fatos ou de existência do direito reconhecido, pois a certeza do direito é uma ficção imposta pela necessidade de segurança nas relações jurídicas. Por mais completa e profunda que tenha sido a investigação dos fatos ou a análise das questões de direito, normalmente a conclusão do juiz na jurisdição de conhecimento resultará de um simples juízo de maior probabilidade de uma versão e de menor probabilidade de outra e não de um juízo de certeza completa. De qualquer modo, a cognição é considerada exauriente porque no momento da formação da decisão não há mais qualquer argumento ou prova que ainda possa ser trazido à baila para influir utilmente no julgamento.

A simples caracterização das tutelas de urgência e de evidência como tutelas provisórias resulta do reconhecimento de que são o fruto de uma cognição não exauriente. A sua instrumentalidade, provisoriedade, revogabilidade (arts. 297, 298 e 300) e fungibilidade (art. 298), explicitadas nas disposições gerais do livro do Código em que estão disciplinadas, evidenciam a sua inaptidão à formação da coisa julgada e a limitação cognitiva que poderá ser superada, no mesmo ou em outro processo, pela cognição mais ampla.

5. Tutela provisória de urgência, cautelar e antecipada. Desde a reforma processual de 1994, o processo civil brasileiro passou a conviver com dois tipos de tutela provisória instrumental: a tutela cautelar e a tutela antecipada. A doutrina dominante assentou uma diferença substancial entre as duas. A tutela antecipada corresponderia sempre a uma decisão interlocutória de acolhimento provisório, no todo ou em parte, do pedido formulado pelo autor, atendendo a requerimento expresso deste e tendo em vista a acentuada probabilidade da sua procedência, à luz dos fundamentos e provas produzidos pelo requerente, acolhimento este que seria ratificado ou não na

¹⁶ Piero Calamandrei, ob. cit., p. 201.

ulterior sentença final. A noção de *satisfatividade* foi utilizada para caracterizar a tutela antecipada. Já a tutela cautelar constituiria uma providência de proteção do próprio processo, para assegurar a eficácia da decisão final sobre o direito material, mas não uma medida de acolhimento do pedido principal. A tutela cautelar pode ter por conteúdo uma providência instrutória do processo em curso, como uma produção antecipada de prova, ou uma medida assecuratória de bens ou de situações jurídicas para assegurar a eficácia da decisão final no processo principal, mas nunca tem o mesmo conteúdo do acolhimento do pedido principal, porque não se destina a antecipá-lo, mas a assegurar-lhe a eficácia.

O Código de 2014/2015 consolida essa evolução da tutela provisória no direito brasileiro, procurando dar-lhe tratamento mais sistemático, de modo que fiquem expressas as disposições que lhes são comuns e as que são exclusivas de uma ou de outra espécie e, para esse fim, subdividindo-as, pelo critério funcional, em cautelares e antecipatórias ou antecipadas, e, pelo critério da natureza, em tutela de urgência e tutela de evidência.

O Código não define expressamente tutela cautelar e tutela antecipada. Essas noções, extraídas da doutrina e da jurisprudência anterior e acima sintetizadas, se descobrem veladamente em alguns dispositivos. Assim, o artigo 302, estabelecendo que “a tutela urgente de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem ou qualquer outra medida idônea e proporcional”, deixa claro o caráter assecuratório ou conservativo endoprocessual dessas medidas, ao concluir que sempre se destinam à “asseguração do direito”.

Esse caráter endoprocessual da tutela cautelar também transparece na ausência de previsão de estabilização da medida provisória, com a previsão expressa, ao contrário, da sua caducidade se não proposta a ação principal (art. 310, I).

Já o caráter de julgamento provisório do pedido principal, na tutela antecipada, resulta necessariamente do artigo 304 que identifica o pedido de antecipação

com o pedido principal, embora permita que este venha a complementar o primeiro, e do artigo 305, que prevê a estabilização da tutela provisória na regulação da relação jurídica de direito material entre as partes.

Não reproduz o texto as expressões caracterizadoras da tutela antecipada cunhadas no artigo 273 do Código de 73, a saber: “existindo prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação”. Quanto à consistência dos fundamentos fáticos e jurídicos, não há mais distinção entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, conforme já se sustentava anteriormente¹⁷, e tampouco qualquer indicação quanto ao grau de convencimento para a concessão da tutela de urgência. O artigo 301 exige apenas para a sua concessão que haja “elementos que demonstrem a probabilidade do direito”. Continuo a entender que, em face da sumariedade da cognição, e da possibilidade de concessão *inaudita altera parte*, essa probabilidade deve consistir numa convicção firme com elementos objetivamente verossímeis e consistentes.

Quanto ao *periculum in mora*, note-se que o Código de 2014/2015 a ele se refere nos artigos 304 e 306 como “perigo da demora da (ou na) prestação da tutela jurisdicional” e no artigo 301 como “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. São expressões equivalentes às de “fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação” e “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, consagradas nos artigos 798 e 273 do Código de 73.

É a *urgência*, a situação de perigo iminente que recai sobre o processo, sobre a eficácia da futura prestação jurisdicional ou sobre o próprio direito material pleiteado, que torna necessária a tutela cautelar ou a tutela antecipada de urgência, tendo em vista a impossibilidade concreta de evitá-la através do desenvolvimento e da conclusão normal da própria atividade processual cognitiva ou executiva.

¹⁷ José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentative de sistematização)*, 5ª ed., Malheiros, São Paulo, 2009, passim.

CALAMANDREI¹⁸ chegou a sustentar a necessidade de um juízo de certeza do *periculum in mora* para a concessão da providência cautelar. É difícil imaginar a certeza do perigo que, em si, é uma mera probabilidade, embora acentuada. A lição do mestre deve ser compreendida no sentido de que, a respeito do *periculum in mora*, o juiz deva formar uma convicção firme de que o dano inevitavelmente ocorrerá, ou seja, um juízo de iminência do dano, caso a tutela provisória não seja rapidamente concedida e efetivada.

A possibilidade de caução como contra-cautela está contemplada no § 1º do artigo 301, com a ressalva, já reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, de que ela pode ser dispensada em face da hipossuficiência da parte interessada.

O § 2º admite a concessão liminar ou após justificação prévia da tutela de urgência. Não mais exige para o provimento *inaudita altera parte* que o requerido, sendo citado, possa tornar a medida ineficaz. A avaliação da oportunidade da concessão liminar da tutela de urgência, antecedente ou incidente deve continuar condicionada a um juízo positivo firme da existência do direito do requerente e da inevitabilidade do dano iminente, assim como a um juízo de ponderação favorável à prioridade da tutela do direito alegado pelo requerente sobre o eventual direito do requerido que será sacrificado e sobre o direito ao contraditório e à ampla defesa, cuja postergação constitui sempre uma violência.

Com pouco relevantes diferenças de redação, o artigo 303 impõe a responsabilidade do requerente da tutela de urgência pelos danos que causar a efetivação da medida, caso a sentença final lhe seja desfavorável, se, obtida em caráter antecedente, não tiver ele promovido a citação do requerido no prazo legal, se a medida caducar ou se o juiz acolher a alegação de decadência ou de prescrição. Sempre me rebeli contra o entendimento da doutrina dominante¹⁹ na vigência do Código de 73 de que essa responsabilidade fosse objetiva. No silêncio da lei, entendo que a norma deva

¹⁸ Ob. cit., p. 202.

¹⁹ Francesco Carnelutti, *Processo di Esecuzione*, vol.1, CEDAM, Padova, 1932, p. 137. Galeno Lacerda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol.VIII, tomo I, Forense, Rio, 2ª ed., 1981, pp. 430-433.

ser interpretada em consonância com o sistema de responsabilidade por dano processual, que impede que o cidadão tenha inibido o seu direito de acesso à justiça por riscos imprevisíveis, salvo se tiver agido com dolo ou culpa.

Parece-me que a doutrina europeia, alemã e italiana, que difundiu a tese da responsabilidade objetiva do credor na execução e no processo cautelar, fundou-se numa premissa que hoje não merece mais acolhida, qual seja a de que essas modalidades de tutela jurisdicional seriam excepcionais e complementares, em relação à tutela jurisdicional de conhecimento. Daí o recurso à teoria do risco judiciário, como se anormal fosse a situação em que o credor colocava o devedor por força da execução, ou em que o requerente colocava o requerido da medida cautelar. Na verdade, o que essa doutrina chama de *risco judiciário* não tem qualquer correlação com o risco como fundamento da responsabilidade civil objetiva. Neste, o causador do dano é responsável perante a vítima pelos prejuízos decorrentes de atividade que lhe é proveitosa, vantajosa. Se auferir os lucros e benefícios da atividade, que gera risco de prejuízo a outrem, deve objetivamente ressarcir esses prejuízos, independentemente de culpa. Se tem os bônus, arca com os ônus. Diferente é a situação do credor que promove a execução ou do requerente da tutela de urgência. Ele não auferir nenhum benefício, no plano do direito material, da instauração do processo, que não representa para ele nenhuma atividade de que lhe resulte um novo proveito ou um novo lucro. Ao contrário, exerce ele um direito constitucionalmente assegurado de perseguir em juízo um direito pré-existente. Por isso, a responsabilidade objetiva, defendida pela doutrina, é a meu ver incompatível com os direitos e garantias fundamentais. Com efeito, a paridade de armas, repercussão processual do princípio constitucional da isonomia, encontra atuação também na tutela de urgência²⁰.

Mas a responsabilidade objetiva vulnera também o direito de acesso à Justiça do requerente (Constituição, artigo 5º, inciso XXXV), criando obstáculo imensurável ao exercício do direito de ação. Com efeito, os riscos que o litigante de

²⁰Italo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1990, p.114.

boa-fé enfrenta em decorrência do ingresso em juízo devem existir apenas no plano do direito processual e não de ser pré-determinados e módicos, limitando-se aos encargos da sucumbência, para que, devidamente sopesados pelo autor antes do ajuizamento da demanda, influam objetivamente na decisão de vir a juízo, restando apenas o litigante temerário, e não criando efeito intimidativo excessivo em relação àquele que tem convicção do seu direito. Acresça-se que dos riscos da sucumbência o autor necessitado pode livrar-se através do benefício da assistência judiciária gratuita.

Ora, a possibilidade de recair sobre o requerente da tutela de urgência a condenação a ressarcir prejuízos ilimitados sofridos pelo requerido, ainda que tenha litigado de boa-fé, com plena convicção da existência do seu direito, constituirá injusta inibição ao exercício do direito de acesso à Justiça, equiparando o comportamento lícito ao ilícito e sujeitando quem exerceu direito constitucionalmente assegurado ao risco de perda patrimonial de alcance imprevisível.

Assim, somente se comprovada a litigância de má-fé (art. 79), incorrerá o requerente na responsabilidade prevista no artigo 303.

6. *Poder geral de cautela.* As medidas cautelares inominadas passam a constituir a regra geral e não mais admitidas apenas em caráter subsidiário das medidas cautelares típicas, como parecia pretender o legislador de 1973, acobertadas pela norma ampla do artigo 298, que faculta ao juiz “determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”. Mantenho aqui a minha preocupação de que esse “cheque em branco” que o legislador confere ao juiz na tutela provisória possa contrariar o princípio da legalidade, constituindo-se em instrumento arbitrário de intervenção estatal nas relações privadas. Não tenho a mesma preocupação com a tutela antecipada, de urgência ou de evidência, porque apesar do teor do art. 298, o pedido final, por ela antecipado, sempre terá suporte no ordenamento jurídico.

Quanto à tutela provisória cautelar, apesar da amplitude do enunciado do artigo 298, parece-me que esteja sujeita a dois limites intransponíveis: o primeiro é a

dignidade humana; o segundo é a impossibilidade de adotar cautelarmente provimento que não poderia ser adotado através de um provimento definitivo.

A dignidade humana é um limite intransponível porque tanto o Estado quanto os particulares têm de respeitá-la. Por outro lado, o juiz não pode decretar medidas de intervenção ou de restrição na liberdade e nos direitos fundamentais dos indivíduos para assegurar o resultado útil do processo que ele não estivesse legalmente autorizado a adotar, porque ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei (Constituição, art. 5º, II).

O poder cautelar geral também não se presta a impedir que a parte contrária ingresse em juízo com ação ou execução ou a obstar a eficácia da sentença transitada em julgado, salvo nos limites da lei (art. 981).

7. *Procedimento na tutela de urgência.* Diferentemente do que ocorreu no Código de 73 em relação ao processo cautelar, o Código de 2014/2015 não disciplinou um procedimento comum para a tutela de urgência. Agrupou algumas regras sobre o procedimento da tutela antecipada antecedente em capítulo próprio (arts. 304 e 305). No capítulo seguinte agrupou disposições sobre a tutela cautelar antecedente (arts. 306 a 311). Não tratou especificamente do procedimento dessas tutelas quando requeridas incidentalmente.

Numa interpretação sistemática, ousou afirmar que, em princípio e com a ressalva do que possa ser incompatível, tudo o que o legislador dispõe sobre o procedimento da tutela de urgência antecipada ou cautelar se aplica à tutela de urgência incidente.

Assim, requerida incidentalmente a tutela antecipada de urgência, com ou sem liminar, se ainda não tiver ocorrido a audiência de conciliação ou de mediação, para ela será o requerido, citado e intimado (art. 304, II). Se não houver auto-composição, seguir-se-á o prazo para contestação, juntamente com a do pedido principal. Não haverá necessidade de aditar a inicial, caso concedida a tutela liminarmente (art. 304, I), porque

o pedido principal já se encontra formulado, salvo se em decorrência do tempo decorrido a partir do ajuizamento da ação, tiver sobrevindo alguma modificação fática ou jurídica substancial. Se a tutela antecipada de urgência incidente tiver sido requerida depois da frustrada audiência de conciliação ou de mediação, com ou sem liminar, será o requerido citado, por seus advogados ou pessoalmente, para contestá-la, seguindo-se a instrução e decisão da medida no procedimento da causa principal em curso.

Mesmo no caso de tutela antecedente, parece-me que, havendo liminar concedida, o requerido não precisa esperar a audiência de conciliação para contestá-la, podendo fazê-lo logo que intimado da decisão.

A estabilização da tutela antecipada antecedente, prevista no artigo 305, também se aplica à tutela requerida incidentalmente. Entretanto, deve esclarecer-se, num ou noutro caso, como se contará o prazo para o recurso, porque a tutela poderá ter sido efetivada e cientificada ao requerido antes da citação que, no caso da tutela antecedente, dependerá de aditamento da inicial. O prazo para contestação se conta da citação ou da audiência de conciliação (art. 304). Para recorrer da liminar, parece-me que o requerido deve ter sido intimado da liminar e citado da ação, pois, enquanto não citado, não pode lhe ser imposto qualquer ônus processual.

No caso de medida cautelar incidente, a ela também se aplica o disposto no artigo 307, que, com ou sem liminar, manda citar o réu para contestar no prazo de cinco dias. Em seguida, como o processo principal está em curso, será ela instruída e decidida no bojo do procedimento único, não se aplicando o parágrafo único do artigo 308.

No artigo 310, que trata da cessação da eficácia da tutela cautelar antecedente, os incisos II e III também se aplicam à cautelar requerida incidentalmente, a saber, se “não for efetivada dentro de trinta dias” e se “o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito”.

O artigo 311, que trata da independência entre a tutela cautelar e o julgamento do pedido principal, salvo no caso de indeferimento daquela com fundamento em decadência ou prescrição, indubitavelmente se aplica tanto à tutela antecedente, quanto à incidente.

8. *Tutela provisória de urgência e de evidência.* O novo Código introduz expressamente no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da tutela da evidência, que já vinha sendo sustentado por sólida doutrina, antes mesmo da reforma processual que criou a tutela antecipada em 1994.

Ao propor a sua adoção, LUIZ FUX a justificou:

“A expressão (direito evidente) vincula-se àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente.

São situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário carreará até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada.”²¹

No seu *Curso*, critica o ilustre Autor a utilização promíscua do processo cautelar, em busca de uma tutela sumária de *direitos evidentes*, argumentando:

“A prática judiciária indica casos em que não se revela justa a demora da prestação jurisdicional, mercê de inexistir qualquer situação de perigo. Trata-se dos *casos de evidência*, diametralmente distintos dos de “mera aparência” que se encenam no processo cautelar. Para esses, a inadequação do procedimento ordinário revela-se de pronto,

²¹ Luiz Fux, *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (fundamentos da tutela antecipada)*, ed. Saraiva, São Paulo, 1996, pp.305-306.

reclamando uma atuação tão imediata quanto evidente o direito da parte, tal como ocorre com o mandado de segurança.”²²

Justificando a sua adoção no anteprojeto de 2010, assim se pronunciou:

“A novidade também se operou quanto aos direitos líquidos e certos de uma parte em face da outra.

Entendeu a comissão que nessas hipóteses em que uma parte ostenta direito evidente, não se revelaria justo, ao ângulo do princípio da isonomia, postergar a satisfação daquele que se apresenta no processo com melhor direito, calcado em prova inequívoca, favorecendo a parte que, ao menos *prima facie*, não tem razão”.²³

Esses argumentos, aliados à analogia feita com o mandado de segurança e com os títulos executivos, poderiam sugerir que a tutela de um direito evidente, resultante de prova robusta e aparentemente irretorquível, pudesse liminarmente determinar a definitiva investidura do requerente no gozo do bem da vida ou a prática de atos de invasão na esfera pessoal ou patrimonial do requerido sem a sua prévia audiência. A sua inclusão no âmbito da tutela provisória desmente essas conclusões.

Com efeito, se o acolhimento definitivo do pedido do autor, em razão da evidência do seu direito fosse concedido liminarmente, sem a prévia audiência do réu, essa especial tutela da evidência seria irremediavelmente inconstitucional, pois somente a urgência, ou seja, o perigo iminente de lesão grave ou de difícil reparação a bem da vida de especial valor pode justificar a postergação, jamais a supressão completa, do contraditório ou do exercício do direito de defesa, que são garantias constitucionais cujo respeito se afigura absolutamente imperioso e inafastável. A liminar possessória e os alimentos provisórios sempre foram justificados pela excepcional relevância do direito

²² Luiz Fux, *Curso de Direito Processual Civil*, 1ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 1228.

²³ Luiz Fux, “O Novo Processo Civil”, in Luiz Fux (coord.), *O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2011, p.18.

tutelado, constituindo provimentos provisórios, sujeitos a ratificação subsequente, após regular contraditório.

A versão final do Código de 2014/2015 delinea a tutela de evidência em termos menos radicais, admitindo a tutela liminar do direito evidente em duas hipóteses, mas vedando-a em duas outras. Em qualquer caso, tratou-a como uma espécie de tutela provisória, à qual se aplicam as regras gerais dos artigos 295 a 300, entre as quais sobressaem a *inércia*, a *provisoriedade*, a *instrumentalidade*, a *revogabilidade* e a *sumariedade* da cognição. Em todas as hipóteses, a tutela da evidência exige um juízo de probabilidade firme da existência dos fatos alegados pelo autor, da existência do seu direito e da juridicidade e adequação do pedido, cujo acolhimento antecipado e provisório é pleiteado.

Assim, pode definir-se a tutela da evidência, como a tutela antecipada que acolhe no todo ou em parte o pedido principal do autor para tutelar provisoriamente, independentemente da urgência, provável direito cuja existência se apresente *prima facie* indiscutível, nos casos previstos no artigo 312 do Código de 2014/2015.

As hipóteses taxativas em que é admitida, nos termos do artigo 312, são aquelas em que a evidência do direito do autor se extrai da conduta maliciosa do réu (inciso I: abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte), de prova documental robusta caracterizadora de situação fático-jurídica acobertada por jurisprudência firme de tribunais superiores fixada em casos repetitivos (art. 884) ou súmula vinculante (inciso II), de pedido de entrega de bem em decorrência de contrato escrito de depósito (inciso III), ou de prova documental robusta de situação fática de que decorre necessariamente o direito do autor, a que o réu não tenha oposto prova capaz de gerar dúvida razoável (inciso IV).

A tutela da evidência é sempre incidente. Pode ser requerida na inicial ou em petição avulsa. Neste último caso, ao réu deverá ser dada oportunidade de respondê-la. Nas hipóteses dos incisos II e III, se a situação fático-jurídica descrita pelo autor estiver documentalmente comprovada, a elevada qualidade do seu direito e a reduzida

probabilidade de que o réu possa vir a desmenti-la, ensejam a tutela da evidência por meio de provimento liminar (art. 312, parágrafo único). Nas demais (incisos I e IV), a evidência resulta em grande parte do comportamento do réu ou das provas por ele produzidas e, por isso, o legislador não admite a possibilidade de provimento *inaudita altera parte*, somente podendo ser concedida depois de decorrido o prazo de resposta do réu.

É a qualidade do direito que justifica a tutela liminar, nas hipóteses dos incisos II e III, como já ocorria na vigência do Código anterior com os alimentos provisórios e com a liminar possessória, tradicionalmente apontados como exemplos de tutela da evidência. A liminar possessória segue sendo caracterizada como uma modalidade de tutela antecipada da evidência no artigo 576 do Código de 2014/2015. E o regime dos alimentos provisórios é mantido no artigo 708, parágrafo único, do novo diploma no procedimento que continuará regido por lei especial (Lei 5.478/68).

Indagação que me ocorre a respeito dessa concessão liminar é se, embora a noção de tutela de evidência exclua o requisito da urgência, consoante está expresso no *caput* do artigo 312, a sua concessão liminar não deveria exigir a sua caracterização. Na comparação feita por FUX com o mandado de segurança e com os títulos executivos, há diferenças substanciais com a nova tutela de evidência disciplinada no Código de 2014/2015. No mandado de segurança a liminar impõe o requisito da urgência, de acordo com o inciso III do artigo 7º da Lei 12.016/2009²⁴. O título executivo resultou de decisão judicial ou de fonte extrajudicial formal que gerou a presunção de certeza de existência do crédito. Por outro lado, na liminar possessória e nos alimentos provisórios, a urgência é evidente, seja pela lesão ou ameaça à posse do bem pelo requerente, seja pela necessidade de sobrevivência do alimentando.

Na ação monitória, em que também se prevê tutela liminar da evidência (art. 9º, parágrafo único, inciso III), a oposição de embargos no prazo de quinze dias

²⁴ “Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida...”.

para cumprimento suspende automaticamente a efetivação da medida até o julgamento em primeiro grau (art. 717, § 4º).

Aqui na tutela da evidência a prova documental robusta não é aquela que formalmente gere a presunção de certeza de existência do crédito, pois se o fosse, ensejaria desde logo a execução como título executivo. Ora, o acolhimento liminar, ainda que provisório, do pedido do autor sem o requisito da urgência violaria a garantia do contraditório, o que, a meu ver, impõe uma interpretação do *caput* e do parágrafo único do artigo 312 em conformidade com o artigo 5º, inciso LV, da Constituição, no sentido de que, nas hipóteses dos incisos II e III, a liminar autorizada depende concorrentemente da evidência do direito e da caracterização do perigo de lesão grave ou de difícil reparação.

Cabe ressaltar a semelhança entre a tutela da evidência com o julgamento antecipado do mérito, regulado nos artigos 362 e 363 do Código de 2014/2015. Neste, que ocorre nas hipóteses de desnecessidade de provas, de revelia ou de pedidos incontroversos, a sentença, ainda que parcial, é definitiva, ou seja, esgota a jurisdição cognitiva de primeiro grau, não podendo ser revogada ou modificada. Ocorrerão, entretanto, situações de superposição entre as hipóteses de julgamento antecipado do mérito e de tutela antecipada de evidência. Se não houver possibilidade de prática de qualquer ato subsequente que possa vir a infirmar o acolhimento do pedido do autor, deverá o juiz fazer uso do julgamento antecipado do pedido. Se, em respeito ao direito de defesa do réu ou a alguma outra circunstância, for necessário ou útil facultar a prática de atos subsequentes, deverá o juiz inclinar-se pela tutela de evidência.

9. *Execução da tutela provisória.* O parágrafo único do artigo 298 do Código de 2014/2015 estabelece que “a efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber”. Apesar da ressalva final, o dispositivo reverte entendimento ainda que inconscientemente assente de que o cumprimento da tutela de urgência não pode submeter ao proceduralismo da execução usual de um título executivo, porque a observância dessa ritualidade e dos respectivos prazos pode tornar ineficaz a medida concedida. Assim, por exemplo, nos

alimentos provisórios, as regras de cumprimento exigem intimação do devedor para em três dias pagar, justificar que o fez ou comprovar a impossibilidade de fazê-lo (art. 542). E na entrega de coisa, o artigo 552 manda esperar o prazo fixado pelo juiz na decisão. Na tutela de urgência, cautelar ou antecipada, e mesmo na tutela de evidência, quando houver urgência, a efetivação da medida far-se-á pelo modo mais eficaz possível, independentemente das regras de execução ou de cumprimento provisório de sentença. Se for possível compatibilizar a urgência com o respeito às regras sobre o cumprimento provisório de sentença, serão estas respeitadas. Caso elas se mostrem inadequadas, pelo risco de tornar ineficaz a tutela concedida, deverá o juiz adotar as providências mais adequadas.

10. Competência. Nos artigos 300 e 305, § 4º, o Código de 2014/2015 estabeleceu a prorrogação da competência do juízo da ação principal para a tutela provisória e a do juízo da tutela antecipada de urgência antecedente estabilizada para a ação de revogação. E o parágrafo único do artigo 300, ressalvando alguma disposição em sentido diverso, atribui ao órgão do tribunal superior competente para apreciar o mérito a competência para a tutela provisória nas ações de competência originária dos tribunais, nos recursos e na remessa necessária. A ressalva se refere a meu ver às suspensões de liminar e de segurança, da competência dos presidentes de tribunais, mantidas pelo artigo 1.073 do Código.

Nos recursos e nas remessas necessárias, essa disposição se harmoniza com a do § 3º do artigo 1.025, que prevê que o pedido de efeito suspensivo da apelação seja dirigido, a partir da interposição do recurso, ao tribunal ou ao relator do recurso no tribunal de 2º grau. Nos recursos extraordinário e especial a regra é semelhante: o requerimento de efeito suspensivo igualmente será dirigido, a partir da interposição do recurso, ao tribunal superior ou ao relator nele designado, mas na hipótese de recurso sobrestado, ao presidente ou vice-presidente do tribunal que proferiu a decisão recorrida (art. 1.042, § 5º).

Remanescerá a dúvida quando houver necessidade, que ocorre com frequência, de propositura de tutela de urgência após a prolação da decisão, mas antes

da interposição da apelação, do recurso especial ou do recurso extraordinário. Inclino-me pela aplicação das mesmas regras, ou seja, de interposição perante o relator ou o tribunal *ad quem*, inclusive, no caso do especial e do extraordinário, porque caducas estarão com a vigência do novo Código as súmulas 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal, porque esses recursos não mais estarão sujeitos a juízo de admissibilidade no tribunal *a quo*.

11. Conclusão. Esta é uma primeira análise que faço dos institutos que o novo Código agasalha sob a égide da agora denominada tutela provisória, na qual procurei comentar as questões que me parecem mais relevantes, relegando para outra ocasião outras que o tema sugere e que certamente serão objeto de preocupação da doutrina. Embora a reflexão aqui encetada não seja provisória, certamente merecerá ser revista e aperfeiçoada com a produção doutrinária e os debates que o novo diploma ensejará. Se dúvidas subsistem, não são elas maiores do que as que afligem os juristas sempre que sobrevém uma reforma legislativa tão ampla, como a do Código de 2014/2015. Entretanto, a impressão inicial é a de que a matéria aqui analisada recebeu uma disciplina sistemática consistente e equilibrada, restando augurar que os objetivos qualitativos nela idealizados se concretizem na sua aplicação.

Para que esses elevados ideais se realizem, impende que os juízes, no desempenho das suas funções, busquem oferecer uma prestação jurisdicional de qualidade melhor e, conseqüentemente, mais justa, o que lhes exigirá particular esforço em exteriorizar com transparência as razões do seu convencimento (art. 299), diante dos relevantes interesses contrapostos que normalmente se apresentam nas situações em que a tutela provisória é pleiteada.

Resta-me por fim lamentar que o legislador de 2014/2015, para realizar esses objetivos maiores, tenha sido obrigado a curvar-se às imposições antidemocráticas da Fazenda Pública e conservado, no artigo 1.073, ao arripio do disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, as proibições de liminares constantes do artigo 4º da Lei 8.437/92 e do § 2º do artigo 7º da Lei 12.016/2009.

Boa sorte ao novo Código.

Rio de Janeiro, 14 de outubro de 2014.

Anexo

PARTE GERAL

LIVRO V

DA TUTELA PROVISÓRIA

TÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 295. A tutela provisória, de natureza cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Parágrafo único. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Art. 296. A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.

Art. 297. A tutela provisória 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 provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Art. 298. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

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

Art. 299. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz fundamentará o seu convencimento de modo claro e preciso.

Art. 300. 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, nos recursos e na remessa necessária, a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

TÍTULO II DA TUTELA DE URGÊNCIA

Art. 301. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que demonstrem 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; a caução pode ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

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

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

Art. 302. A tutela urgente de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem ou qualquer outra medida idônea e proporcional para assecuração do direito.

Art. 303. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

- I – a sentença lhe for desfavorável;
- II – obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 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 I .DO PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Art. 304. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá limitar-se ao da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional.

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

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 órgão jurisdicional fixar;

II – o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 335, por seus advogados ou pessoalmente; não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 336;

§ 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 indicará 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 cinco dias. Não sendo emendada neste prazo, a petição inicial será indeferida e o processo, extinto sem resolução de mérito.

Art. 305. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 304, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

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

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

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

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

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

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes no prazo do § 5º.

CAPÍTULO II. DO PROCEDIMENTO DA TUTELA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Art. 306. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide, seu fundamento e a exposição do direito que se visa assegurar, e o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional.

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

Art. 307. O réu será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

Art. 308. 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 cinco dias.

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

Art. 309. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de trinta dias. Neste caso, 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 da formulação do pedido principal.

§ 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 335, 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. 336.

Art. 310. Cessa a eficácia da tutela cautelar concedida em caráter antecedente, se:

- I – o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;
- II – não for efetivada dentro de 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. 311. 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.

TÍTULO III . DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

Art. 312. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

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

II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em enunciado da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

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

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

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