

CAPÍTULO 8

A Tutela da Urgência e a Tutela da Evidência no Código de Processo Civil de 2015

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.

Leonardo Greco¹

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 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 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. 294 a 311). 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 foram simplesmente previstos no artigo 301 (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. 381 a 383) e a exibição de documento ou coisa (arts. 396 a 404) no capítulo das provas, a homologação do penhor legal no título III sobre os procedimentos especiais do Livro I da Parte Especial (arts. 703 a 706), as notificações, interpelações e protestos no capítulo dos procedimentos de

1. Professor titular de Direito Processual Civil (aposentado) da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro; advogado.

jurisdição voluntária (arts. 726 a 729). A disciplina de procedimentos ou a menção a providências nitidamente cautelares também se encontram, entre outros, nos artigos seguintes: 495, § 1º, inciso II, e 828 sobre o arresto; 740, § 1º, sobre o arrolamento; 536, §§ 1º e 2º, 538, 625 e 806, § 2º, sobre a busca e apreensão; 83, 300, § 1º, 337, inciso XII, 520, inciso IV, 521, 525 §§ 6º e 10, 559, 641, § 2º, 678, parágrafo único, 704, inciso IV, 708, § 3º, 840, inciso III, 895, § 1º, 896, § 1º, 897, 903, § 1º, inciso III, 917, § 6º, e 919, § 1º, sobre a caução; 77, inciso VI, e § 7º, sobre o atentado; 707 a 711 sobre a regulação de avaria grossa; e os artigos 766 a 770 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 294 a 311, como regras gerais aplicáveis a todas as hipóteses de tutela provisória. Assim a instrumentalidade e a revogabilidade, claramente decorrentes dos artigos 293 e 295, 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 294 a 311, 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 *provisioriedade*, difundida por PIERO 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

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 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.

de acentuar⁴, há procedimentos com essa característica na jurisdição de conhecimento, na jurisdição de execução e na chamada jurisdição voluntária. O Código de 2015 definiu como provisória, a de natureza cautelar ou antecipada (art. 294), 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. 332), a expedição de mandado de pagamento na ação monitória (art. 701), a homologação da transação ou da arrematação (art. 966, § 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 *provisioriedade* 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 296 e 299, no título I sobre as 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 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 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,

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.

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, aponte, 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 despedido 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 490, 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 296, 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 303, § 2º, e 308, 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 2015, não adotou como eu gostaria⁶, a conservação da eficácia da medida antecedente, 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. 304), 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 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 2015, que determina que a tutela provisória será sempre antecedente ou incidente (art. 294), que a sua eficácia está sempre vinculada a um processo principal (art. 296) e que é a causa principal que define a sua competência (art. 299).

Cumpra 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.

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

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

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.

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. 296 do Código de 2015, reproduzindo disposição análoga do 807 do Código de 1973, 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 respeito da revogabilidade, algumas questões já suscitadas na vigência do Código de 1973 e que sobreviverão na vigência do Código de 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.

Cumpra observar sobre essa questão que o artigo 301 do Código de 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

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

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 2015 criou no artigo 304 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. 304. 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 303, § 1º, inciso 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. 303, § 2º), 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 309, inciso III, independentemente de ação revocatória específica, exigida no artigo 304.

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 304 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 304, não pode o juiz de ofício revogar a qualquer tempo a tutela provisória, não se aplicando a regra geral do artigo 296, 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 julgada¹¹.

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. 505, inciso 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 296 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.

11. Para a avaliação da extensão dessa coisa julgada e a definição dos meios para impugná-la, v. o meu estudo “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, p. 275-301.

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 309 do Código de 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 297 do Código de 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. 805), 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 2015, mais claro e categórico do que o de 1973, 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 297 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 1973, 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 297, e repetida no parágrafo único do artigo 305 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. 297 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 profundidade¹², 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 perfeição¹³.

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

13. Ob. cit., p. 148.

O mesmo autor, em sua clássica monografia, classifica a cognição¹⁴, 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 julgada¹⁵. Numa posição mais radical, que me parece bastante consistente, PROTO PISANI exige, na cognição exauriente, o efetivo exercício do direito de defesa pelo réu¹⁶. Independentemente dessas divergências doutrinárias, é pacífico na doutrina que na cognição sumária se forme um mero juízo de probabilidade ou de verossimilhança, ou um juízo sobre a aparência do direito¹⁷, 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. 296, 297 e 299) e fungibilidade (art. 297), 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.

14. Ob. cit., pp. 118 e ss.

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

16. 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.

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

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 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 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 301, estabelecendo que "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", 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. 309, inciso I).

Já o caráter de julgamento provisório do pedido principal, na tutela antecipada, resulta necessariamente do artigo 303 que identifica o pedido de antecipação com o pedido principal, embora permita que este venha a complementar

o primeiro, e do artigo 304, 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 1973, 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 anteriormente¹⁸, e tampouco qualquer indicação quanto ao grau de convencimento para a concessão da tutela de urgência. O artigo 300 exige apenas para a sua concessão que haja “elementos que evidenciem 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 2015 a ele se refere nos artigos 300, 303 e 305 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 1973.

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.

CALAMANDREI¹⁹ 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.

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

19. Ob. cit., p. 202.

A possibilidade de caução como contra-cautela está contemplada no § 1º do artigo 300, 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 302 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 rebelei contra o entendimento da doutrina dominante²⁰ na vigência do Código de 1973 de que essa responsabilidade fosse objetiva. No silêncio da lei, entendo que a norma deva 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

20. 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.

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 auferirá 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 urgência²¹.

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 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 302.

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 296, que faculta ao juiz “determinar as medidas que considerar adequadas

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

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. 297, o pedido final, por ela antecipado, sempre terá suporte no ordenamento jurídico.

Quanto à tutela provisória cautelar, apesar da amplitude do enunciado do artigo 297, 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. 969).

7. PROCEDIMENTO NA TUTELA DE URGÊNCIA.

Diferentemente do que ocorreu no Código de 1973 em relação ao processo cautelar, o Código de 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. 303 e 304). No capítulo seguinte agrupou disposições sobre a tutela cautelar antecedente (arts. 305 a 310). Não tratou especificamente do procedimento dessas tutelas quando requeridas incidentalmente.

Numa interpretação sistemática, ousar 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. 303, § 1º, inciso 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. 303, § 1º, inciso I), porque o pedido principal já se encontra formulado, salvo se em decorrência do tempo decorrido a partir do ajuizamento da ação, tiver sobrevivendo 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 304, 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. 303). 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 305, 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 306.

No artigo 309, 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 310, 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.”²²

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, reclamando uma atuação tão imediata quanto evidente o direito da parte, tal como ocorre com o mandado de segurança.”²³

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.”²⁴

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

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

24. 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.

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

A versão final do Código de 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 294 a 299, 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 apresenta *prima facie* indiscutível, nos casos previstos no artigo 311 do Código de 2015.

As hipóteses taxativas em que é admitida, nos termos do artigo 311, 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 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. 311, 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 562 do Código de 2015. E o regime dos alimentos provisórios é mantido no artigo 693, 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 311, 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 2015. No mandado de segurança a liminar impõe o requisito da urgência, de acordo com o inciso III do artigo 7º da Lei 12.016/2009²⁵. 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 para cumprimento suspende automaticamente a efetivação da medida até o julgamento em primeiro grau (art. 702, § 4º).

25. "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...".

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 310 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 355 e 356 do Código de 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 297 do Código de 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. 528). E na entrega de coisa, o artigo 537 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 299 e 304, § 4º, o Código de 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 299, ressaltando 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 1.059 do Código.

Nos recursos e nas remessas necessárias, essa disposição se harmoniza com a do § 3º do artigo 1.012, 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. 1.029, § 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 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. 298), 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 2015, para realizar esses objetivos maiores, tenha sido obrigado a curvar-se às imposições antidemocráticas da Fazenda Pública e conservado, no artigo 1.059, 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.

Rio de Janeiro, 8 de junho de 2015

CAPÍTULO 9

Dever-Geral de Cautela no CPC/15

Rennan Faria Krüger Thamay¹

Vinícius Ferreira de Andrade²

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. EVOLUÇÃO SOBRE AS TUTELAS CAUTELARES: DO CPC/39 AO CPC/73; 3. TERMINOLOGIA ESTRUTURANTE EMPREGADA NO CPC/15; 4. DIFERENÇAS HISTÓRICAS E CULTURAIS DAS TUTELAS CAUTELARES; 4.1. CONTINUAÇÃO: DIFERENÇAS ONTOLÓGICAS, PROCEDIMENTAIS ENTRE TUTELAS CAUTELARES E SATISFATIVAS; 5. CAUTELARES NOMINADAS E INOMINADAS; 6. DEVER GERAL DE CAUTELA E SEUS LIMITES; 7. CONCLUSÕES; 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O tema que nos propusemos escrever tem a intenção de preencher algumas lacunas sobre o chamado *poder geral de cautela*, além de dissecar brevemente assuntos ligados à tutela cautelar que envolvam o CPC/15. É fato inconteste que a compreensão e o estudo sobre a tutela cautelar, ou dos *provimentos de urgência*, já foram objeto de diversas monografias, obras e até mesmo parte integrantes de manuais e cursos. Salvo raríssimas exceções, no entanto, são escassas as obras específicas sobre o poder geral de cautela, circunstância esta que reafirma a necessidade do desenvolvimento teórico mais aprofundado sobre o instituto, sobretudo na atualidade com a edição do CPC/15.

A visão dicotômica, verificada no CPC/73 entre cautelares nominadas e inominadas, diferentemente de outros ordenamentos, gerou (como ainda gera) infundáveis discussões sobre a pertinência da fungibilidade entre as medidas e quais seriam os parâmetros, além, obviamente, daqueles previstos nos art. 797 e 798 do CPC/73, para que a providência pudesse ser efetivada e pudesse cumprir seu papel no processo. Todas essas questões – que remanescem até hoje na doutrina e jurisprudência –, ganham novas colorações a partir das discussões iniciadas no processo legislativo sobre o CPC/15 e sobre a feição do processo observado

1. Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC/RS e Università degli Studi di Pavia. Mestre em Direito pela UNISINOS e pela PUC Minas. Especialista em Direito pela UFRGS. É Professor do programa de graduação e pós-graduação (Doutorado, Mestrado e Especialização) da FADISP. Foi Professor assistente (visitante) do programa de graduação da USP, Professor do programa de graduação e pós-graduação (lato sensu) da PUC/RS. Membro do IAPL (International Association of Procedural Law), do IIDP (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal), do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo), da ABDPC (Academia Brasileira de Direito Processual Civil). Advogado, consultor jurídico e parecerista.
2. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor Assistente na FADISP. Advogado.