

Ao querido amigo Rodolfo,
com lembrança de tantas salas juntas.
Amizades 7/20/15

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Questões controvertidas

Ao amigo
AMIGOS RODOLFO,
COM A ESPERANÇA
E AS MOMENTÂNEAS
DE FÉRIA SICA
7/20/15

Ao estimado ami-
go Rodolfo com
estime e admira-
ção. Jo
Fabio Tabosa

- Ada Pellegrini Grinover
- Antonio Carlos Marcato
- Benedito Cerezo Pereira Filho
- Camilo Zufelato
- Carlos Alberto Carmona
- Carlos Alberto de Salles
- Fabio Guidi Tabosa Pessoa
- Fernando da Fonseca Gajardoni
- Flávio Luiz Yarshell
- Giovanni Bonato
- Heitor Vitor Mendonça Sica
- José Carlos Baptista Puoli
- José Roberto dos Santos Bedaque
- José Rogério Cruz e Tucci
- Marcelo José Magalhães Bonizzi
- Paulo Eduardo Alves da Silva
- Paulo Henrique dos Santos Lucon
- Ricardo de Barros Leonel
- Rodolfo de Camargo Mancuso
- Susana Henriques da Costa

Ao admirado
Rodolfo, com
votos que sigamos
esta trajetória
de sucesso
prof. cívico em
D. Housner
7/20/15
Fabio Tabosa



O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U., Forense Universitária e Atlas, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.



TUTELA PROVISÓRIA: CONSIDERAÇÕES GERAIS

José Roberto dos Santos Bedaque¹

SUMÁRIO: 1 Critérios de classificação e terminologia adotada no CPC de 1973 e no CPC de 2015; 2 Tutela provisória e técnica processual; 3 Tutela provisória de urgência e da evidência; 4 Tutela provisória de urgência antecedente e incidente; 5 Revogação ou modificação da tutela provisória; 6 Efetivação prática da tutela provisória; 7 Tutela provisória e competência.

1 Critérios de classificação e terminologia adotada no CPC de 1973 e no CPC de 2015

A Comissão constituída pela Presidência do Senado Federal para elaboração de anteprojeto do Código de Processo Civil houve por bem sugerir a criação de um Título próprio para regular a modalidade de tutela jurisdicional representada por decisões em princípio provisórias, destinadas tão somente a assegurar a plena utilidade prática da tutela definitiva, esta sim, apta a solucionar o litígio.

Essa iniciativa, aprovada pelo Senado, visava a eliminar discussões acadêmicas sobre a natureza da antecipação provisória de efeitos da tutela jurisdicional, hoje

¹ Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Membro da Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015. Desembargador aposentado do TJSP. Advogado.

prevista no art. 273 do Código. Ao lado dessa providência, existe a possibilidade de o juiz conceder à parte, também em caráter provisório, a tutela cautelar, regulada pelos arts. 797 e seguintes do estatuto processual.

Ambas as espécies de tutela jurisdicional acima apontadas caracterizam-se, segundo o critério adotado pelo legislador brasileiro, por não ser a proteção final, concedida ao titular de determinada pretensão deduzida em juízo. Nas hipóteses em que autorizadas, essas espécies de tutela, sempre precedidas de cognição sumária, visam simplesmente a assegurar a efetividade prática da tutela definitiva, esta precedida, ao menos em princípio, em cognição exauriente e juízo de certeza.

Podemos então apontar os critérios levados em conta pelo legislador para classificar as tutelas por força das quais assegura-se a utilidade do resultado final do processo. Elas são informadas por cognição sumária, apta a revelar a verossimilhança, a plausibilidade do direito afirmado. Além disso, são provisórias, visto que sua existência e eficácia está condicionada a evento futuro e certo: a tutela final e definitiva.

As tutelas sumárias e provisórias, todavia, comportam outra classificação. Podem, ou não, depender da demonstração de outro requisito: o perigo de dano. Em determinadas situações, a tutela sumária e provisória só é admissível se quem a requer consegue convencer o juiz da existência de determinado acontecimento, cuja ocorrência pode impedir ou comprometer a utilidade prática da tutela final. Nesses casos, a característica da urgência é fundamental.

Em outros, todavia, o legislador contenta-se simplesmente com o alto grau de verossimilhança do direito afirmado. Após descrever as hipóteses em que o fenômeno se verifica, autoriza a concessão da tutela sumária e provisória.

Em síntese, essa modalidade de tutela, informada sempre por cognição não exauriente, fundada, portanto, no juízo de verossimilhança, não de certeza, em princípio provisória, destinada a assegurar o resultado útil do processo, comporta duas espécies: as urgentes e as não urgentes. Estas caracterizam-se tão somente pelo grau de evidência do direito afirmado.

Possível, então, denominar as tutelas sumárias e provisórias com as seguintes expressões: *tutelas de urgência* e *tutelas da evidência*.

Além disso, é preciso compreender que as tutelas sumárias também comportam outra classificação. Se considerados seu conteúdo e suas consequências, verificamos que elas podem implicar simples conservação de bens, pessoas ou provas, bem como a antecipação de efeitos da tutela final. Em ambos os casos, visando sempre a assegurar a efetividade prática desta última.

Elas estão reguladas na legislação brasileira, porém de forma tecnicamente imprecisa. A antecipação de efeitos da tutela definitiva está prevista no art. 273, que mistura hipóteses em que há o requisito da urgência com outras nas quais é suficiente a verossimilhança. Nos arts. 796 e seguintes, encontram-se tutelas urgentes meramente conservativas, mas também algumas de conteúdo antecipatório e, pois, satisfativas.

Essa dicotomia não contribui para a compreensão da modalidade de tutela jurisdicional, cujas características mais importantes são o escopo e a provisoriedade.² Como já procurei destacar em outra oportunidade, ao lado das tutelas definitivas, destinadas a eliminar as crises verificadas no plano do direito material e aptas à imutabilidade, existem outras, cuja função no sistema é simplesmente assegurar a utilidade prática daquelas. Essa característica é comum às cautelares conservativas e às antecipatórias satisfativas. Nenhuma delas implica a “imediateza realização do direito”, como pretendem alguns,³ até porque efetivadas antes do reconhecimento de eventual direito. Mesmo a tutela antecipada proporciona tão somente a possibilidade de fruição de efeitos do possível direito, cujo reconhecimento depende da cognição exauriente a ser realizada durante o devido processo legal. Em síntese, antecipar a fruição do eventual direito não significa antecipar o reconhecimento do direito, mas permitir que, se admitida sua existência no momento oportuno, a tutela jurisdicional tenha utilidade ao titular. É exatamente o que a cautelar conservativa assegura, mas mediante outras medidas, destinadas apenas a preservar a efetividade do resultado, sem permitir a imediata fruição de seus efeitos, porque desnecessária essa antecipação para o escopo pretendido.

A solução do litígio, mediante a atuação das regras extraídas do plano do direito material, depende do regular desenvolvimento do devido processo legal. Isso demanda tempo, tendo em vista necessidade das garantias constitucionais do processo e da formação do juízo de certeza pelo julgador.

Nesse interim, fatores podem comprometer a efetividade prática da respectiva tutela jurisdicional. Também circunstâncias verificadas no próprio processo muitas vezes tornam aconselhável a antecipação de determinados efeitos da tutela final.

Nesses casos, e desde que verossímeis os fundamentos fáticos e jurídicos da pretensão, pode o juiz adotar providências capazes de assegurar a utilidade prática da tutela final. Consistem essas providências na conservação de bens, pessoas ou mesmo provas, bem como na antecipação de efeitos da tutela final. A adoção de uma ou outra dependerá das circunstâncias do caso concreto. Deve ser concedida aquela que mais se adequar ao objetivo pretendido, qual seja, assegurar a efetividade da tutela definitiva.

Três aspectos importantes foram levados em consideração pela Comissão de especialistas constituída pelo Senado Federal: reunir todas as espécies de tutelas

² A característica da provisoriedade significa a inaptidão dessa modalidade de tutela para alcançar a estabilidade inerente às tutelas definitivas. Transitada em julgado a decisão de mérito, a regulação da situação de direito material torna-se inalterável. Evidentemente, eventual modificação de elementos constitutivos do direito tutelado pode justificar a necessidade de nova tutela. O exemplo clássico é a mudança das circunstâncias em função das quais fixou-se o valor de pensão alimentícia. Nesse caso, a existência de nova situação jurídica autoriza outra intervenção judicial. Não é o que ocorre com a tutela cautelar, cuja instabilidade permite seja alterada a qualquer tempo, por força do mero surgimento de novas provas, sem que tenha havido qualquer alteração fática. Daí por que não parece correr a conclusão de Mitidiero. A tutela cautelar não é definitiva, inclusive em relação à eficácia (cfr. MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 41, esp. nota 137).

³ Cfr. MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. Op. cit., p. 38, em apoio à conhecida lição de Ovídio Baptista da Silva.

provisórias sob o mesmo título, classificar as respectivas espécies segundo critério homogêneo e não ignorar a terminologia já consagrada na doutrina. Pretendeu-se, com isso, eliminar as discussões teóricas a respeito do tema, cuja compreensão vem sendo dificultada por construções muito caras aos nefelibatas.

Assim, com fundamento em respeitadíssima corrente doutrinária, regulou-se a tutela de urgência, cuja concessão pressupõe, além da plausibilidade do direito, o risco de que algum acontecimento, concretamente descrito pelo interessado, possa comprometer a eficácia prática da tutela final. Essa espécie de tutela provisória pode implicar a mera conservação de bens, como a antecipação de efeitos da tutela final. Tudo vai depender das exigências da situação apresentada. A partir dela, define-se a medida apta a preservar a utilidade do resultado final.

O elemento comum nessas modalidades de tutela é a urgência, decorrente do risco de que algum acontecimento, concretamente identificado, possa comprometer a efetividade prática da tutela definitiva. Daí a denominação Tutela de Urgência.

Ao lado dessa modalidade de tutela provisória, o anteprojeto previu outra, cuja característica é a desnecessidade do perigo de dano. Em alguns casos, tipificados pelo legislador, poderá o juiz antecipar determinados efeitos da provável tutela definitiva, com fundamento apenas na verossimilhança do direito. A lei descreve minuciosamente em que circunstâncias isso ocorre.

Por não estar presente a característica da urgência, adotou-se a expressão Tutela da Evidência, que identifica o aspecto essencial a essa modalidade de tutela provisória, qual seja, o alto grau de plausibilidade do direito afirmado. Os elementos apresentados pelo autor justificam a proteção pretendida, pois permitem vislumbrar na pretensão do autor a clareza necessária ao respectivo acolhimento, não admissível naquele momento em razão da necessidade do contraditório. Esse juízo de certeza provisório pode revelar-se equivocado após a apresentação da defesa pelo réu. Exatamente por isso, ele não pode ainda ser definitivo. Mas como é enorme a possibilidade de que isso venha a ocorrer, o legislador possibilita a antecipação provisória dos efeitos da decisão final.

Essa opção terminológica foi mantida no projeto aprovado pelo Senado Federal.

2 Tutela provisória e técnica processual

Técnica processual: essa expressão deve ser compreendida como o conjunto de soluções adotadas pelo legislador processual para regular o método de trabalho denominado processo. Daí a necessidade, na construção do modelo adequado de instrumento, de se levar em consideração as especificidades do direito material submetido ao processo.⁴

⁴ Por isso, as soluções adotadas pelos arts. 461 e 461-A, do CPC, são consideradas técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos correspondentes às obrigações de fazer, não fazer e dar (cfr. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 28-29). O autor, com razão, insiste na necessidade de que as técnicas processuais devem identificar-se com as tutelas

A tutela cautelar, a meu ver, cumpre a função de assegurar a utilidade do processo mediante duas técnicas: conservativa e antecipatória. Ambas são informadas por cognição sumária,⁵ pela plausibilidade e pela urgência, o que implica, normalmente, a provisóriedade. Tratam-se de técnicas adotadas pelo legislador processual para regular a tutela cautelar. São técnicas empregadas para solucionar o problema da urgência, destinadas a evitar que a demora do processo comprometa a utilidade da tutela jurisdicional final.⁶

A doutrina brasileira, todavia, reserva a denominação “cautelar” para as tutelas sumárias meramente conservativas. Mas tanto elas quanto as medidas com conteúdo antecipatório são urgentes. Ao lado delas, temos as sumárias não urgentes, fundadas apenas na cognição não exauriente e na plausibilidade. Estas podem ser provisórias ou definitivas.

Assim, tanto urgência quanto evidência são aspectos considerados pelo legislador para construir técnicas processuais destinadas à adoção de determinadas medidas, cuja finalidade outra não é senão conferir maior efetividade à tutela final, na maioria das vezes sem solucionar a crise de direito material. Provisórias, portanto. Opto por denominá-la “cautelar”.⁷ Para não ser acusado de filiação a ideias ultrapassadas, como as de Calamandrei (???), invoco um dos maiores processualistas italianos da atualidade, para quem não só a técnica conservativa, mas também a antecipatória, serve aos fins da tutela cautelar, qual seja, assegurar *a priori* a definitiva *fruttuosità* da tutela final, em consonância com o significado da palavra “cautela” (prudência, proteção, garantia).⁸

Aliás, segundo os dicionaristas, cautela é definida como cuidado para evitar um mal (Aurélio). Esse cuidado, no processo, consiste na conservação ou na antecipação de efeitos da tutela final, com o que se evita o mal representado pela falta de efetividade desta última.

Mas não faço questão dessa expressão e jamais tentaria transformar em lei minha preferência terminológica. Temos o dever de impor limites à nossa vaidade. Nessa medida, prefiro deixar aos doutos a missão de atribuir nomes aos fenômenos jurídico-processuais. Embora respeite o entendimento contrário, todavia, não me parece adequado incluir a tutela sumária conservativa (a “legítima” cautelar para muitos) como espécie de tutela antecipada,⁹ pois ela visa a assegurar o resultado útil do pro-

dos direitos, “para adequação do processo ao direito material” (idem, p. 31). Nessa linha, o processo adota técnicas próprias à tutela específica de determinadas obrigações, visando a atender as especificidades do direito material. Cfr. ainda OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo, 2009, p. 147-152; e OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Direito material, processo e tutela jurisdicional*. In: *Polêmicas sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 291-293.

⁵ Que também constitui aspecto relacionado à técnica processual (cfr. MOREIRA, Barbosa. *Tutela de urgência e efetividade do direito*. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 8ª série, p. 92).

⁶ Idem, p. 91.

⁷ Justificativa mais aprofundada dessa opção metodológica encontra-se em: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, p. 123 e ss.

⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 158.

⁹ Essa proposta constava da redação dada ao projeto pela Câmara dos Deputados.

cesso, mediante a técnica da conservação, não da antecipação de efeitos, esta sim, a verdadeira e já consagrada pela doutrina “tutela antecipada”. Se fundadas no perigo de dano, ambas são “tutelas de urgência”. O alto grau de plausibilidade do direito, muitas vezes revelado pelo comportamento da própria parte contrária (abuso do direito de defesa) ou pela adoção de determinada tese, fundada em fatos comprovados documental-mente, por súmula vinculante ou julgamento de casos repetitivos, pode justificar a antecipação de efeitos da tutela final, independentemente da urgência. Surge então a figura da “tutela da evidência”.

A classificação adotada no anteprojeto, ao regular a técnica processual destinada a assegurar a efetividade da tutela final, levou em consideração, portanto, os requisitos necessários à adoção das providências a ela inerentes. Se presente o perigo de dano, temos a “tutela de urgência”.¹⁰ Verificadas as situações em que, ao ver do legislador, a verossimilhança do direito afirmado mostra-se elevada, concede-se à parte a “tutela da evidência”. Mediante tais técnicas, busca-se assegurar a efetividade do processo.

No exame do projeto substitutivo do novo CPC elaborado pela Câmara dos Deputados, a nova comissão nomeada pelo Senado houve por bem adotar nomenclatura pouco diversa daquela acolhida no anteprojeto. Trata-se de simples adequação terminológica, visto que não implica alteração do conteúdo e do significado das regras.

O Livro V passou a denominar-se “Da tutela provisória”, visto que trata deste gênero de tutela jurisdicional, cujas espécies são as tutelas urgentes e as não urgentes. Aquelas – tutelas de urgência – podem ser cautelares (conservativas) ou antecipadas (satisfativas),¹¹ e são reguladas no Título II do Livro V (o Título I trata das disposições gerais sobre s tutelas provisórias). Nesse Título II há dois capítulos. O primeiro versa sobre o procedimento da tutela antecipada requerida antes da propositura da demanda principal. O segundo contém regras sobre a tutela cautelar pleiteada também em caráter antecedente.

Já as tutelas não urgentes recebem a denominação de tutela da evidência. Todas têm em comum, ao menos em princípio, natureza provisória. E constituem técnicas destinadas a assegurar a efetividade da tutela jurisdicional. Encontram-se previstas no Título III do Livro V.

Essas providências, todas aprovadas pelo Senado Federal, têm por objetivo facilitar a compreensão do instituto e, principalmente, afastar interpretações formalistas, que acabam comprometendo sua finalidade.

¹⁰ Tal como ocorre, aliás, na legislação italiana (CPC, seção quinta, art. 700).

¹¹ Barbosa Moreira trata expressamente da técnica consistente na sumarização da cognição, visando a assegurar o resultado final mediante providências de natureza cautelar e/ou antecipatórias. Opta pela formulação alternativa em razão das incertezas classificatórias em relação a tais medidas (Cfr. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 8ª série, p. 92).

3 Tutela provisória de urgência e da evidência

À luz dos critérios acima expostos, o novo Código de Processo Civil adotou, portanto, o termo “tutela provisória” para identificar modalidade de tutela jurisdicional cujo escopo não é, ao menos em princípio, solucionar definitivamente a crise de direito material.

A definição da regra a ser aplicada ao caso concreto e a respectiva efetivação prática dessa decisão, com a conseqüente extinção do litígio e a obtenção da pretendida pacificação social, são alcançadas pelas tutelas cognitiva e executiva.

Ao final da fase cognitiva do processo, o juiz profere sentença (declaratória, constitutiva, condenatória e, para quem admite a denominada classificação quinária, mandamental e executiva *lato sensu*). Essas decisões põem termo à controvérsia e tendem a tornar-se definitivas, adquirindo a qualidade da coisa julgada. Quando necessário, o processo prossegue com a prática de atos executivos, destinados à efetivação prática da tutela cognitiva. Isso ocorre, normalmente, nas hipóteses de sentenças condenatórias. Nesses casos, finda a fase cognitiva com a sentença Código de Processo Civil de 2015, art. 203, § 1º, inicia-se, em seguida, a fase do cumprimento de sentença (Código de Processo Civil de 2015, arts. 513 e ss.). É possível, ainda, a realização de atos executivos independentemente da prévia atividade cognitiva do juiz. Tal se dá nos processos de execução fundados em título extrajudicial (Código de Processo Civil de 2015, arts. 771 e ss.).

Esse é, em linhas gerais, o sistema destinado à eliminação das crises verificadas no plano do direito material e submetidas à atividade jurisdicional do Estado.

Para alcançar esse resultado, todavia, necessário o desenvolvimento regular do processo, para que as partes possam expor suas pretensões ao juiz e ele, responsável por controlar a observância de todas as regras destinadas a regulamentar esse método de trabalho concebido pelo legislador, tenha condições de solucionar o litígio, formulando e efetivando praticamente a regra de direito material.

O processo é, portanto, o instrumento por meio do qual o juiz, no exercício de sua atividade, busca alcançar o escopo da função jurisdicional, qual seja, a atuação do direito e a pacificação social. Para tanto, princípios, normas e garantias, constitucionais e infraconstitucionais, devem ser respeitados. Em outras palavras, o método de trabalho concebido para a solução das controvérsias pela via jurisdicional corresponde ao fenômeno designado pela doutrina como devido processo constitucional e legal.

Nessa medida, admitida a premissa segundo a qual o processo deve desenvolver-se em conformidade com o modelo legal previsto pelo legislador, do qual fazem parte contraditório, ampla defesa, publicidade, fundamentação, juiz natural, duplo grau, legalidade procedimental etc., a entrega da tutela jurisdicional em caráter definitivo demanda tempo.

Daí a necessidade de o legislador regular a atividade do juiz destinada a evitar que a demora do processo possa causar prejuízo à parte, cuja pretensão esteja amparada em argumentos plausíveis, verossímeis. Visa com isso conferir maior dose de

efetividade prática à tutela final, possibilitando a quem faz jus a ela obter resultados na medida do possível semelhantes ao cumprimento espontâneo do direito.

O Código de Processo Civil de 1973, como já visto, trata desse tema de modo não sistemático, inclusive do ponto de vista procedimental. Regula a tutela antecipada no art. 273 e a tutela cautelar, a ser obtida em processo autônomo, no Livro III (arts. 796-889).

O Código de Processo Civil de 2015 procurou conferir melhor sistematização ao instituto. Em primeiro lugar, denominou-o “Tutela Provisória”, visando a possibilitar sua identificação no sistema das tutelas jurisdicionais. A expressão leva em consideração a principal característica dessa modalidade de tutela, comum em todas as suas espécies, e apta a distingui-la da Tutela Definitiva, cuja finalidade é eliminar a crise de direito material.

Pois bem. Em atenção à construção doutrinária já consagrada, previram-se duas espécies do gênero Tutela Provisória. A primeira, destinada a eliminar o perigo de dano grave e de difícil reparação, à qual denominou-se Tutela de Urgência. Para obtê-la, necessária a demonstração do motivo capaz de comprometer a efetividade da tutela final e definitiva (*periculum in mora*), além da verossimilhança do direito alegado (*fumus boni iuris*).

Identificou-se também no sistema processual outra modalidade de Tutela Provisória. Trata-se da agora chamada Tutela da Evidência, cujo fundamento é a existência de determinada situação que, ao ver do legislador, autoriza a imediata e provisória proteção do suposto direito afirmado na inicial. Nesse caso, não se verifica o risco de dano grave ou de difícil reparação, mas as circunstâncias justificam a inversão das consequências suportadas em regra pelo autor, em razão da demora do processo. A antecipação da tutela prevista no art. 273, inciso II, e a liminar possessória (art. 928), ambas no Código de Processo Civil de 1973, são exemplos típicos. Em nenhum desses casos cogita-se do *periculum in mora*. Basta a verossimilhança. Nada mais fez o legislador de 2015, portanto, do que reunir hipóteses legais reguladas de forma esparsa e regulá-las em um único dispositivo (Código de Processo Civil de 2015, art. 311). Essa modalidade de tutela provisória, ao contrário do que pode parecer aos menos avisados, requer a demonstração da plausibilidade do direito alegado. Interpretação diversa contraria a própria natureza dessa modalidade de tutela jurisdicional e a própria denominação a ela atribuída pelo legislador (Tutela da Evidência). Não é crível que se admita a proteção provisória de direito inverossímil.

A Tutela Provisória, que se opõe à final e definitiva, pode fundar-se, portanto, na urgência (perigo e plausibilidade) ou na evidência (plausibilidade).

4 Tutela provisória de urgência antecedente e incidente

O art. 294, parágrafo único, trata de uma das espécies de tutela provisória – a tutela de urgência. Classifica-a, quanto ao seu conteúdo, em cautelar e antecipada.

Também considera o momento em que a parte pode requerê-la, resultando daí a tutela de urgência – cautelar ou antecipada – antecedente e incidente.

A tutela de urgência, espécie do gênero tutela provisória, destina-se, como visto, a assegurar a eficácia prática da tutela definitiva. A observância do devido processo legal, com as garantias constitucionais a ele inerentes, impede seja a tutela jurisdicional definitiva prestada imediatamente. O tempo, normalmente mais longo do que o desejado por quem necessita do processo para a solução de determinada controvérsia, é fenômeno inexorável.

Nem sempre a demora natural do processo, necessária para que se cumpram a normas destinadas a conferir-lhe segurança (contraditório, ampla defesa, produção de provas, duplo grau, fundamentação das decisões, publicidade, juiz natural etc.), é compatível com a utilidade da tutela final esperada por quem dela precisa. Surge então a necessidade de o sistema processual prever mecanismos destinados a afastar o risco de dano grave e de difícil reparação, causado por especificidades do direito material discutido ou por outro aspecto estranho ao processo. Esses fatores, somados ao tempo, podem impedir que o titular de determinado direito, reconhecido no plano jurisdicional, possa usufruí-lo adequadamente.

A tutela provisória de urgência constitui o principal instrumento processual adotado pelo legislador, para proteger o direito verossímil, plausível, de fatos cuja verificação podem tornar inútil a tutela jurisdicional.

Duas são as espécies de tutela de urgência: cautelar e antecipada. A primeira caracteriza-se pela natureza meramente conservativa. Limita-se a proteger bens, pessoas ou provas, a fim de que, quando e se possível a concessão da tutela final e definitiva, momento em que a verossimilhança transforma-se em certeza, possa o titular do direito dele usufruir. São exemplos típicos o arresto, o sequestro e a produção antecipada de provas. Já a tutela antecipada busca esse mesmo objetivo mediante a técnica da antecipação provisória de efeitos da tutela final. Sua eficácia prática confunde-se, ainda que parcialmente, com a da tutela final (alimentos provisórios, separação de corpos, liberação de mercadorias apreendidas etc.).

Ambas podem ser requeridas antes do pedido de tutela definitiva ou no curso do respectivo processo. No primeiro caso, eventual tutela definitiva será pleiteada no próprio processo, mediante simples aditamento da inicial (Código de Processo Civil de 2015, art. 303, § 1º, inciso I). Trata-se, aliás, de uma das principais novidades do sistema processual, no âmbito das tutelas provisórias e definitivas. Elas dispensam processos autônomos.

5 Revogação ou modificação da tutela provisória

A provisoriedade dessa espécie de tutela implica a possibilidade de revogação, caso no curso do processo surjam novos elementos que revelem o não cabimento da medida.

Como a concessão da tutela provisória pressupõe cognição superficial, pode ocorrer que a dilação probatória inerente à tutela definitiva afaste a plausibilidade do direito. Também é possível que o perigo de ineficácia do provimento final deixe de existir. Tais circunstâncias, surgidas após a concessão da medida provisória, revelam o seu não cabimento e acarretam sua revogação.

Quanto à mera retratação, embora haja divergência na doutrina, não parece ocorrer o fenômeno da preclusão para o juiz. Primeiro porque a cognição realizada é sumaríssima, nada impedindo se convença o julgador da impropriedade da solução. Nesse caso, inexistente vedação legal a que ele altere sua posição, mesmo porque a providência determinada não visa a produzir efeitos definitivos no plano material. Se a finalidade da tutela provisória é apenas assegurar o maior grau possível de efetividade à tutela definitiva, pode o julgador verificar, no curso do processo, não haver necessidade da medida, porque inexistente esse risco.

Seria puro formalismo processual, além de indevida invasão da esfera jurídica de uma das partes, manter-se tutela provisória até o final do processo, se verificado o não cabimento da providência

A rigor, o problema existe apenas em relação à possibilidade de o juiz modificar seu entendimento a respeito, sem alteração do quadro fático e independentemente de recurso. Verificado qualquer desses fenômenos, dúvida não há sobre a admissibilidade da alteração. Mas, mesmo se eles não ocorrerem, conclui-se pela revogabilidade da medida, caso o juiz não a considere mais necessária, podendo fazê-lo até de ofício.

Assim, enquanto não concedida a tutela final, definitiva, parece-me possível a alteração da medida provisória, o que decorre de sua própria natureza. Imagine-se que, deferido o pedido no curso do processo, após cognição mais profunda, verifique o juiz não ser caso da medida. Não poderá revogá-la mais, mesmo que se convença da desnecessidade da segurança ou da probabilidade de que seu beneficiário não possua o direito que alega? Parece-me que a conclusão negativa não se coaduna com os objetivos dessa modalidade de tutela jurisdicional, eminentemente provisória e instrumental. Se não há mais o que assegurar, não há por que mantê-la.

Em síntese, consequência natural da provisoriedade é a possibilidade de sua revogação ou modificação no curso do processo. Não obstante as partes devam recorrer da respectiva decisão sobre essa espécie de tutela, sob pena de preclusão, a providência pode ser adotada pelo juiz, mesmo de ofício e sem necessidade de fatos novos. Basta que ele se convença do equívoco cometido. A inexistência de recurso impede a parte impugnar a decisão sem demonstrar a existência de fatos posteriores incompatíveis com ela. Com relação ao juiz, todavia, não há preclusão.

Se indeferido o pedido de tutela provisória, todavia, deve a parte impugnar a decisão, sob pena de preclusão. Outra decisão a respeito somente será admissível diante de fatos novos. Idêntica a solução se a medida for cassada pelo tribunal. Não poderá o juiz de primeiro grau reexaminar a questão, salvo se sobrevier alguma modificação fática.

Tais afirmações não são incompatíveis com a provisoriedade dessa modalidade de tutela. Sua concessão tem essa característica, o que significa possibilidade de

modificação a qualquer tempo. Decisão denegatória, todavia, está sujeita às regras sobre preclusão. Tem a parte o ônus de recorrer da decisão, não podendo simplesmente renovar o pedido, com os mesmos fundamentos de fato.

Eventual suspensão do processo não compromete a eficácia da tutela provisória, salvo se nova decisão revogá-la ou modificá-la (Código de 2015, art. 296, parágrafo único). Não verificada essa hipótese, os efeitos produzidos pela tutela provisória, em qualquer das suas espécies, não cessam durante eventual suspensão do curso do processo (Código de 2015, arts. 313/315).

6 Efetivação prática da tutela provisória

O legislador não estabeleceu exatamente a forma de realização prática da tutela provisória, mesmo porque as providências podem variar em função do tipo de medida adequada à situação concreta. Limitou-se às normas relativas ao cumprimento provisório da sentença.

Não obstante essa referência, a tutela provisória não se refere apenas a efeitos da tutela condenatória. Também as tutelas declaratória e constitutiva podem ter a eficácia prática assegurada ou antecipada, total ou parcialmente, o que revela impropriedade da remissão. O cumprimento provisório da sentença será adotado como modelo apenas para a efetivação prática de providências inerentes a essa modalidade de tutela definitiva.

A rigor, mesmo em relação à tutela condenatória, não se pode admitir que a atuação prática da tutela provisória seja efetivada nos moldes do cumprimento provisório da sentença, sob pena de comprometer sua utilidade prática. Se necessário, serão adotadas medidas diversas das previstas naquelas normas.

Caberá ao juiz, dependendo do conteúdo da tutela provisória, determinar qual as providências mais adequadas à sua efetivação.

Nada obsta, portanto, a adoção de outras técnicas, principalmente se verificada a insuficiência da execução por expropriação. A fixação de multa pecuniária pelo descumprimento do provimento antecipatório constitui providência possível, adequada e útil para conferir maior efetividade à antecipação.

A tutela provisória de urgência deve limitar-se à finalidade do instituto, qual seja, prevenir a ocorrência de dano. Devem ser utilizados mecanismos que produzam o resultado prático necessário para evitar a lesão. Emitirá o juiz mandados e ordens destinados a alcançar essa finalidade prática, consistente em antecipar os efeitos do provável provimento definitivo.

Em síntese, a eficácia prática da tutela provisória pode depender de medidas coercitivas, destinadas a alcançar o respectivo resultado. Tais providências variam em função da espécie de tutela provisória. Se o pedido disser respeito a tutela cautelar, normalmente as providências conservativas são mais simples (bloqueio, indisponibilidade, depoimento, perícia etc.). Tratando-se da antecipação de efeitos da tutela final (tutela antecipada), todavia, há necessidade da adoção de medidas aptas a proporcionar

a respectiva satisfação, que podem exigir a realização de atos mais complexos, especialmente nas hipóteses de obrigações de fazer. Aplica-se, nesses casos, o disposto no art. 536 do Código de 2015.

Para a efetivação prática da tutela provisória, procede-se não apenas em conformidade com as normas relativas ao cumprimento provisório da sentença, mas também ao definitivo, no que couber (Código de 2015, art. 519). Assim, por exemplo, aplica-se o disposto nos arts. 773, 805, 814 e outros, por força do disposto no art. 513.

Não obstante, certamente a incidência das normas pertinentes ao cumprimento provisório da sentença ocorrerá com mais frequência, tendo em vista existir certa semelhança entre a sentença impugnada por recurso não dotado de efeito suspensivo, e, portanto, susceptível de execução provisória, e a tutela provisória propriamente dita. A sentença, embora configure tutela definitiva, pois tem como efeito a solução da crise de direito material, só produz esse resultado com o trânsito em julgado. Se contra ela foi interposta apelação, sua eficácia imediata é provisória, pois pode ser cassada se provido o recurso. Por esse aspecto, portanto, aproxima-se da tutela provisória. A diferença reside no fato de que esta última não é concebida para eliminar a crise de direito material, embora esse resultado possa ocorrer eventualmente (Código de 2015, art. 304).

7 Tutela provisória e competência

A competência para o exame do pedido de tutela provisória depende do momento em que requerida. Como visto, ela pode ser antecedente ou incidente (Código de Processo Civil de 2015, art. 294, parágrafo único). Se pleiteada em caráter incidental, nenhuma dificuldade. Como o pedido deve ser formulado nos próprios autos, sem necessidade de processo autônomo, o procedimento é simples. Deve a parte dirigi-lo ao juízo em que tem curso aquele já instaurado. Nem havia necessidade desse esclarecimento pelo legislador.

Tratando-se de tutela provisória antecedente, ou seja, pleiteada antes de deduzida a pretensão à tutela definitiva, devem ser observadas as regras de competência previstas para esta (Constituição Federal, Lei Orgânica da Magistratura, Constituições Estaduais, Normas Estaduais de Organização Judiciária e Código de Processo Civil de 2015 e legislação extravagante).

Leva-se em conta, inicialmente, a organização judiciária do Brasil. O órgão de cúpula do Poder Judiciário é o Supremo Tribunal Federal, que algumas vezes tem competência originária estabelecida na Constituição Federal. Verificada uma dessas hipóteses, deve o pedido de tutela provisória antecedente ser dirigido diretamente a essa Corte.

Se tal não ocorrer, necessário verificar, também na Constituição Federal, qual a Justiça competente, dentre as cinco existentes: Federal e Estaduais (comum), Trabalhista, Eleitoral e Militar (especial). Saliente-se ser a competência da Justiça Comum

Estadual determinada por exclusão, ou seja, é residual: o que não for atribuído expressamente na Constituição para as demais Justičas.

Cumprida essa etapa, deve-se atentar para eventual competência originária dos Tribunais Superiores da Justiça Comum (Superior Tribunal de Justiça) e das Justičas Especiais (Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar), normalmente previstos também na Constituição Federal.

Também há hipóteses de competência originária de 2º grau em todas as Justičas (Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Estaduais Militares).

É excepcional a competência originária dos Tribunais. A regra consiste na competência de 1º grau para a propositura das demandas. Nesse caso, identificada a Justiça competente, deve ser encontrado o foro (área sobre a qual o respectivo órgão jurisdicional tem atribuição). Para tanto, observam-se as normas do Código de Processo Civil sobre competência territorial.

Muitas vezes, em um mesmo foro há vários juízos, podendo a distribuição da competência levar em conta áreas de especialização (família, fazenda pública, registros, cível em geral) ou a subdivisão do território.

Observado esse breve esquema, chega-se ao juízo competente para a demanda com pedido de tutela definitiva e, portanto, para examinar a pretensão à tutela provisória antecedente.

Em princípio, se houver necessidade de tutela provisória em demanda de competência originária do tribunal, o pedido deverá ser formulado perante o respectivo órgão jurisdicional. Incide a regra geral formulada no *caput*, observadas as especificidades decorrentes de a pretensão ser deduzida originariamente em 2º grau.

Se o processo já estiver em curso, o pedido de tutela tem natureza incidental e deve ser dirigido ao relator (Código de Processo Civil de 2015, art. 932, II). Se a pretensão à tutela provisória tiver caráter antecedente, será encaminhada ao Presidente e, distribuída, caberá ao relator determinar as providências previstas no regimento interno (Código de Processo Civil de 2015, art. 932, VIII), especialmente aquelas estabelecidas no art. 303.

O dispositivo incide também na hipótese em que a tutela antecipada for requerida na fase recursal. Nesse caso, todavia, necessárias algumas considerações.

Proferida a sentença, embora sua eficácia não seja imediata, visto que a apelação, em regra, é dotada de efeito suspensivo (Código de Processo Civil de 2015, art. 1012), pode surgir a necessidade de providência imediata, visando a evitar dano grave e de difícil reparação, mesmo porque há situações em que o recurso não tem o condão de impedir os efeitos da decisão (Código de Processo Civil de 2015, arts. 995 e 1.012, § 1º). Embora não haja mais juízo de admissibilidade na origem, alguns atos devem ser praticados antes da remessa dos autos ao órgão *ad quem* (Código de Processo Civil de 2015, arts. 1.010, §§ 1º a 3º, 1028, §§ 2º e 3º, 1.030, *caput* e parágrafo único). Nesse ínterim, eventual pedido de tutela provisória deve ser apresentado diretamente no tribunal e dirigido ao Presidente, mesmo antes da remessa dos autos. Realizada a

distribuição, o relator sorteado decidirá a respeito e, salvo disposição diversa do regimento interno, ficará prevento para o julgamento do recurso.

Nessa mesma linha de raciocínio, o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso ou de antecipação de tutela recursal, que não deixa de ser modalidade de tutela provisória pleiteada em grau de recurso, será examinado pelo relator, observado o mesmo procedimento descrito no parágrafo anterior (Código de Processo Civil de 2015, art. 995, parágrafo único; v. tb. arts. 932, inciso II; 989, inciso II e art. 1.029, § 5º).

Se o processo estiver suspenso, em razão de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 982, inciso I), o pedido de tutela provisória de urgência (antecipada ou cautelar) deve ser dirigido ao juízo onde tem curso o processo suspenso (art. 982, § 2º).

CONTRA O PROCESSO AUTORITÁRIO

José Rogério Cruz e Tucci¹

SUMÁRIO: 1 Premissas; 2 Essência do processo civil liberal; 3 Ampliação dos poderes do juiz norteada pelo princípio da legalidade; 4 Tendências autoritárias da jurisprudência; 5 Técnicas arbitrárias em busca da celeridade processual; 6 Crítica ao julgamento “piloto” do Tribunal Constitucional europeu; 7 O novo CPC: inaceitável transformação do processo individual em processo coletivo; 8 À guisa de conclusão; Referências.

“Judicium est in qualibet actione trinus actus trium personarum: judicis, actoris et rei” (Bulgarus, 1163 – ?)

1 Premissas

O presente artigo visa a reafirmar um dos fundamentos dogmáticos mais importantes do processo civil de índole liberal, consistente na ideia de que *nemo iudex sine actore*, vale dizer, de que o processo se origina por iniciativa exclusiva da parte.

Ademais, o profícuo debate teórico – ainda hoje atual – acerca da amplitude dos poderes do juiz deve sempre ser examinado, qualquer que seja a opção ideológica do intérprete, sob a égide da legalidade, ou seja, não é tão relevante a atribuição de maior

¹ Professor Titular e Diretor da Faculdade de Direito da USP. Coordenador do Conselho da Presidência do CNJ para a Disseminação Nacional da Jurisprudência Uniformizada. Advogado. Ex-Presidente da AASP.