

RICARDO TEIXEIRA DO NASCIMENTO

**PODER GERAL DO JUIZ PARA EFETIVAÇÃO DA TUTELA
PROVISÓRIA, À LUZ DO NOVO CPC/2015**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão
PUC-SP (COGEAE)

São Paulo

2015

PODER GERAL DO JUIZ PARA EFETIVAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA, À LUZ DO NOVO CPC/2015

Trabalho Monográfico (Monografia) apresentado à banca examinadora da COGEAE da PUC-SP, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Ms. Luis Otávio Sequeira de Cerqueira.

São Paulo/SP

Abril/2015

FOLHA DA BANCA EXAMINADORA

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia a todos que me acompanharam de perto durante esta trajetória, principalmente ao meu pai (in memoriam) e à minha mãe, que sempre confiaram em mim e me apoiaram em todas as minhas escolhas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela inspiração e por ter me possibilitado concluir a graduação em Direito e também este renomado Curso de Especialização, ambos por esta Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Agradeço também ao eminente Prof.º Luis Otávio Sequeira de Cerqueira, um verdadeiro mestre que me guiou durante toda a jornada percorrida nesta especialização, sempre demonstrando muita inteligência, profundidade nas discussões acadêmicas e paciência exemplar.

RESUMO

O cerne do presente estudo consiste na análise da amplitude e limites dos poderes conferidos ao juiz para dar efetividade prática às tutelas jurisdicionais provisórias (agilidade aliada à segurança jurídica), nelas compreendidas as tutelas de urgência (cautelar e antecipada), e também o aclamado novo instituto da tutela de evidência, segundo as novas disposições da Lei 11.105/2015 que instituiu o Código de Processo Civil (CPC/2015).

De um modo geral, por meio de pesquisa essencialmente bibliográfico-doutrinária, serão estudadas as chamadas tutelas provisórias, suas principais características e distinção de suas espécies, à luz do CPC/2015, com ênfase no poder geral de efetivação da tutela pelo magistrado, especialmente no que tange às medidas de urgência e às tutelas específicas das obrigações de fazer e não fazer.

Analisaremos a conceituação e classificação doutrinária das diversas espécies de tutela provisória, notadamente a nova tutela de evidência, bem como compilaremos importantes anotações sobre a supressão das cautelares inominadas, possibilidade de concessão da tutela de urgência de ofício, responsabilização das partes pelos prejuízos com a efetivação da tutela, dever de fundamentação, estabilização da tutela antecipada, dentre outras peculiaridades, com as respectivas críticas e divergências.

Palavras-chave: Tutela provisória. Tutela de urgência. Tutela cautelar. Tutela antecipada. Tutela de evidência. Poder geral de cautela. Efetividade. Novo código de processo civil. CPC/2015. Obrigação de fazer. Obrigação de não fazer.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	07
2. TUTELA PROVISÓRIA: ESTRUTURA DO NOVO CPC/2015.....	10
3. CLASSIFICAÇÃO E CARACTERÍSTICAS DA TUTELA PROVISÓRIA.....	11
4. DISTINÇÃO ENTRE TUTELAS DE URGÊNCIA, CAUTELAR, ANTECIPADA E DE EVIDÊNCIA.....	21
4.1. Diferença entre tutela cautelar e antecipada.....	22
4.2. Tutela de evidência.....	24
5. EXTINÇÃO DAS CAUTELARES NOMINADAS – EFETIVIDADE: REBATE À CRÍTICA SOBRE A SUPRESSÃO DOS REQUISITOS DO ARRESTO CAUTELAR.....	27
6. PODER GERAL DO JUIZ PARA EFETIVAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA (cautelar ou antecipada) E DE EVIDÊNCIA.....	32
6.1. Ampliação dos poderes e liberdade do magistrado para decidir conforme o caso.....	33
6.2. Limites.....	36
6.3. Multa cominatória (<i>astreintes</i>) como importante mecanismo de efetividade e possibilidade de sua execução imediata.....	41
7. POLÊMICA SOBRE A CONCESSÃO DE OFÍCIO DA TUTELA PROVISÓRIA.....	43
8. EFETIVAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA E A RESPONSABILIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS DA PARTE QUE SUCUMBIR.....	49
9. DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES PROVISÓRIAS.....	54
10. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NÃO RECORRIDA.....	56
11. COMPETÊNCIA.....	60
12. CONCLUSÃO.....	61
BIBLIOGRAFIA.....	64

1. INTRODUÇÃO

No histórico dia 16 de março de 2015, a presidente Dilma Rousseff sancionou a tão esperada **Lei nº 13.105/2015**, decretada pelo Congresso Nacional, para instituir o Novo Código de Processo Civil, doravante denominado apenas de “**CPC/2015**”, em substituição ao Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) e que entrará em vigor um ano após a publicação oficial, conforme seu artigo 1.045¹.

Com o advento do CPC/2015, o velho debate sobre a morosidade do Poder Judiciário novamente vem à tona, sendo de suma importância a investigação crítica sobre o poder geral de efetivação da tutela provisória do juiz, como uma forma de contribuir para a otimização da prestação jurisdicional, de forma ágil e segura.

Para tanto, interpretaremos de forma sistêmica os artigos 294 a 311 do CPC/2015 insculpidos no “**Livro V – Da Tutela Provisória**”, à luz dos louváveis ensinamentos doutrinários dos professores Humberto Theodoro Jr., Cássio Scarpinella Bueno, do ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, Luiz Guilherme Marinoni, Leonardo Greco, dentre juristas que serão citados neste estudo.

Não se nega que a celeridade processual depende de diversos outros fatores, por exemplo, a revisão do sistema recursal que, todavia, em que pese a importância, não será o escopo deste limitado estudo monográfico que se restringe aos poderes do magistrado em relação à tutela provisória.

Entendemos, no entanto, que a investigação da **eficiência prática das chamadas tutelas provisórias**, nelas compreendidas as tutelas de urgência (cautelar e antecipada), e também a nova figura da tutela de evidência, é o ponto nevrálgico para dar uma resposta à reclamação da sociedade, de modo a demonstrar que o juiz, mesmo diante da falta de estrutura

¹ CPC/2015: “**Art. 1.045.** Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial”. A publicação no Diário Oficial de União ocorreu no dia 17 de março de 2015 e, portanto, o novo código entrará em vigor no dia 17 de março de 2016.

geral e marcha intrincada do devido processo legal, dispõe de importantes poderes e mecanismos processuais suficientes para adiantar, com segurança, o provimento que o requerente espera e, assim, recuperar a credibilidade do Poder Judiciário, afastando antigo estigma quanto à demora na concretização da Justiça.

Nesse contexto, estudaremos as peculiaridades dos diversos tipos de tutela provisória, com enfoque na amplitude e limites dos poderes que o magistrado detém para efetivação de suas decisões (com agilidade, eficiência e segurança jurídica), não se olvidando da preocupação de “superdotar” o juiz de poderes que podem levar ao arbítrio e a erros judiciários de natureza irreversível, razão também da existência e aplicação dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e menor onerosidade ao executado/réu, como veremos.

Analisaremos, portanto, o alcance das expressões “*medidas adequadas*”; “*medidas necessárias*” e “*entre outras medidas*”, contidas no artigo 297² e no artigo 536, *caput* e §1^{o3}, ambos do novo Código de Processo Civil, em particular para desvendar quais os limites e possibilidades do poder executório atípico do juiz no âmbito das tutelas provisórias e também no da tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e dar.

Embora o novo ordenamento jurídico disponha sobre uma cláusula geral de atipicidade dos meios executivos das tutelas provisórias e específicas de obrigação de fazer e não fazer, naturalmente não a baliza e nem indica seus parâmetros interpretativos, deixando diversas dúvidas pendentes que, na prática, serão decididas pelo magistrado, casuisticamente.

Daí o especial relevo no aprofundamento do tema, notadamente porque doutrina e jurisprudência não chegam a um consenso quanto aos critérios objetivos de controle dos poderes executórios atípicos, dando margem à subjetividade, discricionariedade e quiçá

² CPC/2015: **Art. 297**. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”.

³ CPC/2015: “**Art. 536**. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1^o Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial”.

arbitrariedade. O poder geral de efetivação, quando mal utilizado, paradoxalmente leva à deturpação do sistema jurídico, dotando o juiz de poderes que podem gerar um efeito reverso.

Noutro giro, o CPC/2015 acaba com as diferenças conservadoras entre os dispositivos que concedem às medidas satisfativas e cautelares, criando dessa maneira alguns requisitos gerais numa nova categoria de “**medidas de urgência**”. Ressalte-se, ainda, que as medidas cautelares nominadas, previstas no CPC/1973, foram extintas⁴, e agora as medidas serão inominadas - vide expressão do artigo 301, CPC/2015: “**qualquer outra medida idônea para asseguaração do direito**”⁵ - e se tornaram tutelas de urgência, de natureza cautelar ou antecipada (satisfativa), de modo que apenas será necessária a existência de pressupostos genéricos para concessão de uma ou outra.

Quanto à tutela da evidência, o CPC/2015 inova ao dispensar a parte de comprovar o risco de dano, caso se esteja diante de uma das hipóteses previstas no artigo 311 do referido estatuto processual, bastando que seja um direito perceptível de plano, respaldado por jurisprudência pacífica, para ser concedido antes mesmo do contraditório, em alguns casos; ou logo após a contestação, caso verificado o intuito protelatório do réu, atendendo, pois, o clamor da sociedade pela Justiça mais célere, diante de um direito evidente.

Abordaremos, ainda, divergência doutrinária sobre a supressão de algumas cautelares nominadas. Para alguns doutrinadores (MARINONI, DITIERO, E SILVA), por exemplo, o CPC/2015 simplificou excessivamente o código e poderia ter mantido os requisitos específicos do arresto cautelar, para salvaguardar o réu de invasões injustas na sua esfera patrimonial. Em sentido contrário, a maciça jurisprudência pátria e doutrina dominante acenam para o acerto das novas disposições abrangentes dos artigos 300 e 301 do CPC/2015, generalizando os requisitos, para que o magistrado possa eleger a “medida adequada” para as circunstâncias especiais de cada lide.

⁴ Conforme justifica a exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil: “extingiram-se também as ações cautelares nominadas. Adotou-se a regra no sentido de que basta à parte a demonstração do *fumus bonis iuris* e do perigo de ineficácia da prestação jurisdicional para que a providência pleiteada deva ser deferida”.

⁵ CPC/2015: “**Art. 301.** A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguaração do direito”.

No mais, comentaremos importantes temas, tais como: a possibilidade de concessão de ofício da tutela provisória pelo magistrado (poder geral de efetivação x princípio da inércia jurisdicional); a responsabilização das partes pela efetivação das tutelas de urgência; dever de fundamentação das decisões provisórias; estabilização da tutela antecipada; competência, dentre outros assuntos que estão intimamente relacionados ao tema principal: poder geral de efetivação da tutela provisória.

Pretende-se, em suma, apresentar importante contribuição científico-acadêmica, expondo a melhor conceituação para cada espécie de tutela provisória, sem prejuízo da apresentação de reflexões críticas e soluções para o aprimoramento dos institutos, constatando, enfim, se haverá evolução ou “regressão” na matéria com a vigência do novo CPC/2015.

Sem mais delongas, passamos a esmiuçar os pormenores do assunto em debate, iniciando pela apresentação da nova estrutura do CPC/2015, especificamente no que tange ao Livro V da Tutela Provisória, bem como as suas espécies, conceituação legal e enquadramento doutrinário, consoante capítulos que seguem.

2. TUTELA PROVISÓRIA: ESTRUTURA DO NOVO CPC/2015

Como já anunciado acima, o livro V da parte geral do novo CPC/2015 é dedicado à normatização da chamada “TUTELA PROVISÓRIA”, subdividido em três capítulos, a saber: disposições gerais; a tutela da urgência e a tutela da evidência, nos artigos 294 a 311.

O título II, além de disposições gerais sobre a tutela da urgência, antecipada ou cautelar, se desdobra em dois capítulos sobre a tutela antecipada antecedente e sobre a tutela cautelar antecedente. Os procedimentos cautelares específicos previstos no Código de 1973 foram suprimidos e serão aplicadas as regras gerais constantes dos artigos 295 a 312, como regras gerais aplicáveis a todas as hipóteses de tutela provisória, demonstrando a simplificação do código neste aspecto, consoante maior “asseguração do direito” prevista no art. 301.

Para correta interpretação dos dispositivos precitados, é importante ter em mente que a nova Lei dos Ritos adota a denominação de abrangência mais ampla, qual seja, tutela

provisória, nela compreendida as tutelas de urgência, subdivididas entre cautelar e antecipada, e a nova figura que já vinha sendo anunciada pela doutrina, agora positivada, da chamada tutela da evidência. Nos dizeres do prof.º LEONARDO GRECO:

“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”.⁶

O novo CPC/2015, portanto, intitulou como tutela provisória, diversas espécies, tais como: a tutela de natureza cautelar ou antecipada (art. 294), seja ela de urgência ou de evidência, em virtude do estrito liame de tal denominação com o grau de cognição não exauriente da lide submetida ao Judiciário, como veremos, além da ideia de provisoriedade da prestação jurisdicional que ainda padece do devido processo legal, notadamente do respeito ao contrário, ampla defesa, dilação probatória etc.

3. CLASSIFICAÇÃO, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA TUTELA PROVISÓRIA

Para Teori Albino ZAVASCKI a tutela provisória tem por objetivo superar os percalços que por ventura são opostos à efetividade da prestação jurisdicional (critério da finalidade). Quanto ao limite temporal fixado pelo critério da necessidade, o autor entende:

“A tutela provisória, com efeito, se faz necessária quando, em face de uma determinada situação fática que obstaculize a efetividade da prestação jurisdicional, houver urgência em antecipar os efeitos executivos da sentença (tutela antecipatória) ou em prover garantias para a sua futura execução (tutela cautelar)”.⁷

Quanto à classificação da tutela provisória, apoiados no escólio do prof.º Leonardo Greco acima citado, elegemos três critérios, considerados mais úteis ao foco do trabalho e mais didáticos, a saber: o critério *da natureza*, o critério *funcional* e o critério *temporal*.

⁶ GRECO, Leonardo. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIV. Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. www.redp.com.br ISSN 1982-7636.

⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela** – 5º. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 36

O critério da **natureza** da providência pleiteada divide a tutela provisória em tutela de urgência (cautelar ou antecipada) e tutela de evidência, em que esta se parece distinguir-se das outras, pela acentuada probabilidade de existência do direito do requerente, associado à consolidada jurisprudência sobre o tema ou pelo elevado valor humano desse direito associado à postura meramente protelatório do réu, a merecer proteção provisória, independentemente de qualquer aferição de perigo de dano, isto é, mais importa o *fumus bonis iuris* do que o *periculum in mora*⁸.

Pelo critério **funcional**, classificamos as tutelas provisórias quanto à finalidade preponderante de preservação ou implementação de alguma situação fática ou jurídica, na esfera do direito processual, para garantir a eficácia da prestação jurisdicional na causa principal ou, diversamente, a imediata investidura do requerente no gozo, ainda que provisório, parcial ou total, do bem da vida almejado na causa principal, que subdivide a tutela provisória em cautelar ou antecipada (de urgência ou de evidência).

Quanto ao critério **temporal**, a tutela provisória se divide em antecedente e incidente, conforme seja requerida antes ou no curso da ação principal. A tutela provisória antecedente pode ser cautelar⁹ ou antecipada de urgência¹⁰. De igual modo ocorre com a incidente, pode ser cautelar ou antecipada. Por fim, a tutela provisória incidente antecipada poderá ser de urgência ou de evidência.

⁸ Expressões em latim comumente utilizadas no meio jurídico e que, respectivamente, significam: fumaça do bom direito e perigo na demora.

⁹ CPC//2015: “**Art. 305.** A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

¹⁰ CPC/2015: “**Art. 303.** Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo”.

Para melhor visualização da classificação acima, adotamos o quadro de Leonardo Greco¹¹, vejamos, com destaques nossos:

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.

Victor A. Bonfim Marins bem explica os elementos diferenciais entre tutela antecipada e tutela cautelar há muito tempo já delineada na doutrina:

¹¹ Ibidem 6.

“[...] a antecipação dos efeitos da tutela tem o escopo de implementar desde logo os efeitos práticos da sentença de procedência. Já, a tutela cautelar tem por função assegurar a idoneidade do processo, complexivamente considerado.

[...] Esta é, conceitualmente, não satisfativa. Aquela, orientada ou preordenada a satisfação do direito ou da pretensão, muito embora ainda não satisfativa, porquanto não se sabe se o direito alegado existe”¹².

Noutras palavras, Cândido Rangel Dinamarco define que:

“(...) são cautelares as medidas com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o processo de algum meio exterior que poderia ser útil ao correto exercício da jurisdição e conseqüente produção, no futuro, de resultados úteis e justos; e são antecipações de tutela aquelas que vão diretamente à vida das pessoas e, antes do julgamento final da causa, oferecem a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna ou algum benefício que a obtenção do bem poderá proporcionar-lhes”.¹³

Não obstante as distinções sacramentadas pela doutrina, sustentam-se, com muito acerto, a fungibilidade dos provimentos de urgência já positivada no antigo CPC/1973 (ainda vigente até 16/03/2016) no artigo 273, §7º¹⁴ e também observada no artigo 305, parágrafo único do CPC/2015¹⁵, ou seja, na hipótese da parte invocar um dos institutos no lugar de outro, possível ao magistrado a substituição diante das circunstâncias do caso concreto.

Inclusive, é o posicionamento pacífico dos Tribunais pátrios, a exemplo do julgado abaixo proferido pelo Egrégio Tribunal Paulista em que se aplicou a fungibilidade quando o autor pretendia, sob o título de tutela antecipada, o cancelamento de restrições de crédito em seu nome decorrentes de contrato de serviços educacionais, vejamos:

¹² MARINS, Victor A. Bonfim – **Tutela Cautelar – Teoria Geral e Poder Geral de Cautela**. 1ª edição, Editora Juruá, Curitiba, 1996; 2ª Ed. rev. Atualizada em 2000, p. 567/570.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 2007, p. 67.

¹⁴ CPC/1973: “**Art. 273: § 7º**: Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

¹⁵ CPC/2015: “**Art. 305. Parágrafo único**. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303” O referido artigo se refere às tutelas antecipadas.

“Tutela antecipada - Ação declaratória de inexigibilidade de cobrança, cumulada com obrigação de fazer e pedido de indenização por danos morais - Pretensão à exclusão de desabonos em cadastros de inadimplentes - Providência compatível com medida cautelar - Fungibilidade entre tutela antecipada e medida cautelar prevista no art. 273, § 7º, do CPC - Início de prova de que a autora contratou prestação de serviços educacionais com duas litisconsortes passivas e requereu trancamento do curso, no intuito de transferir-se para unidade de terceira litisconsorte - Débito com a segunda litisconsorte contestado e do qual resultou o desabono Controvérsia sobre a legitimidade da obrigação -Admissibilidade da exclusão - Recurso provido, com determinação¹⁶.

Obviamente, o sistema atual vigente e o que está por vir, mantém o privilégio ao direito querido pelo requerente em detrimento do formalismo e técnica processual. Nesse sentido, Humberto Theodoro Jr é categórico ao ensinar:

“Haverá, contudo, sempre situações de fronteira, que ensejarão dificuldades de ordem prática para joeirar com precisão uma e outra espécie de tutela. Não deve o juiz, na dúvida, adotar posição de intransigência. Ao contrário, deverá agir sempre com maior flexibilidade, dando maior atenção à função máxima do processo a qual se liga à meta da instrumentalidade e da maior e mais ampla efetividade da tutela jurisdicional. É preferível transigir com a pureza dos institutos do que sonegar a prestação justa a que o Estado se obrigou perante todos aqueles que dependem do Poder Judiciário para defender seus direitos e interesses envolvidos em litígio. Eis a orientação merecedora de aplausos, sempre que o juiz se deparar com algum desvio procedimental no conflito entre tutela cautelar e tutela antecipatória”.¹⁷

Como características principais das tutelas provisórias, podemos destacar a: **inércia, provisoriedade, instrumentalidade, revogabilidade, fungibilidade e cognição sumária.**

No que se refere à **inércia**, GRECO¹⁸ aduz que:

“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

¹⁶ BRASIL, TJ-SP - AI: 1834713920118260000 SP 0183471-39.2011.8.26.0000, Relator: Cerqueira Leite, Data de Julgamento: 14/09/2011, 12ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/09/2011.

¹⁷ THEODORO JR., Humberto. **Revista Jurídica** Síntese, nº 253, p. 42/3.

¹⁸ *Ibidem* 6.

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

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

O CPC/2015 mantém o princípio da inércia em seu artigo, segundo o qual: *“o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”*.

Na tutela provisória, o raciocínio não muda. Para que o juiz conceda tutela de urgência ou de evidência, é imprescindível requerimento das partes nesse sentido. O magistrado tem a liberdade para atuar de ofício quanto à efetivação da tutela provisória, uma vez que tenha sido pleiteada em juízo, mas isto não significa, em tese, que possa substituir a parte quanto à iniciativa de postular.

Registre-se, de passagem, que houve intenso debate quanto à possibilidade de concessão de tutela de urgência de ofício pelo magistrado, em situações excepcionais, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Contudo, o dispositivo proposto que admitia atuação do juiz *ex officio* não vingou, mantendo-se hígido o princípio da inércia jurisdicional, conforme comentaremos em capítulo próprio, ressalvados entendimentos pontuais da jurisprudência e doutrina.

Quanto à **provisoriedade**, o artigo 296 do CPC/2015 é elucidativo ao prever que: *“a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada”*.

Nas hipóteses de tutela de urgência, antecipada ou cautelar, essa provisoriedade é bem visualizada pelas regras dos artigos **303, §2º**¹⁹, e **308**²⁰, do CPC/2015, que exigem o aditamento da inicial, no prazo de 15 (quinze) dias para formulação do pedido principal, no caso de tutela antecipada, ou de propositura da ação principal em trinta dias, no caso de tutela cautelar, sob pena de caducidade da medida provisória concedida.

O CPC/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 executiva²¹.

Essa doutrina foi adotada pelo Código de 1973 vigente, que, em seu art. 796, caracterizou o processo cautelar como dependente de outro principal, e é agora, com menos formalidades, reproduzida no CPC/2015, que determina que a tutela provisória será sempre antecedente ou incidente (art. 294, parágrafo único)²², que a sua eficácia está sempre vinculada a um pedido principal (art. 296)²³ e que é a causa principal que define a sua competência (art. 299)²⁴. Ressalvas quanto aos procedimentos de notificações, justificações que se esgotam sem a dependência de um pleito principal.

¹⁹ CPC/2015: “**Art. 303, § 2º** Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito”.

²⁰ CPC/2015: “**Art. 308**. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais”.

²¹ CALAMANDREI, Piero. “**Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**”, in *Opere Giuridiche*, vol. IX, ed. Morano, Napoli, 1983, p. 175.

²² CPC/2015: “**Art. 294**. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. **Parágrafo único**. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”.

²³ CPC/2015: “**Art. 296**. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada”.
“**Parágrafo único**. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo”.

²⁴ CPC/2015: “**Art. 299**. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal”.

Outra característica importante da tutela provisória, é a **revogabilidade**. O *caput* do artigo 296 do CPC/2015²⁵, reproduzindo disposição análoga do 807 do CPC/1973²⁶, a prevê, sem limitações, uma vez ausentes os requisitos para sua manutenção.

Cabe esclarecer, entretanto, algumas questões já suscitadas na vigência do CPC/1973 e que também sobreviverão a partir do dia 17 de março de 2016, isto é, a partir da vigência do CPC/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. Cumpre observar sobre essa questão que o artigo 300, §3º do CPC/2015²⁷ reproduz regra do § 2º do artigo 273 do CPC/1973, que parece vedar, sem ressalvas, a concessão da tutela antecipada de urgência, quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Comentando o referido dispositivo, LEONARDO GRECO ensina que:²⁸:

“(…) se interpretada literalmente essa disposição representaria verdadeira afronta à garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva, inscrita no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição. Os fatos pretéritos nunca são reversíveis. E o gozo pretérito do direito também não pode ser revertido. No máximo, a revogação pode alterar a situação fático-jurídica para o futuro e determinar a responsabilidade por perdas e danos em relação aos efeitos já exauridos.

“A doutrina e a jurisprudência se encarregaram de dar à irreversibilidade o sentido de um juízo de ponderação entre o perigo de dano alegado pelo requerente e aquele a que ficaria sujeito o requerido caso concedida a medida de urgência. Assim, deverá seguir sendo interpretado o dispositivo do novo Código”.

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

²⁵ *Ibidem* 21.

²⁶ CPC/1973: “**Art. 807.** As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”.

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

²⁷ CPC/2015: “**Art. 303, § 3º** A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”.

²⁸ *Idem* 5.

Quanto à necessidade de requerimento do interessado para a sua revogação, cabe observar que o CPC/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, diga-se de passagem, sobre o regime a que ficariam sujeitas a tutela antecipada de urgência incidente, a tutela cautelar antecedente ou incidente e a tutela de evidência.

A **fungibilidade** é também forte característica da tutela provisória e, inclusive, é uma das preocupações principais do presente estudo. A ela se refere expressamente o artigo 297 do CPC/2015, que assim dispõe:

CPC/2015: “**Art. 297.** O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”.

A possibilidade do magistrado se valer da fungibilidade, independente da provocação das partes, seja no momento da concessão da tutela, seja em sua posterior substituição ou modificação, é considerada manobra adequada e que visa ao equilíbrio das pretensões controvertidas, assegurando a satisfação da tutela específica ao autor sem onerar o réu mais do que o necessário²⁹. Aliás, é mecanismo que, sem dúvidas, mitiga a morosidade atribuída ao Poder Judiciário pela sociedade de um modo geral.

A fungibilidade é mais acentuada na concessão da tutela cautelar, enquanto na tutela de urgência antecipada ou de evidência, o magistrado deverá observar o princípio da adstrição ao pedido. Nesse sentido, vejamos as lições de GRECO³⁰:

“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

²⁹ Ibidem 6.

³⁰ Ibidem 6.

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*”.

Ainda acerca da fungibilidade, o autor complementa o raciocínio:

“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 73, o juiz possa, aí sim, pela sua natureza substancialmente executória, fazer uso dos meios coativos ou sub-rogatórios que lhe pareçam mais adequados e eficazes”.

“A fungibilidade entre as tutelas de urgência, antecipada ou cautelar, também é autorizada pelo artigo 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”.

Com base em tais lições, concluímos, portanto, que a característica da fungibilidade, relativamente às tutelas antecipadas ou de evidência, está intimamente ligada à fase de efetivação das decisões provisórias acolhidas com base no exame estrito do pedido formulado pelo requerente; ao passo que, quanto às tutelas cautelares, há a possibilidade do magistrado averiguar, casuisticamente, qual melhor medida adotar para assegurar o direito da parte, inclusive podendo atuar de ofício, com base no seu poder geral de cautela, quando vislumbre perigo na demora e fumaça do bom direito.

Por fim, falemos da **cognição sumária** que também é característica marcante da tutela provisória. Valendo-nos dos ensinamentos do mestre Kazuo Watanabe, temos que *“sumária é a cognição que sofre limitações quanto à sua profundidade, para através de um juízo superficial e incompleto poder extrair rapidamente uma conclusão a respeito da necessidade da medida”*³¹.

Segundo WATANABE, na obra acima citada, nos procedimentos sumários, sejam ou não cautelares, o legislador prefere a celeridade à perfeição. Ele classifica a cognição, no

³¹ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012, p. 132.

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 limitações³².

Para o doutrinador italiano Antonio Carrata: *“se a limitação cognitiva do juiz resulta da inércia ou da concordância do requerido, a cognição pode ser considerada exauriente quanto à profundidade, apta a gerar a coisa julgada”*³³.

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 direito³⁴, em contraposição a um possível juízo de certeza que decorreria da cognição exauriente na jurisdição de conhecimento.

Aliás, a mera nomenclatura de tutela “provisória” já está associada a um grau de cognição não exauriente. A sua instrumentalidade, provisoriedade, revogabilidade e fungibilidade, acima comentadas, evidenciam a impossibilidade de formar coisa julgada e a limitação cognitiva que poderá ser superada, no mesmo ou em outro processo, pelo conhecimento mais amplo dos fatos, após regular contraditório, fase de dilação probatória, enfim, do devido processo legal de um modo geral.

4. DISTINÇÃO ENTRE TUTELAS CAUTELAR, ANTECIPADA E DE EVIDÊNCIA:

Consoante vimos na classificação da tutela provisória, as tutelas de urgência são divididas pelo novo CPC/2015 em cautelar e antecipada e, de outro lado, temos a tutela de evidência, todas dentro do “Livro V – Da Tutela Provisória”.

³² Ibidem 31, p.118 e ss.

³³ CARRATTA, Antonio. (a cura di), **La tutela sommaria in Europa – Studi**, Jovene Ed., Napoli, 2012, p. 22/23.

³⁴ Ibidem 21, p. 201.

Para melhor compreensão, tenhamos em mente que a principal diferença entre a tutela de evidência e as demais tutelas de urgência é justamente a falta de urgência, isto é, a falta de exigência do requisito do perigo na demora.

Segundo o presidente da Comissão que elaborou o projeto do Novo Código de Processo Civil que culminou na sanção da Lei 13.105/2015 (CPC/2015), Luiz Fux, a tutela de evidência nada mais é do que “*a tutela antecipada que dispensa o risco de dano para ser deferida, na medida em que se funda no direito irretorquível da parte que inicia a demanda*”.³⁵ A estudaremos mais a frente, para melhor didática.

4.1. Diferença entre tutela cautelar e antecipada

Começamos pela diferenciação técnica entre a tutela cautelar e tutela antecipada, aproveitando-nos do exemplo prático apresentado por Jacqueline Mielke Silva, de antemão, já observando que, em ambas as espécies, está presente a característica de urgência, veja-se:

“Se A ajuizar uma ação de reintegração de posse contra B de uma área de terras que tem sobre ela um bosque com diversas espécies nativas com um alto valor comercial. O magistrado defere a liminar possessória, que se caracteriza como tutela antecipada, pois a reintegração de posse é exatamente o que pretende o autor da ação final. Todavia, após a concessão da liminar de reintegração de posse, o réu observa que o autor está promovendo o desmatamento das espécies nativas e alienando toda a madeira, circunstância esta que reduzirá consideravelmente o valor da terra e conseqüentemente, o prejudicará em sendo julgada a ação improcedente. O réu deverá ajuizar uma ação (cautelar) para proteger as espécies nativas até o julgamento final da demanda de modo que elas ainda existam. Poderá, por exemplo, pleitear por uma ação cautelar que a terra fique na posse de um terceiro até o julgamento definitivo da demanda”³⁶

Há longo debate doutrinário sobre a diferença destas espécies de tutela, mas não poderíamos nos alongar sobre o assunto, sem prejudicar os objetivos deste estudo monográfico. O que podemos extrair é que o entendimento majoritário assentou uma diferença

³⁵ FUX, Luiz. *O Novo Processo Civil in O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 106.

³⁶ MIELKE, Jaqueline. *Tutela de Urgência: De Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva* – Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p, 34.

significativa entre as duas, pelo critério da satisfatividade. Leonardo Greco bem resume o pensamento predominante, vejamos:

“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”³⁷.

Enquanto a tutela antecipada adianta o bem da vida que o autor almeja, a tutela cautelar lhe assegura que, ao final da demanda, esta tutela jurisdicional seja útil, bastando, em ambas, segundo o artigo 300 do novo CPC/2015, a “***probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo***”, vejamos:

CPC/2015: “**Art. 300.** A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a **probabilidade do direito** e o **perigo de dano** ou o **risco ao resultado útil do processo**” (destaques nossos).

Quanto ao *periculum in mora*, o CPC/2015 a ele se refere nos artigos 303 e 305 como “perigo da demora da (ou na) prestação da tutela jurisdicional” e no artigo 300 como “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. De fato, 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 CPC/1973.

³⁷ Ibidem 6.

A prestação de caução como “contracautela” está prevista 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. E no §3º o CPC/2015 reproduz a regra de proibição de concessão de tutela de urgência quando houver risco de irreversibilidade.

4.2. Tutela de evidência

Em sentido diametralmente oposto às tutelas de urgência (cautelar e antecipada), a tutela de evidência dispensa o requisito do perigo de dano para seja concedida, bastando que o direito do autor seja inequívoco, insofismável, com forte probabilidade de certeza quanto ao seu reconhecimento, enfim, que seja, de fato, evidente.

Impossível falar de tutela de evidência sem nortear os estudos pelos ensinamentos do Ministro LUIZ FUX que, desde 1996, já nos presenteava com importantes obras sobre o instituto que, agora, foi positivado no novo Código de Processo Civil, em seu artigo 311, *in verbis*:

CPC/2015 - TÍTULO III - DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

“Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

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

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

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

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

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

Ao propor a adoção da tutela de evidência no CPC/2015, 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 *domandamus* 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.”³⁸

Em sua obra, critica o ilustre autor a utilização equivocada 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.”³⁹

Justificando a sua inserção no anteprojeto de 2010 que, posteriormente, fora corporificada no CPC/2015, 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”.⁴⁰

GRECO conceitua a tutela evidência “*como a tutela antecipada que acolhe no todo ou em parte o pedido principal do autor para tutelar provisoriamente, independentemente da*

³⁸ Luiz Fux, **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência** (fundamentos da tutela antecipada), ed. Saraiva, São Paulo, 1996, pp.305-306.

³⁹ _____. **Curso de Direito Processual Civil**, 1ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 1228.

⁴⁰ _____. “O Novo Processo Civil”, in Luiz Fux (coord.), **O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa**, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2011, p.18.

*urgência, provável direito cuja existência se apresente prima facie indiscutível, nos casos previstos no artigo 311 do Código de 2014/2015”.*⁴¹

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).

Há muito tempo atrás, a nosso ver, de forma brilhante, FUX já apontava para a necessidade da tutela de evidência como mecanismo importante para garantia de uma prestação jurisdicional adequada, célere e justa, conforme o trecho abaixo:

“Empreendendo função de tamanha relevância social, exprime-se como um postulado natural à exigência de uma prestação de justiça em prazo razoável que não sacrifique os interesses das partes. A justiça tardia não é justiça, é de negação de função soberana insubstituível e monopolizada, o que revela grave infração aos ditames constitucionais. O acesso à justiça significa não só a disposição de o Estado intervir como também a presteza e a segurança dessa intervenção. **Ora, se o particular, caso autorizado, faria justiça incontinenti, o seu substitutivo constitucionalizado deve fazer o mesmo.** Há casos em que a incerteza é evidente e há casos em que o direito é evidente. Para esses a tutela há de ser imediata como consectário do devido e “adequado processo legal”.

“É indevido o processo moroso diante da situação jurídica da evidência. Ademais, imaginar o “devido processo legal” com fases estanques é observá-lo com as vistas voltadas somente para os interesses do demandado, olvidando a posição do autor, que, em regra, motivado por flagrante necessidade de acesso à jurisdição reclama por justiça tão imediata quanto aquela que ele empreenderia não fosse à vedação a autotutela.”⁴²

⁴¹ *Ibidem* 6.

⁴² FUX. Luiz. FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. **Revista de Jurisprudência do STJ** (Brasília), v.2, p.23-43 ,2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/894>>. Acesso em: 21 de março de 2015.

Ainda nos debruçando sobre as lições de FUX, temos que:

“O direito evidente é aquele que se sustenta por si só dispensando a dilação probatória ou através de prova documental irrefutável do direito alegado pela parte, independente da necessidade de tempo para se produzir a prova ou constituí-la”.

“Evidência é um critério frente à probabilidade, nesse sentido as hipóteses descritas pelo autor permitem o deferimento de uma tutela com um grau de probabilidade tão elevado que beira à certeza”.⁴³

Apontando para a necessidade de tratamento diferenciado, DIDIER Jr. expressa que:

“A evidência é uma situação processual em que determinados direitos se apresentam em juízo com mais facilidade do que outros. Há direitos que têm um substrato fático cuja prova pode ser feita facilmente. Esses direitos, cuja prova é mais fácil, são chamados de direitos evidentes, e por serem evidentes merecem tratamento diferenciado”.⁴⁴

Explicadas as distinções das tutelas, com ênfase proposital na nova figura da tutela de evidência, balizados nas louváveis contribuições doutrinárias supramencionadas, podemos concluir que o CPC/2015 simplificou bastante as regras para a concessão da tutela provisória, sem qualquer prejuízo de sua essência. Ao contrário, fortaleceu ainda mais os institutos, positivando as ideias consolidadas na doutrina, trazendo a nova figura da tutela de evidência que, certamente, será aprimorada com a rotina forense.

Passemos a comentar sobre a extinção das cautelares nominadas, evidenciando as divergências doutrinárias correlatas.

5. EXTINÇÃO DAS CAUTELARES NOMINADAS – EFETIVIDADE: REBATE À CRÍTICA SOBRE A SUPRESSÃO DOS REQUISITOS DO ARRESTO CAUTELAR

Conforme comentário inserido na introdução desta monografia (vide nota de rodapé nº 4), o CPC/2015 suprimiu o capítulo das cautelares em espécie, simplificando o código para

⁴³ FUX, Luiz. **A tutela dos Direitos Evidentes**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/84205229/A-Tutela-Dos-Direitos-Evidentes-Luiz-Fux#scribd>. Acesso em: 21/03/2015.

⁴⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4ª edição, vol.2. Editora Podivm, 2010, p. 452, 456, 459, 460.

que, a partir de 17 de março de 2016, o Poder Judiciário se limite à apreciação da fumaça do bom direito e do perigo na demora, segundo as peculiaridades de cada caso concreto, para concessão ou não da tutela de urgência cautelar.

Com esse objetivo, ampliando o poder do magistrado para decidir conforme o caso, os novos artigos 300 e 301 do CPC/2015 preconizam que:

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

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

Antes da presidente Dilma Rousseff sancionar o CPC/2015, MARINONI e DITIERO já vinham criticando o projeto quanto à supressão total das cautelares nominadas, entendendo que algumas espécies deveriam ser mantidas, a exemplo do arresto cautelar que contém requisitos próprios para evitar constrições patrimoniais indevidas, vejamos:

“O projeto não conta com um livro destinado ao processo cautelar. Trata-se de opção acertada. Também não disciplina tutelas cautelares nominadas. Teria sido ideal, todavia, que o Projeto tivesse mantido certas tutelas cautelares em espécie – o arresto, o sequestro, as cauções, a busca e apreensão e o arrolamento de bens”⁴⁵

Na mesma linha de “elogio”, mas com ressalvas quanto à supressão dos requisitos para a concessão do arresto cautelar, Bruno Freire e Silva pontua:

“Diante da tendência do direito processual pátrio de expansão das medidas cautelares e de urgência, *a priori*, não se justificaria a manutenção de procedimentos cautelares típicos, diante do aumento dos poderes do juiz e, conseqüentemente, liberdade deste para decidir casuisticamente sobre a existência dos requisitos da tutela cautelar”

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O processo do CPC – crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 106.

“A opção legislativa, pois, dentro do contexto de simplificação proposto pela comissão, **parece-nos acertada, com ressalva quanto aos procedimentos de arresto e sequestro, que poderiam ser mantidos no Código, com os seus requisitos específicos**”.

“Não se pode olvidar, por exemplo, que o art. 814 do Código vigente exige como condição *sine qua non* para concessão do arresto a ‘*prova literal da dívida líquida e certa*’ e ‘*prova documental ou justificação de algum dos casos mencionados no artigo antecedente*’. O que também se aplica ao sequestro em razão do disposto no art. 823 do mesmo diploma legal, ‘*aplica-se ao sequestro, no que couber, o que este Código estatui acerca do arresto*’”.⁴⁶ (destaques nossos).

Não obstante as relevantes contribuições dos doutrinadores precitados, ousamos discordar das críticas quanto à sugestão de manutenção da cautelar nominada de arresto, eis que a jurisprudência já flexibilizou os requisitos dos artigos 814 do CPC/1973, especialmente, porque a experiência mostrou que a “prova literal da dívida líquida e certa” e “prova documental”, assim como os requisitos do artigo 813 do referido códex, variam muito conforme as nuances de cada processo, não podendo ser interpretados literal e rigorosamente, sob pena de se colocar em risco o próprio provimento útil almejado pelo postulante.

Neste sedimento, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já se posicionou entendendo que os requisitos do artigo 813 do CPC/1973 devem ser interpretados sob enfoque ampliativo, sistemático e lógico, porque o rol é meramente exemplificativo e não taxativo:

“Recurso Especial. Execução Fiscal. Arresto via Bacenjud. Possibilidade. (...)”

2. Consoante já decidiu a Quarta Turma, ao julgar o REsp 123.659/PR (Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RT, vol. 760, p. 209), “as hipóteses contempladas no art. 813 CPC não são exaustivas, mas exemplificativas, bastando, para a concessão do arresto, o risco de dano e o perigo da demora”. Também a Terceira Turma, por ocasião do julgamento do REsp 709.479/SP (Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 1º.2.2006, p. 548), deixou consignado que “as hipóteses enumeradas no art. 813 do CPC são meramente exemplificativas, de forma que é possível ao juiz deferir cautelar de arresto fora dos casos enumerados”. Posteriormente, a Terceira Turma reafirmou que “o art. 813 do CPC deve ser interpretado sob enfoque ampliativo, sistemático e lógico, de sorte a contemplar outras hipóteses que não somente as expressamente previstas no dispositivo legal” (REsp 909.478/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 27.8.2007, p. 249). 3. No caso concreto, consta do acórdão recorrido que não é permitido ao julgador, utilizando-se do poder geral de cautela, deferir a medida de arresto fora das

⁴⁶ E. SILVA, Bruno Freire. **Algumas considerações sobre a tutela de urgência no projeto do novo código de processo civil**. O Novo Código de Processo Civil/organização José Anchieta da Silva. Colégio Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil. São Paulo: Lex Editora, 2012, p. 130.

hipóteses expressas no art. 813 do Código de Processo Civil, cujo rol, aliás, o Tribunal de origem considerou taxativo. Ocorre que, em assim decidindo, a Turma Regional acabou por contrariar o dispositivo legal em questão, além do que divergiu da jurisprudência dominante desta Corte, como demonstram os precedentes supracitados. (...)”. (destaques nossos).⁴⁷

Nota-se que os artigos 300 e 301 do CPC/2015 estão em consonância com a jurisprudência consolidada do STJ e, outrossim, ampliam os poderes do magistrado para conceder a medida cautelar de arresto que assegure o resultado prático e útil do pedido principal, independe dos requisitos específicos e conforme as particularidades de cada litígio, extinguindo, pois, requisitos rígidos/fechados da anterior legislação que, por muitas vezes, dada a observância obrigatória das normas jurídicas em questão, implicaram no cometimento de injustiças aos jurisdicionados.

A jurisprudência do STJ, desde 1998, já mostrava que o arresto cautelar tem lugar, independente da observância estrita e fria dos requisitos dos artigos 813 e 814, ambos do CPC/1973, demonstrando que o CPC/2015 é muito bem-vindo para, de certa forma, incorporar tal entendimento. Pela relatoria do eminente ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, temos que:

(...) a medida cautelar de arresto tem a finalidade de assegurar o resultado prático e útil do processo principal, é de concluir-se que as hipóteses contempladas no art. 813, CPC, não são exaustivas, mas exemplificativas, bastando, para a concessão do arresto, o risco de dano e o perigo da demora.⁴⁸

O Egrégio Tribunal Paulista compartilha do mesmo entendimento, acentuando que o magistrado pode se valer, inclusive, do poder geral de cautela, em detrimento dos requisitos dos artigos 813 e 814, do CPC/1973, para efetivar uma medida de arresto cautelar, garantindo, assim, êxito em futura execução. Nesse sentido, confirmam-se julgados que confirmar a

⁴⁷ BRASIL. STJ – Segunda Turma/ REsp 1240270/RS/ Relator Ministro Mauro Campbell Marques/ Julgado em 07.04.2011/ Publicado no DJe em 15.04.2011.

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 123.659/PR/ Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira/ Julgado em 09.06.1998/ Publicado no DJ em 21.09.1998, p. 175.

assertiva⁴⁹ ⁵⁰ e os dizeres do desembargador Correia Lima da 20ª Câmara de Direito Privado sobre o perigo na demora:

(...) “Já o *periculum in mora* reside nos fatos que autorizam admitir o fundado temor do credor de que a garantia da futura execução venha a desaparecer, frustrando a eficácia e a utilidade do processo executivo ou do cumprimento do julgado (inc. II do art. 814 c.c. art. 813 do CPC)⁵¹.”

Data maxima venia, em resposta à crítica de MARINONI, DITIERO e E SILVA, afiliamo-nos aos ensinamentos doutrinários do professor Theotonio Negrão ao comentar sobre a Jurisprudência do STJ, demonstrando, assim, que os novos artigos 300 e 301 do CPC/2015 são suficientes para regular, de forma mais maleável e justa, todas as espécies de cautelares nominadas existentes na anterior legislação, inclusive o arresto:

“Considerando que a medida cautelar de arresto tenha finalidade de assegurar o resultado prático e útil do processo principal, é de concluir que as hipóteses contempladas no art. 813, CPC, não são exaustivas, mas exemplificativas, bastando, para a concessão do arresto, o risco de dano e o perigo da demora” (STJ RT 760/209 ementa transcrita na obra de THEOTONIO NEGRÃO, 38ª ed., em anotações ao art. 813 do CPC, verbete “1b”).

A jurisprudência atual do E. TJ/SP é clara quanto à prevalência das peculiaridades do caso sobre os requisitos legais específicos, de modo a assegurar o êxito de futura execução de quantia certa, procurando afastar o risco de o devedor dilapidar o seu patrimônio, tornando-se insolvente⁵².

Críticas à parte, fato é que o CPC/2015 entrará em vigor no dia 17 de março de 2016 com a supressão das cautelares nominadas, não havendo, a nosso ver, nenhum prejuízo com a extinção dos requisitos específicos do arresto e nem de outras cautelares nominadas. O

⁴⁹ BRASIL. TJ-SP - APL: 91562803120098260000 SP 9156280-31.2009.8.26.0000, Relator: Roberto Maia, Data de Julgamento: 27/08/2013, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/08/2013.

⁵⁰ BRASIL. TJSP, AI nº 990.10.078348-3, 10ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator Carlos Henrique Trevisan. Julgamento em 09/11/2010.

⁵¹ BRASIL. TJ/SP. Agravo de Instrumento nº 0243763- 53.2012.8.26.0000. 20ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator Correia Lima. Julgamento em: 20/05/2013.

⁵² BRASIL. TJSP-1ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 9183541-68.2009.8.26.0000-Olímpia, vu, Rel. Des. RUI CASCALDI, voto nº 18.209. J. 22.02.2011.

atendimento estrito aos requisitos específicos da Lei anterior, se mantido, engessaria o sistema, o que já vinha sendo flexibilizado pela jurisprudência, não havendo razões, portanto, para manutenção do conteúdo previsto nos artigos 813 e 814 do CPC/1973.

No mais, conforme veremos a seguir, o novo ordenamento não prevê poderes ilimitados e irrestritos ao magistrado, mas sim uma maior flexibilidade para ponderar frente a cada caso concreto, aplicando as medidas necessárias à efetivação do direito postulado, dentro dos preceitos constitucionais de eficiência, razoabilidade, celeridade e proporcionalidade.

6. PODER GERAL DO JUIZ PARA EFETIVAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA (cautelar ou antecipada) E DE EVIDÊNCIA

Chegamos, pois, ao objetivo precípuo deste estudo e, doravante, comentaremos sobre a amplitude e limitação dos poderes do juiz para efetivar a tutela provisória.

Lembre-se que para o jurisdicionado, de nada adianta “*ganhar, mas não levar*”. Quando o sujeito ingressa no Poder Judiciário, seu objeto maior é o de ver o seu direito efetivado na prática e não apenas no papel. Esse foi o norte do novo CPC/2015 e agora resta saber, se atenderá as expectativas.

Sobre a motivação da reforma, Luis Otávio Sequeira de Cerqueira assevera que:

“(…) foram a falta de efetividade na prestação jurisdicional e as críticas decorrentes do trato inadequado das questões práticas que motivaram o legislador a iniciar as sucessivas reformas que vêm ocorrendo no Código de Processo Civil, **com acentuada tônica na busca da celeridade e efetividade** (...)”⁵³ (destaques nossos).

Neste diapasão, questiona-se? Qual é o alcance das expressões “*medidas adequadas*”; “*medidas necessárias*” e “*entre outras medidas*”, contidas no artigo 297⁵⁴ e no

⁵³ CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de. “**Atos Atentatórios à Dignidade da Justiça**” - in “**Execução Civil: Estudos em Homenagem ao Prof.º Humberto Theodoro Junior**”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 49.

⁵⁴ CPC/2015: **Art. 297**. “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”.

artigo 536, *caput* e §1^{o55}, ambos do CPC/2015? Quais os limites e possibilidades do poder executório atípico do juiz no âmbito da tutela provisória e também no da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer e dar. É o que propomos para reflexão nas linhas abaixo.

6.1. Ampliação dos poderes e liberdade do magistrado para decidir conforme o caso

O novo CPC/2015 ao positivizar as expressões acima destacadas demonstra o seu espírito de efetividade processual, ampliando o campo de atuação do magistrado e, assim, provocando a sua proatividade para atender aos interesses dos jurisdicionado. Encerra-se, de uma vez por todas, a polêmica doutrinária acerca da taxatividade ou exemplaridade do rol das medidas de apoio, pois as circunstâncias, peculiaridades e diversas variáveis de cada caso concreto exigem a flexibilidade e discricionariedade na execução da tutela provisória.

Quanto à adequada interpretação do rol das chamadas “medidas de apoio”, TEIXEIRA confirma que o rol não pode ser considerado como taxativo, à luz da eficiência jurisdicional:

“O arrolamento de determinadas medidas pelo texto legal definitivamente não restringe o universo de medidas ajustáveis ao caso concreto. A complexidade dos fatos da vida torna inadequada uma previsão taxativa. Ademais, a expressão ‘tais como’ bem evidencia o caráter meramente exemplificativo da previsão legal. Em última análise, o direito fundamental à efetividade da prestação jurisdicional aponta claramente para essa exegese. **A busca pela tutela específica do direito impõe ao juiz o dever de aplicar qualquer outra medida que apresente melhor aptidão para a efetivação do direito material** reconhecido em sentença”.⁵⁶ (destaques nossos).

⁵⁵ CPC/2015: “**Art. 536.** No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as **medidas necessárias** à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, **entre outras medidas**, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial”.

⁵⁶ TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela Específica dos Direitos: obrigações de fazer, na fazer e entregar coisa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 202.

Vale lembrar, a título ilustrativo, que o Colendo Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a ausência de taxatividade do referido rol⁵⁷. Em caso emblemático que demandava a efetividade na prática, o excelso ministro Luiz Fux determinou o sequestro ou bloqueio de verbas públicas para viabilizar a aquisição de medicamento imprescindível e urgente ao jurisdicionado, veja-se:

“O artigo 461, §5º do CPC faz pressupor que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a ‘imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial’, não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, **in casu, o sequestro ou bloqueio da verba necessária ao fornecimento de medicamento, objeto da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável**”.⁵⁸ (destaques nossos).

WATANABE defende a possibilidade, inclusive, de utilização de figura semelhante ao *receiver* ou *administrators* do sistema norte americano, em casos pontuais:

“Em nosso sistema jurídico não há explícita autorização para nomeação de terceiro, como *receiver* ou *master* ou *administrators* ou *committees* do sistema norte americano. O *receiver* americano, em matéria de proteção ao meio ambiente, pode ter a atribuição de administrar uma propriedade para fazer cessar a atividade poluidora, de desenvolver obra de despoluição e de ressarcimento dos danos resultantes da poluição. A Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94), ao cuidar do cumprimento da obrigação de fazer ou não, fala em ‘todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa quando necessária (art. 63), e também em ‘afastar de suas funções os respectivos responsáveis pela administração da empresa que, comprovadamente, obstarem o cumprimento de atos de competência do interventor’. O modelo desta última lei sugere a possibilidade de adoção de medidas assemelhadas àquelas adotadas pelo sistema norte americano, que prevê as figuras do *receiver*, *master*, *administrators* e *committees*”.⁵⁹

Enfatizando a atipicidade das medidas do §5º do art. 461 do CPC/1973, reproduzidas com maior amplitude no CPC/2015, ARAKEN admite a nomeação de fiscal ou interventor na

⁵⁷ BRASIL. STJ. 2ª Turma, EDcl no REsp 847.975/RS, rel. Min. Castro Meira, j. em 24.10.2006, DJ 08.11.2006, p. 179; J, 1ª Seção, EREsp 770.969/RS, rel. Min. José Delgado, j. 28.06.2006, DJ 21.08.2006, p. 224.

⁵⁸ BRASIL. STJ. REsp 1002335. Ministro Luiz Fux. Julgado em: 03.06.2008.

⁵⁹ WATANABE, Kazuo. **Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: Reforma do Código de Processo Civil.** Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.) São Paulo: Saraiva, 1996, p. 45.

administração da empresa devedora, asseverando a plena possibilidade do magistrado se valer de **medidas inominadas** para adequada satisfação da obrigação frente ao caso concreto.⁶⁰

Exaltando a incrementação do poder geral de efetivação conferido aos juízes, ZAVASCKI refere que o artigo 461 do CPC/1973, cujo conteúdo essencial é reproduzido no novo CPC/2015, deu-lhes:

“(…) uma espécie de poder executório genérico, habilitando-os a utilizarem, inclusive de ofício, além dos mecanismos nominados nos §§ 4º e 5º, outros **mecanismos de coerção ou de sub-rogação inominados**, que sejam aptos a induzir ou a reproduzir a entrega *in natura* da prestação devida ou de seu sucedâneo prático equivalente”.⁶¹

Para ilustrar com um bom exemplo de mecanismo de apoio atípico, já utilizado pela, podemos citar a nomeação judicial de interventor⁶² para transformação da realidade indesejada, na qual o próprio órgão jurisdicional substitui a vontade do obrigado para o fim de satisfazer direitos do requerente. Como se pode perceber, trata-se de genuína medida subrogatória contemplada pela cláusula geral de atipicidade dos poderes executórios prevista no CPC/2015.

Acrescente-se, ainda, a possibilidade do juiz aplicar multa contra terceiros que tenham alguma relação com o processo ou que devam cumprir alguma ordem judicial específica. Evidente que o terceiro pode ser, em diversas circunstâncias, sujeito às ordens judiciais, sendo viável, em todas elas, ameaçar-lhe com multa coercitiva⁶³. Todos devem colaborar com o cumprimento das determinações judiciais e com a efetividade processual, daí a razão de terceiros também serem atingidos pelas “medidas que o juiz considerar adequadas, tal como prevê o novo CPC/2015.

⁶⁰ ASSIS, Araken de. **Cumprimento de sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 33.

⁶¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 170.

⁶² PINHEIRO, Paulo Eduardo d’Arce. **Poderes executórios do juiz**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 307-308.

⁶³ MEDINA, José Miguel Garcia, CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo, CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de e GOMES JR., Luiz Manoel (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais** – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008.

6.2. Limites

Vozes eloquentes da doutrina consideram temerária a ampliação dos poderes dos magistrados prevista no CPC/2015, em especial Ives Gandra e Antonio Costa Machado⁶⁴, que vêm com receio as alterações, pontuando que, entre as críticas ao projeto as maiores “*se referem a ele entregar aos juízes poderes enormes para a solução dos conflitos, diminuindo perigosamente, em contrapartida, os direitos das partes e dos advogados*”.⁶⁵

Os referidos professores elencam algumas dessas alterações, que conferem poderes demasiados aos magistrados, corroborando com a crítica de MARINONI e DITIERO sobre a supressão de algumas cautelas específicas como o arresto, sequestro, busca e apreensão etc:

“1) Os juízes poderão decidir tudo em matéria probatória sem que caiba qualquer recurso -se o juiz não admitir uma perícia, um documento ou uma testemunha que a parte reputa importante para provar o seu direito, nada poderá ser feito para mudar a decisão de imediato;

2) Os juízes poderão conceder medidas antecipatórias (verdadeiras sentenças no início do processo) com grande facilidade, apenas à vista de um bom documento apresentado pelo autor;

3) Os juízes poderão determinar a constrição de bens, móveis ou imóveis, inclusive contas bancárias e aplicações do réu, sem critérios estabelecidos precisamente pela lei (medidas como arresto, sequestro, busca e apreensão, arrolamento serão concedidas e executadas com enorme agilidade, segundo a vontade do magistrado) (destaques nossos);

4) Os juízes poderão proferir suas sentenças (as decisões finais das causas) observando princípios abstratíssimos, como "dignidade da pessoa humana", "proporcionalidade" e "razoabilidade", o que vai facilitar enormemente o subjetivismo judicial e a desconsideração de normas legais de todo tipo e de contratos, abalando os alicerces da segurança jurídica; (...).⁶⁶

⁶⁴ GANDRA, Ives; COSTA MACHADO, Antônio Carlos. **Novo CPC retira direitos de advogados e partes.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-set-13/cpc-poder-juizes-retira-direitos-advogados>. Acesso em 22/03/2015.

⁶⁵ Ibidem 64.

⁶⁶ Ibidem 64.

Glauco Ramos também se manifesta contrário a ampliação dos poderes dos magistrados que veio a ser implementada no CPC/2015, aduzindo que *"é temerária a substituição do processo, como método de debate, pela manifestação ativista do juiz, que acaba pondo de lado certas garantias constitucionais em nome da solução que lhe parece mais 'justa' ao caso concreto."*⁶⁷

Em posição divergente a dos doutrinadores supramencionados, Trícia Cabral manifesta-se favoravelmente ao aumento dos poderes do magistrado com o novo Código, entendendo que não significará elevação de riscos quanto ao autoritarismo ou à arbitrariedade por parte desse membro do Judiciário:

“Primeiro porque não há que se falar em discricionariedade dos atos do juiz, eis que sempre estarão vinculados aos preceitos normativos. Segundo porque a variação procedimental é sempre em favor do jurisdicionado e não do magistrado. Terceiro porque qualquer adaptação dos preceitos legais requer o necessário diálogo e cooperação das partes. Quarto porque quanto mais poderes são atribuídos ao juiz, mais sujeito a responsabilização pelos seus atos ele estará, (...) e sempre será possível o controle judicial – e às vezes até mesmo administrativo – das posturas abusivas do juiz. E quinto, porque a rigidez processual não é garantia de passividade do juiz, podendo, por vezes, representar um efetivo descompromisso com as finalidades do processo e com os objetos das partes”.⁶⁸

Quanto à tutela provisória de urgência, apesar da abrangência aparentemente irrestrita do enunciado do artigo 297, do CPC/2015, parece-nos que esteja sujeita a dois limites intransponíveis: o primeiro é a dignidade da pessoa humana; o segundo é a impossibilidade de adotar cautelarmente provimento que não poderia ser adotado através de um provimento definitivo.

Comentando sobre os limites do poder geral do magistrado, Leonardo Greco aduz:

“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

⁶⁷ RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação de debate**. Disponível em: http://www.profalmeidafilho.com.br/ativismo_glauco.pdf. Acesso em: 22/03/2015.

⁶⁸ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes do juiz no novo CPC**. Revista de Proc. v. 208, Jun/2012, p. 279.

para assegurar o resultado útil do processo que ele não estivesse legalmente autorizado a adotar, porque ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei (Constituição, art. 5º, II).

“O poder cautelar geral também não se presta a impedir que a parte contrária ingresse em juízo com ação ou execução ou a obstar a eficácia da sentença transitada em julgado, salvo nos limites da lei (art. 981)”⁶⁹.

Embora o CPC/2015 tenha confirmado ser um rol exemplificativo as medidas adequadas para efetivação da tutela provisória, podendo o magistrado, de ofício, determinar as medidas coercitivas ou sub-rogatórias, não há dúvidas de que deve primar pela proporcionalidade e razoabilidade, a fim de alcançar a tutela específica pelo modo menos gravoso ao devedor.

Poderia, exemplificativamente, um cantor ser obrigado a realizar um show para o qual se comprometeu contratualmente, sob pena de ficar impedido de fazer novas apresentações no ano? Poderia, ainda, um escritor ser compelido a escrever uma obra para a qual se comprometeu, sob pena de ter cassada sua licença para dirigir? É justamente para solucionar tais conflitos normativos que os postulados normativos, em especial a proporcionalidade, são invocados⁷⁰.

Não nos parece proporcional proibir o cantor de trabalhar o ano inteiro apenas para cumprir um determinado show. A medida seria drástica demais e acabaria por atingir outros bens maiores, pois o cantor depende disso para sobreviver.

Para Daniel Colnago Rodrigues: *“dentro do poder geral de efetivação da tutela específica, é permitido ao juiz valer-se de medidas de sub-rogação expropriatórias como apoio à realização de um fazer determinado”*⁷¹.

⁶⁹ Ibidem 6.

⁷⁰ RODRIGUES, Daniel Colnago. **Poderes executórios do juiz na efetivação da tutela específica: limites e possibilidades**. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal e Arbitraje, nº 1, 2014. Disponível em: <http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA11403.pdf>. Acesso em 23/03/2015.

⁷¹ Ibidem 70.

Em sentido contrário, Luiz Guilherme Marinoni, considera que a sub-rogação “*é medida de menor efetividade diante da multa e da coerção direta, e assim somente deve ser utilizada nos casos em que uma das duas primeiras for absolutamente inviável*”.⁷²

Importante inovação do CPC/2015 (art. 536, §3º)⁷³ diz respeito a previsão do crime de desobediência, sendo relevante instrumento para atingir a efetividade do processo, por conta de tal advertência legal, devendo ser aplicada especialmente quando o descumprimento da obrigação puder prejudicar diretamente a saúde, liberdade ou a vida do jurisdicionado.

O ilustre professor José Roberto dos Santos Bedaque⁷⁴, ao comentar sobre os poderes do juiz e a flexibilização da técnica em sua brilhante obra, pontua com maestria a necessidade de “*fazer com que o processo seja realmente um instrumento de justiça*”, deixando de lado o formalismo exagerado, incompatível com a visão social do processo, veja-se:

“Nessa linha, entre as diversas sugestões destinadas a fazer com que o processo seja realmente instrumento de justiça – não meio de que se valem os inadimplentes para protelar ainda mais a realização do direito –, interessa aqui, examinar a simplificação da técnica processual mediante a concessão de poderes ao juiz para conduzir o processo de forma adequada, segundo as circunstâncias”.

BEDAQUE afirma ainda que:

“Quanto mais o legislador valer-se de formas abertas, sem conteúdo jurídico definido, maior será a possibilidade de o juiz adaptá-la às necessidades do caso concreto. Esse poder não se confunde com a denominada “discricionariedade judicial”, mas implica ampliação da margem de controle da técnica processual pelo julgador”.

TALAMINI adverte que, em primeiro lugar, sempre que possível, o juiz ouvirá previamente as partes (contraditório cooperativo), podendo atipicamente fixar prazo exíguo

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, pp. 232.

⁷³ CPC/2015: “**Art. 536, § 3º:** O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência”.

⁷⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 109/112.

para a manifestação. Em segundo lugar, a instituição de uma cláusula geral executiva deve ser compensada por uma maior carga argumentativa da decisão definidora do mecanismo atípico, sem descuidar-se, ainda, da recorribilidade inafastável que comporta tais pronunciamentos.⁷⁵

Neste quadro, RODRIGUES aponta para o problema da falta de fundamentação que será melhor estudada em capítulo próprio:

“O problema da fundamentação adequada ganha contornos dramáticos na medida em que o recurso à proporcionalidade vem sendo feito, não raramente, com caráter meramente retórico. Embora intocável do ponto de vista interno, observe o simplismo e a fragilidade deste raciocínio silogístico: i) premissa maior: a Constituição consagra o dever de proporcionalidade; ii) premissa menor: a medida executiva adotada não respeita esta exigência (é desproporcional); iii) conclusão: a medida é inconstitucional. Esquemas como este acabam até mesmo por desprestigiar o postulado da proporcionalidade. Aquilo que serve pra tudo, não serve pra nada. É precisamente sua organização em submáximas que, a par de melhor auxiliar o aplicador, propicia o controle do poder executivo do juiz”.⁷⁶

Para atingirmos a efetividade processual almejada, sobretudo diante das tutelas de urgência, a prestação jurisdicional não pode se limitar apenas a garantir o cumprimento da boa técnica jurídica e das regras formais do devido processo legal.

Fundado no poder geral de efetivação da tutela provisória, o magistrado tem o dever de impulsionar o processo primando pela celeridade e eficiência, dentro dos limites constitucionais acima apontados, sob pena, em muitos casos de inércia, de se esvaziar toda a finalidade da medida de urgência que se pretendia obter do Poder Judiciário.

⁷⁵ TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 272.

⁷⁶ *Ibidem* 70.

6.3. Multa cominatória (*astreintes*) e possibilidade de sua execução imediata

Humberto Theodoro Junior defende que as multas, assim como todas as medidas de apoio são de aplicação e exigibilidade imediatas e independem da conclusão do processo principal e da definitividade da solução do mérito da causa:

“No campo das tutelas de urgência – cautelares e antecipatórias – ‘a pronta exequibilidade nasce da própria natureza da função cautelar, que é a de dar segurança ao litigante em face do perigo de dano (iminente) surgido antes da prestação jurisdicional definitiva. A urgência é a tônica da atuação do juízo, e essa urgência, que motivou a outorga de poderes ao juiz, que extrapolam os comuns do processo de conhecimento e de execução, só pode ser atendida se o regime executivo das medidas de prevenção, for o da pronta implementação”⁷⁷

O jurista precitado complementa o raciocínio em artigo integrante de obra coordenada pelo professor José Rogério Cruz e Tucci, em homenagem ao insigne processualista José Ignácio Botelho de Mesquita:

“Não basta outrossim, cominar multa por desobediência, é preciso que a sanção também seja prontamente exequível, para que seu papel jurídico se cumpra. Não tem sentido pretender que a execução da multa só ocorra depois do trânsito em julgado do julgamento definitivo da causa.⁷⁸

THEODORO JR. salienta, ainda, o importante papel que a multa diária (*astreintes*) possui para a efetividade plena das tutelas provisórias, enfatizando a possibilidade de execução imediata do valor determinado pelo magistrado, em caso de inércia do devedor na prestação da tutela específica:

“A natureza da multa cominatória (*astreinte*) não se liga ao direito material, mas ao direito processual. Seu papel se inicia e esgota dentro do processo, como poderoso meio coercitivo utilizável pelo juiz no desempenho da função jurisdicional. Torna-se,

⁷⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 44. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. II, nº 1190-d, p. 694.

⁷⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e; RODRIGUES, Walter Piva; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real (Coordenadores) – **Exequibilidade das astreintes**. Processo Civil: Homenagem a José Ignacio Botelho de Mesquita – São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 282.

portanto, exigível exatamente no momento processual em que se mostra exequível a prestação a que se aplica como instrumento de apoio”⁷⁹.

Para BARBOSA MOREIRA: “*a partir do dia em que comece a incidir a multa, faculta-se ao devedor exigí-la, através do procedimento da execução por quantia certa*”⁸⁰.

Partilhando o mesmo entendimento ZAVASCKI leciona que:

“(…) o código (preceito normativo abstrato) prevê a cominação de multa não apenas quanto tal mandado for expedido em cumprimento de sentença transitada em julgado, como também no de sentença impugnada por recurso e no de decisão que antecipa a tutela. Em qualquer delas enseja-se, pela incidência da norma abstrata, o surgimento da correspondente norma jurídica concreta, título executivo da obrigação de pagar a multa (grifamos)”. Negar-lhe executividade importaria, na prática, negar a incidência da multa nos casos em que a sentença não tivesse transitado em julgado, ou quando se tratasse de cumprimento de medida antecipatória, e isso seria contrário a texto expresso de Lei (CPC, art. 461, §4º)”⁸¹.

Concluí-se, pois, que sem a imediata possibilidade de execução da multa diária, a exemplo da penhora *on line*, via sistema Bacenjud, perder-se-ia toda a eficácia da tutela de urgência, seja ela de natureza cautelar ou antecipada. Trata-se de expediente inerente à essência das medidas emergenciais, cuja eventual inoperância põe em risco a própria garantia fundamental de acesso efetivo à justiça, um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

O novo CPC/2015 encerra a polêmica ao, expressamente, possibilitar a execução da tutela provisória, nela compreendida a multa coercitiva, antes do trânsito em julgado. É o que preconiza o parágrafo único do artigo 297.

CPC/2015: “**Art. 297.** O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”.

⁷⁹ Ibidem 78, p. 283

⁸⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**. 25. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 229.

⁸¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8, p. 482. No mesmo sentido: ASSIS, Abreu de. **Manual da Execução**. 11. Ed. São Paulo: RT, 2007, nº 210, p. 569.

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

Nota-se, portanto, ampliação dos poderes do magistrado que poderão, de imediato e de ofício, impor o cumprimento da tutela provisória por meio de atos executórios, não significando, todavia, que o magistrado possa fazer as vezes da parte quanto à iniciativa de requerer a tutela provisória antecipada, conforme estudaremos a seguir.

7. POLÊMICA SOBRE A CONCESSÃO DE OFÍCIO DA TUTELA PROVISÓRIA: princípio da inércia jurisdicional x efetividade

Decorrente natural do princípio da inércia jurisdicional, o novo CPC/2015 manteve o artigo 2º, preconizando que: *“o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”*.

No entanto, intenso debate foi realizado no Congresso Nacional sobre a possibilidade de autorizar o magistrado, de ofício, a conceder a tutela antecipados, em casos excepcionais ou expressamente autorizados por Lei, tal como já vinha sendo admitido pela doutrina e jurisprudência em relação às tutelas cautelares, em função do poder geral de cautela previsto nos artigos 797 e 798, ambos do CPC/1973.

“Não se pode confundir inércia da jurisdição com inércia do juiz. Uma vez proposta a ação, ao juiz caberá presidir o seu desenvolvimento, adotando as providências impulsionadoras necessárias para, no processo de conhecimento, chegar a uma sentença justa, e, no processo de execução, realizar materialmente a prestação reclamada”.⁸²

Nesta toada, sob a alegação essencial de que o direito da parte não pode ser preterido por eventual atecnia de seu advogado que não formulou requerimento adequado, foi proposta a seguinte redação ao artigo 277 do Projeto de Lei nº 166/2010 (anteprojeto do novo CPC): *“em casos excepcionais ou expressamente autorizados por Lei, o juiz poderá conceder medidas de*

⁸² In Teori Albino Zavascki. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 8: Do Processo de Execução (arts. 566 a 645), Ovídio A. Baptista da Silva (coord.) – 2ª edição – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

urgência de ofício” – disposição que, se fosse confirmada, ampliaria ainda mais o poder do juiz em relação à tutela provisória.

Contudo, tal possibilidade não foi aprovada no Senado Federal e a Lei 13.105/2015 (CPC/2015) foi sancionada pela Presidente Dilma Rousseff sem a possibilidade expressa de atuação *ex officio* dos juízes no que tange à tutela antecipada, continuando, pois, segundo o princípio da inércia, a depender de requerimento expresso do autor, de conformidade com a doutrina majoritária.

Comentando o referido dispositivo que, como visto, não foi aprovado pelo Congresso Nacional, Andrea Carla Barbosa já delineava os contornos sobre sua interpretação, valendo a exposição do raciocínio para reflexão dos leitores:

“A melhor interpretação, a nosso ver, é a de que o juiz deverá atuar apenas subsidiariamente, para suprir eventual falha técnica do advogado, quando, apesar de assistida, encontra-se a parte mal representada, desprotegida. Isto é, nos casos de hipossuficiência técnica da parte. A má atuação do advogado, aliada à inconsciência da parte quanto à situação de periclitção do seu (provável) direito, permitirão ao juiz conceder a antecipação de tutela, a despeito da falta de provocação. Assim, antes ainda de deferir a medida, o juiz deverá alertar o advogado da parte para o risco que corre o direito de seu assistido. Apenas se permanecer omissivo o causídico, é que então poderá o juiz atuar”⁸³.

Há considerável doutrina minoritária entendendo ser perfeitamente possível ao magistrado conceder a tutela de urgência, independente de requerimento da parte beneficiária.

Em suma, sustentam como fundamento o intuito protelatório e abuso de defesa pelo réu, em verdadeiro assédio processual, embasando a possibilidade de deferimento de ofício, também no poder do juiz prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça, nos termos do art. 125, do CPC/1973, bem como na aplicação de normas que permitem a entrega da medida cautelar de ofício, conforme artigos 797 e 798, do anterior código e art. 4º da Lei nº 10.259/01, consubstanciado no poder geral de cautela.

⁸³ BARBOSA, Andrea Carla. **Direito em Expectativa: As Tutelas de Urgência e Evidência no Projeto do Novo Código de Processo Civil.** In revista de Processo n. 194, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 p. 255

Apegam-se ao aspecto constitucional do direito de ação, previsto no artigo 5º, XXXV, da CF, insistindo na adequada efetivação da tutela como direito fundamental. Neste sentido, Fernando Luís França.⁸⁴

Inclusive, tal posição já vem sendo adotada pela jurisprudência, em situações pontuais, tais como as demandas de prestações alimentícias ou previdenciárias, em que a própria subsistência da dignidade da pessoa humana é colocada em risco. Veja-se exemplo:

“PREVIDENCIÁRIO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EX OFFICIO. CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. PROVA MATERIAL E PROVA TESTEMUNHAL. VALIDADE. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Em homenagem à busca de uma real e efetiva prestação jurisdicional, conjugada com a necessária imediatidade que o fato concreto exige (a pretendente ao benefício de natureza alimentar tem sessenta e nove anos de idade), é viável a possibilidade da concessão da medida antecipatória de ofício[...]⁸⁵

Questão outra que decorre da possibilidade da atuação de ofício pelo magistrado, mas que será abordada no próximo capítulo, diz respeito à possibilidade de a parte requerente ser responsabilizada pela concessão e efetivação de uma tutela antecipada de ofício, isto é, sem que tenha feito requerimento nesse sentido.

Destarte, parece-nos claro que a tutela antecipada continuará dependendo de requerimento expresso da parte, diante do princípio da inércia jurisdicional e da omissão do CPC/2015 quanto à possibilidade de concessão de tutelas de urgência (antecipada ou de evidência) de ofício, tal como fora sugerido pela Câmara dos Deputados.

Vale lembrar que, diferente da tutela antecipada ou de evidência, a discussão já foi superada quanto à tutela cautelar. A jurisprudência das Cortes Superiores e Tribunais pátrios têm admitido a possibilidade de atuação de ofício do magistrado, em situações excepcionais.

⁸⁴ FRANÇA, Fernando Luís. **A antecipação de tutela ex officio**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 178.

⁸⁵ BRASIL. TRF. Tribunal Regional Federal, 5ª Região. Apelação Cível nº 345950 (2000.81.00.001652-0), da 4ª Turma. Relator: Desembargador Luiz Alberto Gurgel de Faria. DJ 07/03/2005.

Merece leitura o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em elucidativa ementa jurisprudencial, enfatizando a questão da efetividade processual:

“(…) 1. As medidas cautelares resguardam, sobretudo, o interesse público, sendo necessárias e inerentes à atividade jurisdicional. O artigo 798 do CPC atribui amplo poder de cautela ao magistrado, constituindo verdadeira e salutar cláusula geral, que clama a observância ao princípio da adequação judicial, propiciando a harmonização do procedimento às particularidades da lide, para melhor tutela do direito material lesado ou ameaçado de lesão.

2. A efetividade do processo exige tutela jurisdicional adequada, por isso o poder geral de cautela pode ser exercitado ex officio, pois visa o resguardo de interesses maiores, inerentes ao próprio escopo da função jurisdicional, que se sobrepõem aos interesses das partes.

3. A providência cautelar, ainda que de maneira incidental, pode ser deferida em qualquer processo, não procedendo a assertiva de que a verdadeira cláusula geral consubstanciada no artigo 798 do Código de Processo Civil, mesmo em casos excepcionais, tem limites impostos pelo artigo 739-A do Código de Processo Civil. Ademais, boa parte das matérias suscitadas pelo executado são passíveis de conhecimento, de ofício, pelas instâncias ordinárias, por serem questões de ordem pública. (...) ⁸⁶. (destaques nossos).

Comentando os artigos 797 e 798, ambos do CPC/1973, no que tange à atuação oficiosa do magistrado para concessão das tutelas cautelares, Cássio Scarpinella Bueno preleciona que:

“A melhor interpretação para o art. 797 é a de que o deferimento das ‘medidas cautelares’ pressupõe o rompimento da inércia da jurisdição mesmo que não haja pedido específico para esse fim. Não há, em suma, necessidade de um ‘processo cautelar’ para que as ‘medidas cautelares’ sejam expedidas pelo magistrado quando presentes os pressupostos respectivos, em especial os constantes do art. 798 (...).

“Mais do que a desnecessidade de um ‘processo cautelar’ para o exercício do ‘dever-poder geral de cautela’, o art. 797 autoriza o entendimento de que as ‘medidas cautelares’ podem (e, quando presentes seus respectivos pressupostos, devem) ser concedidas de ofício pelo magistrado independentemente de qualquer pedido para essa finalidade”.

O precitado especialista, citando SHIMURA, CARPENA e MARINONI ainda enfatiza a vinculação do que chama de **“dever-poder geral de cautela”** com o *periculum in mora*, senão vejamos:

⁸⁶ BRASIL. STJ - REsp: 1241509 RJ 2011/0043812-6, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 09/08/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2012.

“Mas não é só. É desejável interpretar o art. 797 para dele extrair que a atuação oficiosa do magistrado, no que diz respeito ao ‘dever-poder geral de cautela’, justifica-se não apenas nos casos ‘expressamente autorizados em lei’, mas também em ‘casos excepcionais’. É o que sustentam, dentre outros, Sérgio Shimura (Arresto Cautelar, p.83); Márcio Louzada Carpena (Do processo cautelar moderno, PP. 182-185) e Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (Processo cautelar, PP. 104-106), em conclusão que tem a adesão deste Curso. Como, para o Código de Processo Civil, o ‘dever-poder geral de cautela’ depende, invariavelmente, de *periculum in mora*, **em qualquer caso que se mostre justificadamente excepcional, cabe ao magistrado, mesmo que não haja pedido para tanto, exercer o ‘dever-poder geral de cautela’**, adotando medidas que, a seu ver, coíbam suficiente e adequadamente situações de ameaça, realizando o comando do art. 5º, XXXV, da Constituição, harmonizando-se, esse entendimento, com aquele que o n. 2.1 do Capítulo 1 da Parte I propõe para o caput do art. 273. Como destacado pelo número anterior, o ‘dever-poder geral de cautela’ é exercitável dentro de qualquer processo. É que o ‘dever-poder geral de cautela’ é insito ao exercício da função jurisdicional.”.⁸⁷ (destaques nossos).

Em que pese a ausência de previsão legal de atuação de atuação de ofício para conceder tutela antecipada, ressalvada a admissão excepcional pela jurisprudência em casos de prestações alimentícias e previdenciárias, o CPC/2015 deixou clara a autorização para que o juiz determine, de ofício, as medidas necessárias **para efetivar** (não para conceder) a tutela provisória, nela incluídas todas as modalidades aqui estudadas.

É o que preconiza o artigo 297, *in verbis*: “o juiz poderá determinar as medidas que considerar **adequadas para efetivação** da tutela provisória”, com grifos nossos, e também o artigo 536 abaixo transcrito que especialmente expressa a expressão “DE OFÍCIO”:

CPC/2015: “**Art. 536.** No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, **de ofício** ou a requerimento, **para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente**, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

“§1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial”.

Dentro da fungibilidade prevista no novo CPC/2015, conforme vimos em capítulo próprio, associado ao princípio da instrumentalidade das formas e demais argumentos acima, a

⁸⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, Ed. Saraiva, 2009, pág.188, 190 e 191.

nosso ver, não seria demasiado adotar a posição de que o poder geral de cautela do Juiz é amplo, não ficando reservado somente às cautelares, mas sim, todas as vezes que fosse necessário a intervenção estatal de urgência, ainda que sem pedido da parte.

Trata-se, em última instância, não de violação ao princípio da inércia jurisdicional, mas sim de efetividade constitucional ao direito fundamental de ação e tudo o que dele decorrer. Aliás, o novo artigo 300 do CPC/2015 não exige expressamente o requerimento expresso da parte, tal como o artigo 273 do CPC/1973 exigia, mantendo viva a polêmica sobre a possibilidade ou não de concessão de tutelas de urgência *ex officio*:

CPC/2015: “**Art. 300.** A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

“§1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

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

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

Ademais, apesar da fungibilidade entre cautelares e antecipação de tutela, seria incoerente permitir, tão somente, a concessão de tutela cautelar de ofício, para salvaguardar futuro pronunciamento jurisdicional de mérito, com base no poder geral de cautela, mas negá-lo em situação de extrema urgência, por antecipação da tutela, apenas por falta de formalidade, ou seja, falta de requerimento da parte que, muitas vezes, pode partir de falha técnica do profissional que lhe assiste.

Muito embora o princípio da inércia jurisdicional encontre amparo no artigo 2º do CPC/2015, vemos que a regra específica do artigo 300 do mesmo estatuto não exige expressamente o prévio requerimento da parte para concessão da tutela antecipada, deixando no ar a expressão “será concedida”, dando azo à possibilidade de concessão de ofício. Daí a razão de criticarmos frontalmente a omissão do CPC/2015 para autorizar o magistrado a

conceder tutela antecipada de ofício, em casos excepcionais, conforme já vinha admitindo a jurisprudência, eis que o direito de fundo da parte deveria se sobrepor quanto nítida a falha técnica do advogado ao não pleitear uma tutela de urgência imprescindível para sobrevivência do jurisdicionado.

8. EFETIVAÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS E A RESPONSABILIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS DA PARTE QUE SUCUMBIR

A responsabilização da parte pelos danos que causar está plenamente associada ao poder geral de efetivação da tutela provisória. A parte que requerer a tutela de urgência, seja ela de natureza cautelar ou antecipada (satisfativa) deverá ter em mente que, em caso dessa não subsistir ao final da lide, deverá indenizar a parte adversa não só pelo dano processual, como também por perdas e danos diretamente relacionadas à implementação da medida.

O artigo 302 do CPC/2015 é categórico nesse sentido, veja-se:

CPC/2015: “**Art. 302.** Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

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

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

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

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

A matéria enseja dois questionamentos principais:

(i) de quem é a responsabilidade quando o dano causado pela tutela de urgência ocorre na atuação de ofício do magistrado, sem qualquer requerimento expresso do autor, a exemplo do que ocorre nas tutelas cautelares? Seria possível responsabilizar o juiz?

(ii) por questões de isonomia, a parte ré também será penalizada quando ocorrer o inverso, isto é, quando o juiz se equivocar ao não conceder a tutela antecipada e, ao final da lide, a ação for julgada procedente em sua integralidade? E se o réu, por exemplo, obter provimento no Tribunal, por meio de agravo de instrumento, para revogar tutela provisória deferida, mas o autor se consagrar vencedor?

Para os primeiros questionamentos, nos valem das respostas de Bruno Freire e Silva, em artigo publicado em obra organizada por José Anchieta da Silva:

“(...) a parte não poderá responder pela atuação de ofício do juiz. Afinal, se ela não aduziu pedido de tutela de urgência e optou por aguardar a solução final da lide, por não estar totalmente segura de seu direito, como pode ser responsabilizada? Como responsabilizá-la por algo que não fez?”.⁸⁸

No que se refere à possibilidade de responsabilização do juiz, o autor assim entende:

“(...) Parece-nos que não. Afinal, adotar essa posição seria desestimular os juízes mais proativos que buscam dar aos jurisdicionados a mais célere e efetiva prestação jurisdicional”

“Em nosso entendimento, em tais casos o Estado que deve responder por eventuais prejuízos dados por aquele que investiu nas funções jurisdicionais, salvo as hipóteses em que o juiz tenha agido com dolo ou fraude, situações nas quais caberá àquele o direito de regresso contra o magistrado”.⁸⁹

O novo CPC/2015 prevê em seu artigo 143 a responsabilidade civil e regressiva do juiz por perdas e danos, mas não responde quem será o principal responsável pela atualização oficiosa do juiz, se a parte beneficiária da tutela provisória ou se o Estado que investiu o magistrado na atuação jurisdicional.

CPC/2015: “**Art. 143.** O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando:

⁸⁸ Ibidem 46, p. 135.

⁸⁹ Idem 46.

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte”.

“Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias”.

Longe de querer encerrar o debate acima, até mesmo porque não é o objetivo precípuo deste trabalho, mas deixando para reflexão dos leitores, passemos a tentar responder o questionamento “(ii)” acima, isto é, se a parte autora teria o mesmo direito de indenização por perdas e danos, em caso de se consagrar vitoriosa ao final da lide, mas com indeferimento equivocado de tutela de urgência.

Noutras palavras, a parte ré poderá ser penalizada, segundo a regra do artigo 302 do CPC/2015, apenas pela atuação do magistrado? E caso resista ao pedido de tutela provisória formulado pelo autor, obtendo provimento em recurso, por exemplo? Tal situação foi diagnosticada por MARINONI e DITIDIERO:

“Note-se que assim está o sistema o autor responde objetivamente pela obtenção de tutela ao seu direito provável em detrimento da posição jurídica improvável do réu caso ao final se chegue à conclusão pela improcedência do pedido”.

“De outro lado, se é negada tutela de cognição sumária ao autor – o que significa, na prática, que o órgão jurisdicional entendeu mais verossímeis as alegações do réu – e, exaurindo-se a cognição, chega-se à procedência do pedido do autor, não há qualquer previsão de responsabilidade objetiva por eventual dano por ele experimentado em face de não se encontrar fruindo, enquanto pendente o processo, o bem da vida que nele foi buscar. Ora, é evidente que há aí um tratamento desigual entre as partes”⁹⁰.

Os próprios autores precitados, ao contextualizar a problemática da falta de tratamento igualitário, apontaram possível solução que, a nosso ver, *data venia*, merecia pequenas ressalvas, mas que, infelizmente, não foram incorporadas no texto do novo CPC/2015, veremos:

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O Processo do CPC** – crítica e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 110/111.

“Para que cesse a afronta à igualdade, de duas, uma: o se estende o regime de responsabilidade objetiva para o réu, nos casos em que a tutela sumária deveria ter sido concedida e não foi e o autor experimenta dano por conta de sua denegação; ou institui-se regime de responsabilidade subjetiva para o autor em face da fruição de tutela sumária”⁹¹.

Parece-nos adequada a segunda opção indicada por Marinoni e Ditié, todavia, o regime de responsabilização subjetiva deveria ser previsto para ambas as hipóteses, ou seja, com a responsabilização sempre que a parte agir com dolo ou culpa de modo a trazer prejuízos para a parte contrária, seja na concessão da tutela antecipada, seja no seu indeferimento. Respalhando nosso posicionamento, veja Bruno Freire e Silva.⁹²

Aliás, parece mais evidente que a parte ré, quando resiste frontalmente ao pleito de tutela provisória, interpondo recurso de agravo de instrumento e, eventualmente, consegue revogação da tutela que, ao fim da instrução probatória, será concedida com decisão transitada em julgado, deve responder pelos prejuízos causados ao autor pelo retardamento, decorrência do princípio constitucional da igualdade.

Noutra questão, nos filiamos ao pensamento do ínclito professor Rogério Licastro, quando critica o modelo de responsabilização do novo CPC/2015 pelo fato de não conter ressalvas quanto à litigância de má do requerente.

LICASTRO⁹³ questiona qual o motivo do autor ser responsabilizado pela efetivação de tutela provisória que, legitimamente, obteve perante o Poder Judiciário, dentro da lealdade e boa-fé processual.

⁹¹ Ibidem 90.

⁹² Idem 46, p. 136.

⁹³ LICASTRO, Rogério. Palestra sobre “**Atualidades do Novo Código de Processo Civil**” realizada na sede da AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), no dia 27 de fevereiro de 2015, na presença dos professores Cássio Scarpinella Bueno, João Batista Lopes e Araken de Assis.

Afigura-nos sensata a observação, pois, não havendo conduta ilícita passível de gerar nexo de causalidade suficiente entre a conduta leal do requerente e o eventual dano suportado pelo requerido, não haveria o que se falar em responsabilização, ainda mais na forma objetiva como doutrina e jurisprudência vem admitindo. Teria mais coerência exigir a demonstração de culpa da parte, em sentido estrito ou mesmo de dolo, o que implicaria, no último caso, no reconhecimento de má fé.

Concordando com o prof.º Rogério Licastro, o professor Leonardo Greco é contrário a ideia de responsabilização objetiva do demandante de boa-fé, asseverando que a disciplina sucumbencial já é punição adequada para a hipótese e que deve-se punir apenas o litigante temerário, consoante artigo 79 do CPC/2015:

“(...) 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, refreando 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”⁹⁴.

Diante desse quadro, só nos resta aguardar pelo dia 17 de março de 2016, para saber, na prática, como os magistrados se comportarão frente aos comandos do artigo 302 do CPC/2015 e também como será formada a jurisprudência sob a nova disciplina de responsabilidade pela efetivação da tutela provisória, valendo a advertência aos causídicos sobre os riscos de demandar pela tutela provisória para que orientem seus clientes, à luz da nova sistemática, registrando-se, desde já, a crítica no que tange a ausência de isonomia.

⁹⁴ Ibidem 6.

9. DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES PROVISÓRIAS

Em mais uma tentativa de combater o arbítrio e as decisões genéricas emanadas do Poder Judiciário, o legislador positivou a necessidade de fundamentação expressa dos motivos que levarão o juízo a optar pela concessão, indeferimento, modificação ou revogação de uma tutela provisória.

A nova disposição do artigo 298 do CPC/2015⁹⁵ é praticamente uma exortação para que os magistrados cumpram o seu dever constitucional de motivar as decisões provisórias, o que, convenhamos, nem precisava ser dito.

Quanto ao princípio da motivação, WAMBIER e TALAMINI lecionam que:

“Esse princípio, que também é conhecido como princípio da fundamentação, tem assento no art. 93, incisos IX e X, da Constituição Federal e dispõe que é imprescindível que toda e qualquer decisão judicial seja fundamentada, ou seja, seja justificada e explicada, pela autoridade judiciária que a proferiu, a fim de que sejam inteligíveis as suas razões de decidir e se possibilite a transparência da atividade judiciária e seu respectivo controle”⁹⁶.

Os renomados processualistas explicam, ainda, que o CPC/1973 já previa a indispensabilidade da fundamentação nos artigos 458, II e 165, que tratam da sentença e das demais decisões judiciais, respectivamente, e que tal princípio poderia, inclusive, ser extraído de forma implícita do próprio modelo político de Estado Democrático de Direito, veja-se:

“Contudo, ainda que o princípio da motivação não estive expresso nem no texto constitucional e nem no Código de Processo Civil, é possível extraí-lo, mesmo que implicitamente, do próprio modelo político de Estado Democrático de Direito proposto pela Constituição. E é por essa razão que decisões ‘implícitas’ não são

⁹⁵ CPC/2015: “**Art. 298.** Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso”.

⁹⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de Processo Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 13. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 71.

admitidas no ordenamento jurídico processual pátrio, pois é necessário que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas suficientemente, ainda que de modo conciso, demonstrando o enfrentamento de todas as questões aduzidas”⁹⁷.

Comentando sobre a motivação das decisões judiciais, Misael Montenegro Filho afirma que é matéria de ordem pública e cognoscível de ofício:

“A decisão que não apresenta essa característica é *nula de pleno jure*, por afrontar o princípio constitucional estampado no inciso IX do art. 93 do Texto Maior, que assegura a transparência das decisões judiciais, arrepiando, além disso, o princípio do devido processo legal, o que pode e deve ser reconhecido de ofício pelo tribunal, por se qualificar como matéria de ordem pública, transpassando o interesse meramente particular das partes”⁹⁸.

Para o professor Rogério Licastro, abrir-se-á, inclusive, nova hipótese de interposição de recurso especial ao STJ, por violação à Lei Federal expressa, em virtude da falta de fundamentação da tutela de urgência (antecipada ou cautelar) ou de evidência.⁹⁹

Desnecessárias maiores digressões para se constatar que o novo legislador fez um novo apelo aos magistrados para que motivem a concessão da tutela provisória, evitando despachos genéricos e corriqueiros, tais como: “presentes os requisitos legais, defiro a tutela antecipada”; “ausentes os requisitos, indefiro” etc. É um direito do jurisdicionado ter acesso à adequada e clara prestação jurisdicional.

A obrigação do artigo 298, portanto, é clara e imperativa, padecendo de nulidade por falta de motivação a tutela provisória que for deferida sem explicitar as razões do convencimento do juízo, dando ensejo, caso mantida a irregularidade, a uma nova hipótese de interposição de recurso especial ao STJ.

⁹⁷ Idem 96, p. 72.

⁹⁸ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil. V. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6 Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 33/32.

⁹⁹ Ibidem 93.

10. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NÃO RECORRIDA

Importante tema relacionado aos poderes do juiz no âmbito da tutela provisória diz respeito à nova sistemática de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, na forma preconizada pelo artigo 303 do CPC/2015¹⁰⁰.

Segundo o novo diploma legal, configurar-se-á a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, consoante procedimento disposto no artigo supramencionado, quando a medida é deferida e não impugnada mediante o “*respectivo recurso*”, conforme os termos do artigo 304, CPC/2015, *in verbis*:

CPC/2015: “Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

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

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

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

¹⁰⁰ **CPC/2015: “Art. 303.** Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo”.

Semelhante aos efeitos da coisa julgada, o pronunciamento judicial estabilizado, isto é, sobre o qual não foi interposto o recurso cabível em tempo oportuno, permanece inalterado e eficaz até que seja objeto de ulterior ação própria de impugnação, a ser ajuizada no prazo decadencial de dois anos, vide artigo §5º acima transcrito.

Para o doutrinador italiano RICCI, em tais casos, a tutela antecipada converte-se em sentença de mérito. Defende que os provimentos antecipatórios são, em substância, provimentos monitórios concedidos no curso do processo, pois, embora seus pressupostos possam ser diferentes, semelhante pode ser a sua eficácia.¹⁰¹

Desta forma, em que pese haver apenas cognição sumária, concedida a antecipação da tutela em caráter antecedente e quedando-se inerte o réu devidamente citado, a tutela antecipada teria condições de adquirir a estabilidade decorrente da coisa julgada.¹⁰²

A respeito, PAULO LUCON levanta a discussão sobre a força vinculante do provimento declaratório, na hipótese de indeferimento da medida requerida pelo autor:

¹⁰¹ RICCI, Edoardo. **A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano**, in Genesis - Revista de direito processual civil, Curitiba, Furtado & Luchtemberg, v. 6, 1997, trad. de José Rogério Cruz e Tucci, p. 703.

¹⁰² - Nesse sentido é a proposta de ADA PELLEGRINI GRINOVER, que intencionalmente converte o provimento antecipado em sentença de mérito e não em título executivo judicial, tal como ocorre no processo monitório brasileiro no caso de ausência de embargos ao mandado. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Proposta de alteração ao Código de Processo Civil: justificativa**, in Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 192.

“Nesses casos, questão importante é saber qual a força vinculante do provimento declaratório de indeferimento da tutela antecipada. No entanto, por tal proposta, a eficácia definitiva da decisão que dispõe sobre a tutela antecipada depende de dois eventos, assim resumidos: a) conteúdo positivo da tutela; b) ausência de impugnação ou rejeição desta. No caso de indeferimento, deve-se entender que a rejeição funda-se na circunstância de não ter sido realizada cognição suficiente para a antecipação. Ou seja, propõe-se aqui ‘uma disciplina caracterizada por provimentos de diversa eficácia *secundum eventum*’”.¹⁰³

Segundo o raciocínio de LUCON, portanto, o indeferimento da tutela antecipada requerida nos moldes do artigo 303, CPC/2015 não se estabilizaria, podendo o autor renová-lo noutra oportunidade. Em sentido diverso, RICCI defende a transformação do provimento antecipatório em sentença não só nos casos de deferimento, mas também quando o requerimento é indeferido. Segundo ele, ficam tutelados os direitos do réu, com força de coisa julgada, evitando-se discussão sob as mesmas circunstâncias.¹⁰⁴

Incorporando o posicionamento de LUCON, o novo CPC/2015 prevê em seu artigo 304 a possibilidade de estabilização em caso de concessão da medida antecipatória, inclusive repetindo a expressão no *caput* pelas palavras “concedida” e “conceder”, afastando-se dúvidas quanto à estabilização de tutela antecipada indeferida em caráter antecedente:

CPC/2015: “Art. 304. A tutela antecipada, **concedida** nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a **conceder** não for interposto o respectivo recurso. (destaques nossos).

No CPC/1973 que vigorará até o dia 16 de março de 2016, no entanto, na hipótese de contestação parcial ou mesmo de ausência de interposição de agravo de instrumento ou outro recurso cabível, até a sentença de mérito, ao juiz é facultada a possibilidade de realizar cognição exauriente acerca de todos os fatos relativos à causa, podendo julgar novamente se é ou não o caso de aplicar as consequências decorrentes do art. 304 do Código de Processo

¹⁰³ LUCON, Paulo. **Estabilização da tutela antecipada e julgamento parcial do mérito**. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2>. Acesso em: 08/04/2015.

¹⁰⁴ - Ibidem 101, p. 706-707.

Civil, notadamente o efeito de imutabilidade (coisa julgada). Ou seja, não há a estabilização da tutela antecipada previsto na nova sistemática do CPC/2015.

LUCON elucida didaticamente o funcionamento do atual sistema que será aperfeiçoado pelos artigos 303 e 304 do CPC/2015, vejamos:

“Portanto, ainda que se convença sobre o acerto da tutela antecipada, apresentando em sentença o juiz os mesmos argumentos já constantes dos autos na decisão interlocutória, a simples ulterior confirmação da tutela antecipada e sua consequente absorção pela sentença de mérito tem o condão de repristinar a possibilidade de discussão, mediante a interposição de recurso de apelação. Seja qual for o conteúdo da tutela antecipada, a sistemática adotada pelo Código de Processo Civil não dispensa a ulterior prolação da sentença. Todavia, não há dúvida de que, se a sentença simplesmente confirma decisão interlocutória concessiva da tutela antecipada sem acrescentar qualquer novo argumento, o recurso de apelação sobre tais pontos constitui questionamento idêntico àquele oferecido por ocasião do agravo de instrumento e muito provavelmente terá o mesmo destino. No sistema brasileiro, a tutela sumária está sujeita a um *duplo controle*, pelo recurso de agravo de instrumento e pela possibilidade de modificação ou revogação. A diferença entre uma e outra forma de controle é que a revogação e a modificação sempre dependem da *alteração das circunstâncias*”.¹⁰⁵

Vemos, portanto, tal como previsto na exposição de motivos, que o CPC/2015 realmente adota nova postura de *“tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória”*, deixando *“que as próprias partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes, cognição plena e exauriente do juiz e a correspondente sentença de mérito”*, o que representa importante avanço no campo da efetividade processual e também celeridade, na medida em que afasta a possibilidade de rediscussão de matéria coberta pela preclusão (estabilização).¹⁰⁶

¹⁰⁵ Ibidem 103.

¹⁰⁶ - Exposição de motivos do Anteprojeto de lei de estabilização da tutela antecipada, elaborado por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinoni.

11. COMPETÊNCIA

Os artigos 299 e 304, §4º do novo CPC/2015 estabelecem a prorrogação da competência no juízo da ação principal para a tutela provisória e a do juízo da tutela antecipada de urgência antecedente estabilizada para a ação de revogação.

O parágrafo único do artigo 299, ressalvando alguma disposição em sentido diverso, atribui ao órgão do Tribunal superior competente a competência para a tutela provisória nas ações de competência originária dos tribunais, nos recursos e na remessa necessária.

Analisemos os dispositivos que tratam da competência:

CPC/ 2015: “**Art. 299.** A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal”.

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

CPC/2015: “**Art. 304.** A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”.

(...)

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

Por não ser o foco do presente estudo monográfico, não nos alongaremos nesse ponto, valendo registrar, apenas, que o poder geral de efetivação das tutelas provisórias deve respeitar as regras de prorrogação de competência preconizadas nos aludidos artigos, sob pena de nulidade das decisões proferidas por Juízo incompetente, o que certamente implica no retardamento da prestação jurisdicional e, portanto, em inefetividade processual.

12. CONCLUSÃO

Diante de tais exposições, concluímos que CPC/2015 respalda **amplo poder geral de efetivação da tutela provisória ao juiz**, cerne do presente trabalho, pois mantém, na essência, toda evolução observada, na prática, no Código de 1973, com alguns reforços pontuais e maior simplificação, com regras gerais que permitem maleabilidade para concessão de medida justa e específica, conforme as particularidades do caso submetido à apreciação jurisdicional.

Embora, aparentemente, a legislação dote o magistrado de poderes abrangentes para conceder e efetivar suas decisões, vimos que a hermenêutica sistemática da legislação pátria leva à conclusão que tal poder encontra fortes limites nos princípios de ordem constitucional, tais como a razoabilidade, proporcionalidade, além do princípio processual da menor gravosidade ao devedor.

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 evitarmos o retrocesso. Para que esses louváveis ideais sejam observados na prática, é imprescindível que os juízes se disponham a aperfeiçoar a prestação jurisdicional, o que lhes exigirá particular esforço em exteriorizar com transparência as razões do seu convencimento na concessão da tutela provisória (art. 298), diante dos relevantes interesses contrapostos que normalmente se apresentam nas situações em que a tutela de urgência é requerida.

O CPC/2015 encerra a polêmica existente ao positivar a possibilidade de execução provisória da multa coercitiva e de outras medidas de apoio, fixada na sentença ou em decisão liminar, podendo, por exemplo, o magistrado se valer da penhora *on line*, via sistema Bacenjud, exatamente com o intuito de intimidar, por via reflexa, o devedor a cumprir a obrigação determinada, sendo importante mecanismo do poder geral de efetivação da tutela provisória, além de outras medidas atípicas viáveis em sede de obrigações de fazer, não fazer e dar, exemplificadas ao longo do estudo.

Quanto à tutela de evidência, o artigo 311 do CPC/2015 incorpora as ideias de Luiz Fux, inovando ao dispensar a parte de comprovar o risco de dano para concessão da tutela provisória, podendo o autor obter o provimento jurisdicional no curso da lide, quando se mostrar irrefutável o seu direito, tratando-se de inegável avanço processual, mas que, certamente, dependerá de lapidação pela rotina forense e criação de jurisprudência.

Por outro lado, o CPC/2015 não evoluiu ao se omitir sobre a possibilidade de concessão de tutela antecipada de ofício, dando prevalência ao princípio da inércia jurisdicional, perdendo, assim, a oportunidade de positivizar o que a jurisprudência já vinha admitindo em casos excepcionalíssimos (prestações alimentícias e previdência), indo na contramão da efetividade processual idealizada pelos juristas que participaram do projeto e deixando de dar tratamento semelhante ao visto quanto às tutelas cautelares.

Verificamos, outrossim, que a nova regra de responsabilização do requerente, em caso de insubsistência da tutela provisória ao final da lide, não confere tratamento isonômico às partes, pois não prevê igual punição ao réu que resistir em um pedido de tutela provisória que, ao final, se mostre salutar ao desfecho da lide. Identificamos que a melhor solução, não adotada pelo CPC//2015, seria a responsabilização subjetiva (e não objetiva) de ambas as partes, pelos comprovados prejuízos que causarem no curso do processo, por culpa ou dolo.

Identificamos uma exortação do dever do juiz de fundamentar suas decisões, abrindo-se nova hipótese de interposição de recurso especial por violação à Lei Federal, no caso, contra decisão nula (tutela provisória não fundamentada) que afronte o artigo 298, CPC/2015 e também a competência jurisdicional para concessão da tutela provisória.

Por fim, estudamos a nova sistemática da estabilização da tutela antecipada deferida em caráter antecedente e não recorrida, à luz dos artigos 303 e 304 do CPC/2015, constatando que, de fato, o novo diploma revela o espírito de tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória, resguardada a possibilidade de ajuizamento de ação para desconstitui-la, dentro do prazo de 2 (dois) anos.

Elogios de uma banda, críticas de outra. Vimos, pois, que o debate deverá prosseguir para que ocorram as mudanças e aperfeiçoamentos da nova legislação no mundo prático, para que, enfim, com a vigência do novo CPC/2015, a partir do dia 17 de março de 2016, tenhamos um processo civil com alto grau de eficácia, mais célere e que dê uma resposta satisfatória sobre a reiterada reclamação de morosidade, deixando de lado o formalismo exacerbado

Caberá aos causídicos, doutrinadores, magistrados e juristas de uma forma geral, impor os limites constitucionais ao poder geral de efetivação da tutela provisória, para perfeito equilíbrio do sistema e, assim, garantirmos a JUSTIÇA, sem incorrer no risco de ressuscitar arbitrariedades e erros do Judiciário.

Boas vindas ao novo CPC/2015!

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Arruda. **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

AMARAL, Guilherme Rizzo - **Cumprimento e Execução da Sentença sob a Ótica do Formalismo-Valorativo** - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.008.

ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme – **Curso de Processo Civil**, Vol. 3, 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Ed. RT, 2008.

ASSIS, Abreu de. **Manual da Execução**. 11. Ed. São Paulo: RT, 2007.

ASSIS, Araken de. **Cumprimento de sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Manual da Execução**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARBOSA, Andrea Carla. **Direito em Expectativa: As Tutelas de Urgência e Evidência no Projeto do Novo Código de Processo Civil**. In revista de Processo n. 194, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**. 25. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

BUENO, Cassio Scarpinella - **Curso sistematizado de Direito Processual Civil**, Vol. 3, 5ª ed. - São Paulo: Ed. Saraiva, 2.012.

_____. **Código de Processo Civil comparados e anotados: Senado Federal (PLS n. 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010)** – São Paulo: Saraiva, 2014.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes do juiz no novo CPC**. Revista de Proc. v. 208, Jun/2012.

CARRATTA, Antonio. (a cura di), **La tutela sommaria in Europa – Studi**, Jovene Ed., Napoli, 2012

CARNEIRO, Athos Gusmão - **Nova execução: Aonde vamos? Vamos melhorar - Revista de Processo, n. 123** - São Paulo: Ed. RT, 2005.

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

CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de. “**Atos Atentatórios à Dignidade da Justiça**” - in “**Execução Civil: Estudos em Homenagem ao Prof.º Humberto Theodoro Junior**”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4ª edição, vol.2. Editora Podivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 2007.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**, tomo 1, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil – Ed. rev., ampl, e atual especialmente de acordo com as Leis 12.424/2011 e 12.431/2011** – São Paulo: Atlas, 2012.

E. SILVA, Bruno Freire. **Algumas considerações sobre a tutela de urgência no projeto do novo código de processo civil**. Organização José Anchieta da Silva. Colégio Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil. São Paulo: Lex Editora, 2012.

FRANÇA, Fernando Luís. **A antecipação de tutela ex officio**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FUX, Luiz. **A tutela dos Direitos Evidentes**. Disp. em: <http://pt.scribd.com/doc/84205229/A-Tutela-Dos-Direitos-Evidentes-Luiz-Fux#scribd>. Acesso em: 21/03/2015.

_____. **O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa: reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil**. Rio de Janeiro. 1ª ed. 2. tir. Forense, 2011.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**, 2ª ed. - Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

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

_____. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência** (Fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1.996.

GANDRA, Ives; COSTA MACHADO, Antônio Carlos. **Novo CPC retira direitos de advogados e partes**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-set-13/cpc-poder-juizes-retira-direitos-advogados>. Acesso em 22/03/2015.

GRECO, Leonardo. **A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2014/2015**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIV. Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. www.redp.com.br ISSN 1982-7636.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Proposta de alteração ao Código de Processo Civil:** justificativa, *in* Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

LICASTRO, Rogério. Palestra sobre “**Atualidades do Novo Código de Processo Civil**” realizada na sede da AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), no dia 27 de fevereiro de 2015, na presença dos professores Cássio Scarpinella Bueno, João Batista Lopes e Araken de Assis.

LUCON, Paulo. **Estabilização da tutela antecipada e julgamento parcial do mérito.** Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2>. Acesso em: 08/04/2015.

MARCATO, Antonio Carlos. **Código de Processo Civil Comentado** – 3ª ed. Ed. Atlas. São Paulo: 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela.** 12. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **O Projeto do CPC: críticas e propostas/** Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Tutela inibitória (individual e coletiva).** 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARINS, Victor A. Bonfim – **Tutela Cautelar – Teoria Geral e Poder Geral de Cautela.** 1ª edição, Editora Juruá, Curitiba, 1996; 2ª Ed. rev. Atualizada em 2000. MEDINA, José Miguel Garcia - **Processo Civil Moderno, Vol. 3, Execução** - São Paulo: Ed. RT, 2.008.

MEDINA, José Miguel Garcia, CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo, CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de e GOMES JR., Luiz Manoel (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais** – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008.

MIELKE, Jaqueline. **Tutela de Urgência: De Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva** – Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

MITIDIERO, Daniel. MARINONI, Luiz Guilherme; **O processo do CPC – crítica e propostas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil.. V. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** 6 Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PINHEIRO, Paulo Eduardo d’Arce. **Poderes executórios do juiz.** São Paulo: Saraiva, 2011.

FILHO, Misael Montenegro. **Projeto do Novo Código de Processo Civil – Confronto entre o CPC atual e o Projeto do Novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2011.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar – **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**, 41ª ed. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

NERY JR., Nelson – **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**, 14ª ed. – São Paulo: Ed. RT, 2014.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação de debate**. Disponível em: http://www.profalmeidafilho.com.br/ativismo_glauco.pdf. Acesso em: 22/03/2015.

RICCI, Edoardo. **A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano**, in Genesis - Revista de direito processual civil, Curitiba, Furtado & Luchtemberg, v. 6, 1997, trad. de José Rogério Cruz e Tucci.

RODRIGUES, Daniel Colnago. **Poderes executórios do juiz na efetivação da tutela específica: limites e possibilidades**. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal e Arbitraje, n° 1, 2014. Disponível em: <http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA11403.pdf>. Acesso em 23/03/2015.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela Específica dos Direitos: obrigações de fazer, na fazer e entregar coisa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

THEODORO JR., Humberto – **Curso de Direito Processual Civil: processo de execução e cumprimento da sentença; processo cautelar e tutela de urgência**, 41ª ed. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2.007.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 44. Ed. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e; RODRIGUES, Walter Piva; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real (Coordenadores) – **Exequibilidade das astreintes. Processo Civil: Homenagem a José Ignacio Botelho de Mesquita** – São Paulo: Quartier Latin, 2013.

VADE MECUM - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8, p. 482. No mesmo sentido: ASSIS, Abreu de. Manual da Execução. 11. Ed. São Paulo: RT, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de Processo Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 13. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo – **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol. 2, Execução, 13ª ed. – São Paulo: Ed. RT, 2.013. Magalhães – Execução Civil: novos perfis – São Paulo: RCS Ed., 2.006.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012.

_____. **Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: Reforma do Código de Processo Civil**. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.) São Paulo: Saraiva, 1996.

Bibliografia de internet

<http://www.stj.jus.br>

<http://www.tjsp.jus.br>

<http://www.jusnavigandi.com.br>

<http://www.migalhas.com.br>

BRASIL. Constituição Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 11.305/2015, de 16 de março de 2015 que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Último acesso em 08/04/2015.