

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

JOÃO VICTOR CARLONI DE CARVALHO

A TUTELA DA EVIDÊNCIA NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

**FRANCA
2019**

JOÃO VICTOR CARLONI DE CARVALHO

A TUTELA DA EVIDÊNCIA NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

**Dissertação de Mestrado apresentada à
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais,
Universidade Estadual Paulista “Júlio de
Mesquita Filho”, como pré-requisito para
obtenção do Título de Mestre em Direito
Orientadora: Prof.^a Dr.^a Yvete Flávio da Costa**

**FRANCA
2019**

C331t

Carvalho, João Victor Carloni de

A tutela da evidência no sistema processual civil brasileiro /
João Victor Carloni de Carvalho. -- Franca, 2020

144 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista
(Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca
Orientadora: Yvete Flávio da Costa

1. Processo Civil. 2. Tutela Provisória. 3. Tutela da
Evidência. 4. Duração razoável do processo. 5. Eficiência
processual. I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

JOÃO VICTOR CARLONI DE CARVALHO

A TUTELA DA EVIDÊNCIA NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: “Tutela e Efetividade dos direitos da cidadania”.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Professora Doutora Yvete Flávio da Costa

1º Examinador(a): _____

2º Examinador(a): _____

Franca, ____ de _____ de 2019.

Às minhas duas famílias: a de sangue, e que a vida me presenteou.

"A história é um labirinto. Acreditamos saber que existe uma saída, mas não sabemos onde está. Não havendo ninguém do lado de fora que nos possa indicá-la, devemos procurá-la por nós mesmos. O que o labirinto ensina não é onde está a saída, mas quais são os caminhos que não levam a lugar algum".

(Norberto Bobbio)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por todas as dádivas que tem me dado.

À minha família, pelo amor incondicional e suporte de sempre, mesmo nas horas mais difíceis.

Aos queridos irmãos das Repúblicas Zé Porcão e Frango com Cachaça, por aturarem os primeiros anos da pós-graduação, e sempre me receberem de portas abertas.

À minha namorada pela paciência e compreensão durante todo esse tempo.

A todos meus amigos que estão juntos nessa caminhada, ainda que a distância tenha nos separado um pouco.

À minha orientadora, Prof.^a Dr.^a Yvete Flávio da Costa, por todo o apoio na confecção do trabalho, e pela parceria nas pesquisas desde a época da graduação na nossa querida Unesp.

Ao meu coorientador, Prof. Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni, por todos os ensinamentos ao longo desses anos.

Aos servidores da Unesp, e demais professores, que lutam para manter a Universidade funcionando e prestando seu serviço perante a sociedade.

Ao Pedro Passos e ao Matheus Novais pela colaboração na pesquisa doutrinária.

A todo aquele ou aquela que, de alguma forma, contribuiu até a chegada de mais esse momento, meu mais sincero obrigado.

CARVALHO, João Victor Carloni de. **A tutela da evidência no sistema processual civil brasileiro**. 2019, 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2019.

RESUMO

A presente pesquisa tem a finalidade de analisar a Tutela da Evidência frente ao novo ordenamento processual civil. Tal instituto faz parte das Tutelas Provisórias, aquelas analisadas a partir de um juízo sumário a fim de se conceder maior eficiência ao processo durante o seu curso. Num primeiro momento necessário um estudo sobre o panorama geral das tutelas provisórias, dando um enfoque na de urgência, a qual demanda a presença dos requisitos da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, de forma cumulativa. Feita essa abordagem, concentrar-se-á o estudo nos casos explícitos de tutela da evidência, presentes no rol do art. 311 do Código Processual Civil, estabelecendo-se, ainda, as premissas para a suas diferenças em relação à tutela de urgência, principalmente no tocante à ausência de demonstração do *periculum in mora*. Por fim, uma análise acerca de hipóteses de tutela evidente fora do rol do art. 311, e até mesmo do CPC/2015 necessita ser feito, pois a legislação processual preconiza algumas situações “especiais” de evidência, em que se concede tutelas, e até mesmo liminares, somente com o *fumus boni iuris*. Busca-se, portanto, um entendimento sobre o que é um direito evidente e como as novas ferramentas processuais podem contribuir para maior eficiência e celeridade processuais, garantindo-se um mais efetivo acesso à ordem jurídica justa.

Palavras-chave: Direito processual civil; tutelas provisórias; tutela da evidência; eficiência processual; duração razoável do processo.

CARVALHO, João Victor Carloni de. **A tutela da evidência no sistema processual civil brasileiro**. 2019, 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2019.

ABSTRACT

This research aims to analyze the Evidence Guardianship in view of the new civil procedural order. Such an institute is part of the Provisional Guardianship, those analyzed from a summary judgment in order to grant greater efficiency to the process during its course. Initially, a general study overview of provisional protections is necessary, focusing on the urgency one, which demands the presence of the requirements of the “probability of the right” and the “danger of damage” or “risk to the useful outcome of the process”, cumulatively. Having made this approach, the study will focus on explicit cases of “evidence protection”, present in the role of art. 311 of the Civil Procedural Code, establishing also the premises for their differences in relation to the “urgency guardianship”, especially regarding the lack of demonstration of the *periculum in mora*. Finally, an analysis of “evident guardianship’s” hypotheses outside the list of art. 311, and even CPC / 2015 needs to be done, as procedural legislation provides for some “special” situations of evidence, in which protections are granted, and even injunctions, only with the *fumus boni iuris*. Therefore, we seek an understanding of what is a clear right and how new procedural tools can contribute to greater procedural efficiency and speed, ensuring a more effective access to the just legal order.

Keywords: civil procedural law; provisional protections; evidence protection; procedural efficiency; reasonable length of proceedings

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 12 |
| 1. TUTELA PROVISÓRIA: TUTELAS DE URGÊNCIA, EVIDÊNCIA E SATISFATIVAS AUTÔNOMAS..... | 17 |
| 1.1 Noções introdutórias..... | 17 |
| 1.2 Tutelas Provisórias..... | 20 |
| 1.2.1 <i>Tutela em cognição exauriente x tutela em cognição sumária.....</i> | <i>20</i> |
| 1.2.2 <i>Relato histórico das Tutelas Provisórias no direito processual.....</i> | <i>22</i> |
| 1.2.3 <i>Tutelas Provisórias nos ordenamentos estrangeiros.....</i> | <i>25</i> |
| 1.2.4 <i>Fundamentos constitucionais das Tutelas Provisórias.....</i> | <i>27</i> |
| 1.2.5 <i>Tutelas provisórias no CPC/2015 – “Nova” sistematização.....</i> | <i>33</i> |
| 1.2.6 <i>Disposições gerais da Tutela Provisória no CPC/2015.....</i> | <i>35</i> |
| 1.3 A Tutela provisória de urgência..... | 38 |
| 1.3.1 <i>Tutela antecipada e cautelar.....</i> | <i>38</i> |
| 1.3.2 <i>Regime da tutela provisória de urgência no CPC/2015.....</i> | <i>42</i> |
| 1.3.2.1 <i>Requisitos para concessão da tutela de urgência.....</i> | <i>43</i> |
| 1.3.2.2 <i>Reversibilidade da medida e prestação de caução.....</i> | <i>49</i> |
| 1.3.2.3 <i>Momento de concessão da tutela de urgência.....</i> | <i>52</i> |
| 1.3.2.4 <i>Concessão de ofício das tutelas de urgência.....</i> | <i>54</i> |
| 1.3.2.5 <i>Poder geral de cautela do juiz.....</i> | <i>56</i> |
| 1.3.2.6 <i>Responsabilidade da parte por dano causado com a efetivação da medida.....</i> | <i>58</i> |
| 1.3.3 <i>Tutelas de urgência requeridas em caráter antecedente.....</i> | <i>60</i> |
| 1.3.3.1 <i>Da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.....</i> | <i>60</i> |
| 1.3.3.2 <i>Da tutela cautelar requerida em caráter antecedente.....</i> | <i>66</i> |
| 1.3.4 <i>Tutelas satisfativas autônomas.....</i> | <i>69</i> |

| | |
|---|------------|
| 2. TUTELA DA EVIDÊNCIA – HIPÓTESES TÍPICAS, TAXATIVAS OU EXPLÍCITAS: AS EXPRESSAMENTE PREVISTAS NO ART. 311 DO CPC/2015..... | 72 |
| 2.1 Tutela da Evidência – noções introdutórias..... | 72 |
| 2.2 Hipóteses taxativas da Tutela da Evidência..... | 76 |
| 2.3 A Tutela da Evidência expressamente contida no art. 311 – análise doutrinária e jurisprudencial..... | 78 |
| 2.3.1 <i>Quando caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte (art. 311, I do CPC/2015)</i> | <i>79</i> |
| 2.3.2 <i>Quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (art. 311, II do CPC/2015)</i> | <i>82</i> |
| 2.3.2.1 O sistema de precedentes judiciais trazido pelo CPC/2015..... | 82 |
| 2.3.2.2 Análise da hipótese de concessão da Tutela da Evidência com base em prova documental subsidiada por precedente judicial..... | 88 |
| 2.3.3 <i>Pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito (art. 311, III do CPC/2015)</i> | <i>94</i> |
| 2.3.3.1 Definição legal-doutrinária de contrato de depósito..... | 94 |
| 2.3.3.2 A “ressurreição” da ação de depósito..... | 95 |
| 2.3.3.3 A concessão da Tutela da Evidência lastreada no contrato de depósito..... | 98 |
| 2.3.4 <i>Quando 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 (art. 311, IV do CPC/2015)</i> | <i>100</i> |
| 2.4 Tutela da evidência: aspectos sobre a concessão em caráter antecedente; estabilização da tutela; liminar; e concessão de ofício..... | 104 |
| | |
| 3. HIPÓTESES ATÍPICAS, NÃO-TAXATIVAS, OU IMPLÍCITAS DA TUTELA DA EVIDÊNCIA NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO..... | 107 |
| 3.1 A liminar nas ações possessórias..... | 108 |
| 3.2 Tutela inicial concedida em ação monitória..... | 111 |
| 3.3 Liminar em embargos de terceiro..... | 114 |

| | |
|--|------------|
| 3.4 Tutela da evidência recursal..... | 118 |
| 3.5 Indisponibilidade dos bens em ação de improbidade administrativa..... | 123 |
| 3.6 Liminar de busca e apreensão em alienação fiduciária..... | 126 |
| 3.7 Liminar de desocupação nas ações de despejo..... | 130 |
| | |
| CONCLUSÃO..... | 134 |
| | |
| REFERÊNCIAS..... | 138 |

INTRODUÇÃO

O diploma processual civil (Lei 13.105/2015) chegou com o escopo de dinamizar a sistemática processual, adequando-a às próprias características da sociedade contemporânea. Com efeito, a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015 traz, em seu texto, a noção de que “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”.¹

Neste sentido, certos princípios ganham importante relevância, principalmente no tocante às Tutelas Provisórias, merecendo destaque os princípios da eficiência processual e da duração razoável do processo. O primeiro, diz respeito à função primordial do processo, qual seja a de proteger, garantir ou realizar determinado direito material, da maneira mais proba e íntegra possível. Como leciona Didier Júnior: “Efetivo é o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente. Eficiente é o processo que atingiu esse resultado de modo satisfatório, nos termos acima”.²

Já a duração razoável do processo encontra-se presente no rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º da CF/88, em seu inciso LXXVIII,³ introduzido pela EC nº 45/2004. A intenção do constituinte derivado foi salvaguardar ao cidadão o direito de ver sua pretensão solucionada em tempo coerente com a sua complexidade. É evidente que a eficiência processual jamais será alcançada se o próprio Estado não combater a morosidade judicial e tornar o processo mais célere e dinâmico.⁴

Contudo, nenhum desses princípios será plenamente eficaz, caso não seja almejado o sentido real de acesso à justiça. Kazuo Watanabe define “acesso à justiça”

¹ Trecho extraído da Exposição de Motivos da Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), em que são elencadas as razões e objetivos do novo diploma na otimização da sistemática processual atual. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 21 Jan 2019.

² DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil vol. I: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 16ª ed. Salvador: jusPODVIM. 2014, p. 74.

³ “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” in BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 21 jan. 2019.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. E-book. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. 56 ed. rev. atua. e amp. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 94.

como a possibilidade de se viabilizar o acesso a uma ordem jurídica justa, observando-se, dentre outros fatores, o remanejamento dos instrumentos processuais a fim de se obter uma adequada tutela de direitos.⁵

Partindo desta análise principiológica, constata-se verdadeiras mudanças em relação ao CPC/73 no tratamento das Tutelas Provisórias. Antes, recebiam tratamento diferenciado, sendo que tutelas de urgência, de evidência e satisfativas (tutela antecipada) tinham tratamento universal no Livro I, mais precisamente nos artigos 273 e 476, § 3º do CPC/73. Já as tutelas cautelares (também denominadas provisórias conservativas), eram tratadas em separado no Livro III do antigo diploma, junto com as também denominadas tutelas satisfativas autônomas – cuja previsão legal não era expressa, mas empregavam o rito cautelar em virtude de sua sumariedade.⁶

O CPC/2015 unificou o tratamento das tutelas provisórias em sua Parte Geral (artigos 294 a 311), com a justificativa de que, apesar das diferenças semânticas e de aplicabilidade, possuíam características semelhantes entre si, impondo-se um tratamento conjunto. Dessa forma, extinguiu-se o Livro III do CPC/73, transportando as tutelas cautelares para o âmbito do poder geral de cautela do juiz (art. 297 e 301 do CPC/15), dando uma nova roupagem às espécies de tutela provisória.

Dentre as grandes inovações, está a codificação expressa da Tutela da Evidência (já admitida por parte da doutrina e da jurisprudência pátria, além do respaldo legislativo nos artigos 273, II e 902, I, ambos do CPC/73), presente no art. 311 do CPC/2015.

Direito evidente seria aquele demonstrável *prima facie*, por meio de prova documental que o daria característica de líquido e certo, assim como é o direito assentado em fatos incontroversos, notórios, em questões estritamente jurídicas, em fatos confessados noutro processo, comprovados através de prova emprestada obtida sob contraditório ou, ainda, produzidas antecipadamente, incidindo presunção *jure et de jure* de sua existência, não excluindo aqueles decorrentes da constatação de decadência ou prescrição.⁷

Nas lições de Eduardo Arruda Alvim:

⁵ WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et AL (Coord.). **Participação e Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, passim.

⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral**. São Paulo: Forense. 2015, p. 851.

⁷ FUX, Luiz. *A tutela dos direitos evidentes*. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. p. 30.

Presta-se a tutela da evidência, nas hipóteses previstas pela lei processual, para tutelar direito evidente. Ao se falar em “direito evidente”, aliás, não se pretende adjetivar o direito em si, analisado abstratamente, mas sim fazê-lo no plano dos fatos, evidenciando-se a ocorrência, no plano empírico, das hipóteses de incidência previstas pelos dispositivos normativos. “Direito evidente”, portanto, é o “direito evidenciado ao juízo através de provas”.⁸

Não há, portanto, a presença do requisito “perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”, indispensável para concessão da Tutela de Urgência. Basta que a parte demonstre a evidência de seu direito por meio das provas em que se baseia. Nesse sentido, leciona Gajardoni: “Com a concessão da tutela da evidência, o tempo do processo é distribuído com mais Justiça entre as partes, fazendo com que aquele que aparenta não ter razão acabe por suportá-lo (e não o autor, como é a regra)”.⁹

Aqui está canalizado o primeiro propósito do trabalho: tratar das diferenciações existentes entre as tutelas provisórias de urgência e de evidência.

Dando andamento, bem se vê que a tutela da evidência está intimamente conectada com os princípios da razoável duração do processo e da eficiência processual, visando garantir uma situação jurídica favorável àquele que consiga comprovar seu direito de maneira a incidir nos incisos do art. 311, as chamadas hipóteses explícitas da tutela da evidência, ou típicas.

Segundo o dispositivo legal, será concedida a tutela da evidência quando: a) caracterizar-se abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte; b) houver tese firmada sobre a matéria em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante e as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente; c) “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”; d) “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”.

O segundo propósito do presente estudo passa a ser, dessa forma, analisar esses casos “típicos” da Tutela da Evidência e sua aplicabilidade no direito, haja vista

⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 316.

⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral**. São Paulo: Forense. 2015, p. 1.895.

o potencial que se pode extrair da norma, se analisarmos o processo à luz dos princípios da duração razoável e da eficiência.

A partir daí, far-se-á uma abordagem das possíveis hipóteses atípicas (ou implícitas) da tutela da evidência, aquelas que não se encontram no rol do art. 311, CPC, tida por parte da doutrina como taxativo. São casos que, em virtude de sua composição (ou seja, o direito que protegem aliado à situação fática cabalmente documentada) em conjunto com objetivo daquilo que se pretende proteger caracterizam-se como externalização da tutela da evidência, ainda que não explicitamente presentes no rol do 311, CPC.

Com efeito, importante parcela da doutrina sustenta que

Ainda foram mantidas as tutelas de evidência no âmbito dos procedimentos especiais, tanto no CPC/2015 quanto no âmbito da legislação extravagante. Sobrevivem a tutela da evidência possessória já referida (artigos 558 e 563 do CPC/2015), a tutela inicial concedida no âmbito da ação monitória (artigo 701 do CPC/2015) e a tutela liminar no bojo dos embargos de terceiro (artigo 678 do CPC/2015). 2.5. Há ainda, entre outras, as hipóteses: a) a decretação da indisponibilidade de bens no âmbito da improbidade administrativa (artigo 7.º da Lei n.º 8.429/1992), que, conforme jurisprudência pacificada (STJ, REsp 1.366.721/BA, Relator p/Acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 26.02.2014), é típico caso de tutela de evidência, como tal a dispensar prova de que o acusado esteja a dilapidar seu patrimônio (*periculum in mora*); e b) a liminar da busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente (DL n.º 911/1969), que é deferida com base na simples evidência do inadimplemento (advinda da constituição do devedor e mora), sem nenhuma necessidade de prova de risco ao bem financiado.¹⁰

A importância do presente estudo justifica-se pela divergência de posições doutrinárias/jurisprudenciais frente à aplicabilidade da Tutela da Evidência no sistema processual civil.

Ademais, um estudo sobre os chamados casos atípicos ou implícitos da tutela da evidência se faz necessário a fim de que seja extraída a máxima potencialidade dos dispositivos legais e realmente se possa falar em duração razoável e distribuição do ônus temporal do processo.

Com efeito, muitas discussões ainda estão sendo travadas acerca do *modus operandi* do CPC/2015, entre elas, como utilizar a nova legislação para potencializar o processo e utilizá-lo como ferramenta eficaz para se atingir a *ordem-jurídica justa*.

¹⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral**. São Paulo: Forense. 2015, p. 1.896.

Já no tocante à metodologia utilizada, visando garantir maior objetividade e complexidade ao estudo, pretende-se analisar, durante a execução do presente trabalho, o conceito e a aplicabilidade da Tutela da Evidência no ordenamento processual sob a ótica dos princípios processuais da eficiência e da duração razoável do processo. Para isso, será adotado o método dedutivo, calcado na análise de diversas premissas para se chegar a uma conclusão final. Ademais, também se adotam os métodos histórico-analítico e comparativo, uma vez que se pretende compreender as inovações trazidas no tocante às tutelas provisórias com o ordenamento processual de 2015.

Quanto à tipologia, a pesquisa será bibliográfica e documental, uma vez que a condução desta é proporcionada pela leitura de livros, artigos, teses, jurisprudências, documentos legais referentes ao tema, apresentando ainda uma visão jurisprudencial sobre o assunto para fins de aplicabilidade prático-jurídica.

Em uma primeira etapa, pretende-se discorrer a respeito das mudanças trazidas pelo ordenamento processual no tocante à tipificação e ao procedimento das tutelas provisórias, chegando-se ao conceito de tutela de evidência e sua diferenciação com as hipóteses de tutela de urgência.

Em um segundo momento, far-se-á a análise dos casos explícitos (típicos) previstos no CPC para a concessão desse tipo de juízo sumário, presentes no art. 311 do CPC/2015.

Por fim, a discussão se dará acerca das hipóteses implícitas (atípicas) da Tutela da Evidência, e os ditames para sua aplicação frente ao novo código.

1. TUTELA PROVISÓRIA: TUTELAS DE URGÊNCIA, EVIDÊNCIA E SATISFATIVAS AUTÔNOMAS

1.1 Noções introdutórias

Quando se aventura no estudo dos tipos de tutela jurisdicional, notadamente sempre se debruça sobre o caráter instrumental do processo, considerado por Bedaque como sendo premissa inafastável a qualquer estudo nesta seara do Direito.¹¹

Ora, o direito material é consubstanciado num conjunto de regramentos abstrato de condutas, visando-se a solução dos possíveis conflitos de interesses que possam insurgir do convívio social, definindo, por vezes, aquele que irá prevalecer sobre outro.

Nesse sentido, por exemplo, é que a legislação material civil define o que será considerado ato ilícito em seu art. 186¹², almejando prever situações fáticas que caracterizem tal instituto, para posteriormente preceituar um efetivo “remédio” para sua ocorrência, qual seja a responsabilização civil pelo dano causado pelo cometimento desse ato ilícito – art. 927 do CC.

Já o direito processual ocupa-se em trazer mecanismos estatais – ou particulares, mas dotados de jurisdição - que visem efetivar, realizar, proteger, aplicar (do ponto de vista prático-concreto) essas normas substanciais, principalmente nas ocasiões em que os sujeitos não se submetam de forma espontânea ou voluntária a esse regramento material. Noutros termos, “o direito processual é formado por um conjunto de regras destinadas a estabelecer meios de aplicação coercitivas das soluções previstas no plano substancial e não adotadas naturalmente pelos envolvidos no conflito de interesses”.¹³

Apesar de serem considerados planos científicos diferentes – a ciência processual, outrora, já foi considerada indissociável ao direito material na chamada visão *sincretista* do processo -, numa visão hodierna da processualística, “o processo deve ser entendido como verdadeiro instrumento de realização e acesso à justiça,

¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 11.

¹² “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op. cit., p. 11.

concentrado em sua plena capacidade de conseguir tutelar de forma adequada o direito material”.¹⁴

Não se nega, a bem da verdade, que a missão mais nítida e palpável do processo “é a de produzir com rigorosa precisão os resultados jurídicos determinados pela norma substancial e de produzi-los exclusivamente nos casos em que ela assim preceitua”.¹⁵

E nesse mesmo sentido preleciona Barbosa Moreira, ao discorrer ser uma ideia clássica da processualística a concepção do processo como instrumento de realização do direito material, devendo propiciar a quem “tenha razão” (sic), tudo aquilo que for possível e que tenha direito de conseguir.¹⁶

Dessa maneira, para que a tutela jurisdicional possa ser considerada eficaz no tocante ao resultado almejado, necessário que o mecanismo a ser utilizado também seja efetivo, de maneira a providenciar ao interessado, não somente uma proteção formal, mas sim a obtenção de resultado capaz de propiciar a mesma, ou equivalente situação que o cumprimento espontâneo daquele referido comando legal lhe asseguraria.

Nessa mesma linha de pensamento, leciona Marinoni:

Pensou-se que o processo poderia existir sem qualquer compromisso com o direito material e com a realidade social. Porém, como não é difícil constatar, *houve uma lamentável confusão entre autonomia científica, instrumentalidade do processo e neutralidade do processo em relação ao direito material*. Se o direito processual é cientificamente autônomo e o processo possui natureza instrumental, isto está muito longe de significar que ele possa ser neutro em relação ao direito material e à realidade da vida. Aliás, justamente por ser instrumento é que o processo deve estar atento às necessidades dos direitos.¹⁷

A verdadeira eficiência da tutela jurisdicional prestada pelo Estado reside, portanto, não somente na prestação e no desenvolvimento *in concreto* do

¹⁴ CARVALHO, João Victor Carloni de. **A Defensoria Pública na tutela dos direitos e interesses transindividuais**: uma análise sobre a efetividade do acesso à justiça. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca. Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Franca [s.n], 2016, p. 50.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume II – 7 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 35.

¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva. In: **temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1988, pag. 117.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. E-book. **Tutela de urgência e da evidência**: soluções processuais diante do tempo e da justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 7.

procedimento, mas sim pelos resultados obtidos. Exige-se, dessa forma, mecanismos adequados a contemplarem as exigências preconizadas pela legislação material.¹⁸

A respeito dos termos *eficiência* e *efetividade* do processo, disserta Didier Jr.:

Efetivo é o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente. Eficiente é o processo que atingiu esse resultado de modo satisfatório, nos termos acima. Um processo pode ser efetivo sem ter sido eficiente - atingiu-se o fim "realização do direito" de modo insatisfatório (com muitos resultados negativos colaterais e/ou excessiva demora, por exemplo). Mas jamais poderá ser considerado eficiente sem ter sido efetivo: a não realização de um direito reconhecido judicialmente é quanto basta para a demonstração da ineficiência do processo.¹⁹

Dentre os inúmeros obstáculos condizentes com ineficiência de uma prestação jurisdicional, sem dúvida está o tempo. “Il fattore tempo, peraltro, se permea la nozione stessa del processo, ne costituisce al contempo il principale motivo de crisi, atteso che un'eccessiva dilatazione temporale dei giudizi finisce con il causare una serie di gravissimi inconvenienti individuali e collettivi”.²⁰

A morosidade que acomete nosso (e qualquer outro) sistema jurídico é notória e incontroversa, constituindo temática importante de inúmeros trabalhos acadêmicos, apontando-se as causas mais diversas para sua ocorrência. Dentre elas, pode-se citar: a) a “cultura da litigiosidade” de nossos tempos, em que tudo tem de ser resolvido pelo Estado; b) má gestão nas unidades judiciárias, o que processualistas costumam chamar de “tempo morto” do processo, ou seja, o tempo que ele fica parado em Cartório aguardando alguma providência; c) subutilização dos mecanismos processuais existentes, por vezes sequer aplicados pelos nossos operadores.²¹

Inúmeros outros argumentos²² poderiam ser trazidos a justificar essa demora na prestação jurisdicional, contudo não cabe a este trabalho investigar a fundo essas

¹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 15.

¹⁹ DIDIER Jr., Fredie. E-book. **Curso de Direito Processual Civil vol. I**: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 16ª ed. Salvador: jusPODVM. 2014, p. 74.

²⁰ “O fator tempo, ao mesmo tempo que permeia a noção do próprio processo, constitui a principal razão de sua crise, dado que a dilatação temporal excessiva dos julgamentos acaba trazendo diversos problemas em relação aos direitos individuais ou coletivos” (tradução livre) ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**: corzo di lezioni. Torino: Giappichelli editore, 1990, p. 88.

²¹ LISBOA, Cláudia Fabiana. **Morosidade no Judiciário: afinal, de quem é a culpa?**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI133618,51045-Morosidade+no+Judiciario+afinal+de+quem+e+a+culpa>. Acesso em 10 jun. 2018.

²² Bedaque ainda cita que os “inúmeros incidentes processuais que o sistema prevê, a facilidade de acesso às instâncias superiores, ordinárias e extraordinárias, as dificuldades práticas para a eliminação da crise de adimplemento, além de deficiência estrutural do Poder Judiciário, são fatores determinantes

causas, mas sim analisar de que forma um possível remédio a essa morosidade judicial pode ser implementado e utilizado – no caso, as Tutelas Provisórias de Urgência e, mais especificamente, da Evidência.

Essa demora na resposta jurisdicional, sobretudo quando ocasionada dentro do contexto do processo de conhecimento, acaba por orientar o legislador a criar soluções jurídicas “tendentes a tutelar a parte que *aparentemente* tenha razão, por meio de estruturas procedimentais voltadas a evitar que o tempo de duração do processo acabe por frustrar, *in concreto*, o direito material da parte”.²³ Surge daí a matriz constitucional das Tutelas Provisórias, como se verá.

1.2 Tutelas Provisórias

1.2.1 Tutela em cognição exauriente x tutela em cognição sumária

Considera-se que a tutela foi prestada de modo *exauriente* quando o procedimento foi completo, ou seja, todas as partes se manifestaram – ou ao menos tiveram oportunidade para tanto -, bem como o quadro probatório já se encontrava completo para a prolação da decisão em definitivo pelo magistrado – ou ainda, se encontrava tão completo quanto demanda a natureza do procedimento.

As sentenças que julgam procedente ou improcedente os pedidos formulados pelas partes no procedimento comum são exemplos clássicos de decisões fundadas em cognição exauriente (art. 485 e ss.). A tutela fundada em cognição exauriente é uma tutela definitiva e é idônea à formação da coisa julgada.²⁴

Nesse sentido, complementa Bruno Vinícius da Rós Bodarte da Costa:

Exaurir é esgotar, dissipar inteiramente, conforme definição vernácula. A cognição exauriente é aquela que esgotou todos os elementos que poderiam e deveriam ser perquiridos pelo juiz com vistas à solução da causa, com ou sem exame do mérito [...] Considera-se exaurida a cognição sempre que o julgador dispuser das informações de fato ou

dessa excessiva demora na prestação dos resultados do processo” in BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 18.

²³ ARAÚJO, F. C.; GAJARDONI, F. F; MEDINA, J. M. G. **Procedimentos cautelares e especiais**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 44.

²⁴ ARENHART, S.C; MARINONI, L. G; MITIDIERO, D. E-book. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. 3 ed. São Paulo: RT, 2017, p. 14-15.

de direito que sejam suficientes para o desate da controvérsia sobre a relação jurídica deduzida em juízo, julgando procedente ou improcedente o pedido, ou, excepcionalmente, extinguindo o processo sem resolução de mérito.²⁵

Já a tutela prestada em cognição sumária se caracteriza pela sua concessão sem a oitiva da parte adversa, ou ainda em momento processual donde as provas carreadas aos autos ainda são passíveis de complementação, amadurecimento, seja ao longo do próprio processo, ou ainda mediante outro procedimento complementar. “A tutela sumária, assim, é caracterizada pela incompletude material da causa (*“materielle Unvollständigkeit der causae cogntio”*). Exemplos de tutelas que podem ser prestadas mediante a técnica da cognição sumária são as tutelas de urgência e de evidência (arts. 300 e 311)”.²⁶

A tutela prestada mediante cognição sumária é, portanto, uma tutela marcada principalmente pela sua provisoriedade – ou temporariedade - e pela inidoneidade em formar coisa julgada. Ovídio Baptista, ao discorrer sobre a teoria das ações cautelares, já pregava que acaso fosse invocada a cognição exauriente para se resolver as situações ensejadoras da cautelar, estar-se-ia denegando verdadeiro direito à parte, pois o procedimento ordinário, marcado principalmente pela característica exauriente de cognição, jamais seria capaz de tutelar de forma efetiva/eficiente a urgência demandada.²⁷

Complementando o estudo, disserta Kazuo Watanabe:

A convicção do juiz, na cognição sumária, apresenta todos esses [seguintes] graus. Deve haver adequação da intensidade do juízo de probabilidade ao momento procedimental da avaliação, à natureza do direito alegado, à espécie dos fatos afirmados, à natureza do provimento a ser concedido, enfim, à especialidade do caso concreto. Em razão da função que cumpre a cognição sumária, mero instrumento para a tutela de um direito, e não para a declaração de sua certeza, o grau máximo de probabilidade é excessivo, inoportuno e inútil ao fim que se destina.²⁸

Não é porque a decisão foi concedida em juízo de cognição sumária que deixará de ser mais “justa” em relação àquela que foi prestada após a captação de

²⁵ COSTA, Bruno Vinícius da Rós Bodarte da. **Tutela da evidência - a análise econômica do Direito Processual de riscos**. 2012. 165f. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 43-44.

²⁶ ARENHART, S.C; MARINONI, L. G; MITIDIERO, D. op. cit, p. 15.

²⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 76

²⁸ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Perfil, 1999, p. 128.

todos os elementos para o exercício da cognição exauriente. Em certas ocasiões, presta-se uma tutela mais “justa” se analisada sob o viés da sumariedade, mais eficaz, célere e eficiente à proteção daquele determinado direito, sem que este pereça pelas mazelas provocadas pelo tempo que a cognição exauriente demandaria.

Convém ressaltar que a regra é a da cognição exauriente, exercendo-se o contraditório pleno e efetivo, bem como respeitando-se o princípio da bilateralidade da audiência (ampla defesa). Ou seja, afora das hipóteses excepcionais regulamentadas pelo ordenamento para a concessão da tutela provisória (sumária) e a sua análise casuística de aplicabilidade - seja em virtude da urgência (tutela cautelar e antecipada), seja pela evidência do direito -, os efeitos da sentença só devem ser implementados quando do trânsito em julgado, ou, em certos casos, após a prolação nos casos em que o recurso não for dotado de efeito suspensivo, respeitando-se por completo a bilateralidade da audiência, a ampla defesa, e o devido processo legal.²⁹

1.2.2 *Relato histórico das Tutelas Provisórias no direito processual*

Muito se engana quem pensa que as Tutelas Provisórias são uma criação do “direito moderno”, remédio concebido nos tempos atuais para sanar a ineficiência do sistema processual. A “origem” desse tipo de tutela remota, em verdade, ao direito romano, nos chamados interditos (*interdictum*).

Segundo ensina Bedaque, os interditos:

[...]consistiam em ordem emitida pelo magistrado, impondo certo comportamento a uma pessoa privada, a pedido de outra. Essa forma de tutela, emanada do poder de *imperium* do magistrado, abrangia a grande maioria das relações da vida envolvendo direitos absolutos. Já os direitos obrigacionais, versando indenização, eram amparados pela *actio*, com juízo privado [...] havia, portanto, dois sistemas de processo civil. Em um deles era possível a obtenção de ordem liminar, até sem a presença da parte contrária e mediante cognição sumária das afirmações do autor, se feitas conforme o édito. No outro havia pleno contraditório desde o primeiro momento, não era possível a emissão de mandado e atividade cognitiva era privada.³⁰

Com a queda do Império Romano e a invasão dos povos bárbaros-germânicos, houve uma espécie de fusão dos dois sistemas jurídicos, um mais

²⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 62-63.

³⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

evoluído (romano) e outro mais rude (barbárico), surgindo o denominado “processo romano-barbárico”, sendo este de característica mais rudimentar, admitindo-se “juízes de Deus”, donde o julgamento acontecia perante uma assembleia e as decisões eram irrecorríveis.³¹ Após esse período, tem-se o surgimento do processo romano-canônico ou “comum”, de aplicação genérica quando houvesse lacuna por parte do direito particular do local.³²

Esse processo comum era considerado moroso e excessivamente formal, não demorando para surgir reivindicações a respeito de um sistema mais ágil, sendo que em 1306 se tem notícia do “nascimento” do procedimento sumário, simplificado em relação às suas formas processuais, contudo exauriente em termos de cognição; e um procedimento sumário, mas também com cognição sumária, para satisfazer atos executivos.³³

Na França, nos anos de 1667 – com a *Ordonnance* de Luís XIV - e, após, em 1807 - Code de Procedure Civile -, houve verdadeira simplificação dos procedimentos, não demorando para que houvesse a expansão dessa ideia de processo civil em toda Europa, ao menos na primeira metade do século XIX.³⁴

No Brasil, com a proclamação da Independência e conseqüente promulgação do Código de Processo Criminal – que também regulamentava a matéria procedimental cível, conjuntamente com as Ordenações Filipinas – em 1832, apesar de não dispor expressamente sobre tutela liminar ou antecipatória, incorporou-se traços dessas técnicas quando da regulamentação da manutenção e reintegração de posse. Já em 1850 é editado o Regulamento 737, trazendo consigo disposições

³¹ FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência:** (fundamentos da tutela antecipada) – São Paulo: Saraiva, 1996, p.159.

³² COSTA, Thiago Affonso de Araujo. **A Tutela de Evidência no novo Código de Processo Civil.** 2015. 65 f. Monografia de pós-graduação “latu senso”, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP/USP, Ribeirão Preto, 2015, p. 17.

³³ FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência:** (fundamentos da tutela antecipada) – São Paulo: Saraiva, 1996, p. 159. Nesse sentido, Bedaque: “ante a necessidade de soluções rápidas, verificou-se, no direito canônico principalmente, a ampliação da ideia de posse para os direitos pessoais, o que não condiz com a concepção romana do instituto. Com base nessa ideia, foi possível aplicar, de forma genérica, o mecanismo sumário dos interditos da época clássica, em que eram suprimidas formalidades do processo comum, para atender a casos de urgência. Isso ocorreu em vários países a partir do século XIII, como Itália, Espanha, França e Alemanha” in BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 31.

³⁴ FUX, Luiz, op. cit, p. 159.

atinentes ao processo civil, dentre as quais se encontravam os processos preparatórios, preventivos e incidentes. (artigos 321 a 342).³⁵

Exceto nos casos do *habeas corpus*, do mandado de segurança e da ação popular preventivas, o direito brasileiro conhecia para litígio entre particulares, apenas os interditos proibitórios e a nunciação de obra nova. Assim, ressalvadas as hipóteses de tutelas de liberdades constitucionais, a tutela preventiva no âmbito civil nacional resumia-se à defesa da posse em juízo.³⁶

Após diversas modificações legislativas e constitucionais, foram, aos poucos, sendo introduzidas em nosso ordenamento técnicas processuais consideradas inerentes às tutelas provisórias, como o Decreto 2.084 de 1.898 que disciplinou, além do embargo, as medidas de arresto e sequestro; e a codificação processual civil de 1939 que trouxe o chamado “poder geral de cautela” em seu art. 675, e em seu art. 676 dispunha acerca do arresto, sequestro, busca e apreensão, e demais modalidades de tutela cautelar.

O CPC/73, a princípio, não trouxe modificações a respeito da temática. Somente em 1994 com a alteração legislativa pela Lei nº 8.952, houve a disciplina a respeito da tutela específica das obrigações de fazer, assegurando-se, ao menos, o resultado prático equivalente ao adimplemento – nos mesmos moldes da legislação consumerista de 1990. Além dessas alterações, houve a instituição da tutela antecipada e os pressupostos para a sua concessão com a alteração legislativa do art. 273 do CPC/73.

Em 2002, com a Lei 10.444 de 2002, além de outras alterações na legislação processual, foram incluídos os parágrafos 6º e 7º ao art. 273 do CPC/73, possibilitando-se a antecipação dos efeitos da tutela quando um ou mais pedidos cumulados, ou ainda, parcela deles, mostrar-se incontroverso, além da possibilidade de *fungibilidade* entre as tutelas antecipada e cautelar.

Por fim, com a edição da Lei 13.105/2015 (“Novo” Código de Processo Civil), alterações significativas na sistemática das tutelas provisórias foram observadas, e serão um dos objetos de estudo do presente trabalho.

³⁵ COSTA, Thiago Affonso de Araujo. **A Tutela de Evidência no novo Código de Processo Civil**. 2015. 65f f. Monografia de pós-graduação “latu senso”, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP/USP, Ribeirão Preto, 2015, p. 18.

³⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva. In: **temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1988, pag. 26.

1.2.3 Tutelas Provisórias nos ordenamentos estrangeiros

Percebe-se, pelo discorrido anteriormente, que as tutelas provisórias são uma verdadeira evolução dos conceitos e da aplicação dos interditos romanos. A ideia de se proteger a efetividade da tutela jurisdicional, assim, foi difundida por entre outras nações, sempre visando o escopo de sanar eventuais perigos que pudessem comprometer essa efetividade, haja vista o longo tempo que demandava uma ação ordinária clássica para proteger determinado direito substancial.³⁷

Como características fundamentais das tutelas jurisdicionais provisórias tem-se a instrumentalidade, a provisoriedade e a sumariedade,³⁸ o que não exclui a particularidade que cada sistema jurídico estabelece em relação ao assunto.

Nos sistemas que se utilizam da *common law*, por exemplo Inglaterra e EUA, não há propriamente uma tipicidade de medidas assecuratórias ou acautelatórias, “conferindo-se ao juiz o poder de escolha do mecanismo mais adequado ao caso concreto, a fim de garantir a efetividade da tutela jurisdicional”.³⁹

Trata-se do chamado poder geral de cautela do magistrado, considerado nesse tipo de sistema jurídico como sendo o mais amplo possível, podendo-se, além do mais, escolher entre medidas proibitórias (*prohibitory injunctions*), ou mandamentais (*mandatory injunctions*), passíveis de confirmação com a prolação da decisão final. Isso sem excluir, ainda, os remédios imediatos de tutela de direitos, denominados *writs*.⁴⁰

Já nos países que adotam o sistema de *civil law* a tendência, sem dúvidas, é a tipificação das tutelas cautelares, mediante a disposição expressa do remédio a ser utilizado e da situação em que se enquadrará a concessão desse provimento parcial.

³⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 36.

³⁸ Ibidem, p. 37.

³⁹ Ibidem, p. 37.

⁴⁰ FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência:** (fundamentos da tutela antecipada) – São Paulo: Saraiva, 1996, p.169. Sobre o tema, complementa Bedaque: “Ao lado desse poder geral (*imperium iudicis*), existem as *injunctions* (*mandatory e prohibitory injunctions*), com função particularmente cautelar, pois concedidas em caráter provisório (*interlocutory injunctions*), após avaliação comparativa dos danos a serem causados às partes com a concessão ou não da medida (*balance of convenience*). Na Inglaterra a atipicidade está caracterizada no *pre-trial remedies*. No direito norte-americano existem tutelas específicas meramente exemplificativas (*arrest, attachment, garnishment, replevin, sequestration*), sem comprometer a possibilidade de concessão de cautelares atípicas (*preliminary injunction* ou *temporary restraining order*) [...] Verifica-se a existência de enorme poder discricionário dos juizes ingleses e norte-americanos, decorrência natural do sistema de criação do direito pelo Poder Judiciário” in BEDAQUE, José Roberto dos Santos, op. cit, p. 37-39

No direito francês, apesar da presença do *poder geral de cautela*, as situações passíveis de proteção provisória são tipificadas no ordenamento processual, sendo elas as *ordonnances sur requête* e as *référé*s.⁴¹

Alessandro Jommi disserta sobre o *référé*, aduzindo que se trata de:

[...] um procedimento sumário (extremamente simples e rápido), em contraditório, perante um juízo monocrático (em princípio o presidente do tribunal competente ou o juiz delegado por ele), que pode ser instaurado *ante causam* ou no curso de um processo, e que resulta em um provimento emitido sob a forma de ordem, cujas características são: 1) uma eficácia executiva particularmente incisiva de pleno direito, que não pode ser suspensa em nenhum caso, mesmo em que princípio sejam admitidos contra a ordem os meios normais de impugnação; 2) provisoriedade (ou seja, a não autoridade de coisa julgada); e 3) a ausência de (rígida) instrumentalidade em relação ao processo de cognição plena, nem ocorre sua extinção, uma vez instaurado).⁴²

O art. 484 do novo CPC francês define a *référé* como sendo uma decisão provisória a ser tomada quando requerida por uma parte, na presença da outra, ou chamando-a para compor a lide, nos casos em que a própria lei conferir a um juiz, que não seja responsável pelo processo principal, poder para ordenar de maneira imediata as tutelas necessárias (tradução livre).⁴³

Já o art. 808 do CPC francês traz o chamado *référé* geral, denotando que em qualquer caso de urgência, o presidente do tribunal de *grande instance* poderá ordenar medidas que não sejam objeto de contestação séria ou que justifiquem a existência de um *differend*.⁴⁴

Em seu art. 809 a legislação processual francesa disciplina o *reféré especial*, no qual o presidente do tribunal:

⁴¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 40.

⁴² JOMMI, Alessandro. Il *référé* provision: ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Itália. Torino: G. Giappihelli, 2005, p. 5. In: PAIM, Gustavo Bohrer. **O *référé* francês. Revista de Processo**. Repró 203. Ano 37. Janeiro 2012. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. Revista dos Tribunais, p. 104-105.

⁴³ Article 484. "L'ordonnance de *référé* est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires" in FRANCE. Version consolidée au 1 janvier 2018. **Code de procédure civile**. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁴⁴ PAIM, Gustavo Bohrer. **O *référé* francês. Revista de Processo**. Repró 203. Ano 37. Janeiro 2012. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. Revista dos Tribunais, p. 102.

[...] pode, mesmo em presença de uma contestação séria, prescrever em *référé* as medidas conservatórias ou de reabilitação que se imponham, seja para prevenir um dano eminente, seja para fazer cessar um transtorno manifestamente ilícito. A segunda alínea do mesmo artigo traz o *référé-provision*, que dispõe que nos casos em que a existência da obrigação não for seriamente contestada, o juiz do *référé* pode conceder uma prestação ao credor ou ordenar a execução da mesma obrigação se houver uma obrigação de fazer. Extrai-se do supramencionado dispositivo a dispensa da urgência e a possibilidade de concessão de tutelas provisórias definitivas situação que não era permitida no Código de Processo Civil antigo que vedava o *référé* que deixasse vislumbrar a decisão de mérito que o Tribunal tomaria no processo de fundo.⁴⁵

No direito italiano tem-se as chamadas tutelas sumárias *cautelar* (deferida em contexto de urgência) e *não cautelar* (deferida sem o contexto da urgência), as quais, dentre outras características, podem ser utilizadas em procedimento autônomo, ou ainda de maneira incidental dentro do procedimento de cognição exauriente.

Independente de qual seja, ambas estão aptas a encerrar o conflito, ainda que não se tenha exaurido a “cognição plena”, sendo nítida a sua relação com o instituto da estabilização da tutela antecipada incorporado em nosso ordenamento pelo CPC/2015. Isso porque, apesar de seu caráter provisório, no caso de haver a inércia da parte contrária em relação à decisão que concedeu a tutela sumária, a tutela passará a ter efeitos por tempo indeterminado, eis que não há obrigatoriedade de instauração de procedimento de cognição plena, nos mesmos moldes das *référés* francesas.⁴⁶

1.2.4 Fundamentos constitucionais das Tutelas Provisórias

Elencar e estudar os fundamentos constitucionais atinentes às Tutelas Provisórias torna-se imperioso, na medida em que proporciona o entendimento de que a existência delas independe da expressa previsão infraconstitucional. Isto é, não é o art. 300 (tutela de urgência) e art. 311 ou demais dispositivos legais (tutela de evidência) que serão a razão de existir dessas formas de tutela. Caso o CPC “deixe

⁴⁵ COSTA, Thiago Affonso de Araujo. **A Tutela de Evidência no novo Código de Processo Civil**. 2015. 65f f. Monografia de pós-graduação “latu senso”, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP/USP, Ribeirão Preto, 2015, p. 21.

⁴⁶MENCHINI, Sergio. **Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessita dell'acertamento com autorità di giudicato**. Rivista di Diritto PRocessuale, vol. 61 (2ª série), n.1, p869-902. Padova: Cedam, fern.-mar. 2006, p.871. In: ANRADE, Erico. **A técnica processual da tutela sumária no direito italiano**. **Revista de Processo**. Repr 179. Ano 35. Janeiro 2010. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. Revista dos Tribunais, p. 198.

de existir”, elas permanecerão válidas e enraizadas no ordenamento, pois são essenciais para a exata compreensão e efetivação de garantias constitucionais.

Nesse sentido, nos ensinamentos de Chiovenda, as medidas de urgência não podem ser consideradas como apenas um “acessório” ao direito acautelado, mas um mecanismo onde se evite um dano jurídico e prevaleça a “vontade da lei”. Aponta o autor, ainda, que as condições para o provimento desse tipo de tutela são o justificado temor de um evento danoso, aliado a uma cognição superficial sobre o mérito.⁴⁷

O primeiro fundamento constitucional que vem à mente quando falamos de Tutela Provisória sem dúvida é o estabelecido no art. 5º, XXXV da CRFB/88, determinando que não poderá a lei excluir da análise do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito.

Com efeito, o processo civil pode assumir um caráter reparatório (lesão), mas também inibitório de injustiças (reprimindo-se a ameaça de lesão a determinado bem-jurídico tutelado materialmente). Nestes termos, nas lições de Carnelutti:

El proceso civil puede operar, no solo para la represión, sino también para la prevención del litigio, a fines higiénicos y no terapéuticos. Precisamente la actividad preventiva del proceso civil se da en presencia de ciertas situaciones que pueden propiciar la injusticia. Por eso, porque la injusticia es el bacilo de la discordia, el proceso opera a fin de que no se manifieste⁴⁸

E, nesse mesmo diapasão, Eduardo Alvim diz soar inegável a presença, na Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu art. 5º, XXXV, da proteção à lesão a direito; e a proteção a essa ameaça de lesão. Aliás, a doutrina⁴⁹ tende a apontar que a garantia constitucional de acesso à justiça guarda maior correlação com a tutela de urgência; ao passo que a duração razoável do processo – a ser estudado

⁴⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, vol. I. Campinas: Bookseller, 2000, p. 334.

⁴⁸ “Por outro lado, o processo civil pode operar, não apenas para a repressão, mas também para a prevenção de litígios, para fins higiênicos e não terapêuticos. Precisamente a atividade preventiva do processo civil ocorre na presença de certas situações que podem levar à injustiça. Portanto, porque a injustiça é o bacilo da discórdia, o processo opera para que não se manifeste” (tradução livre) in CARNELUTTI, Francesco. **Como se hace um processo**. Traducción de Santiago Sentís Meledndo y Marino Ayerra Redín. Editorial Juris, 1964.

⁴⁹ “O direito de acesso à justiça estatal também significa direito à obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva, prestada em prazo razoável, quer dizer, sem dilações indevidas. Há, nestes termos, a garantia constitucional à tutela efetiva [...] Por isso, devem existir tutelas urgentes provisórias, únicas aptas a assegurar a efetividade e a utilidade da prestação jurisdicional nesses casos onde há o perigo da demora, embora propiciem decisões não definitivas na lide” in DESTEFENNI, Marcos. **Natureza constitucional da tutela de urgência**. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 294-295.

logo a seguir - concatena mais com o ideário perseguido pela tutela da evidência. Assim contextualiza o autor, *verbis*:

Se o acesso à justiça encontra-se garantido inclusive em relação à ameaça à lesão (CF, art. 5º, XXXV), é certo que, em muitos casos, esta somente pode ser obstada através de uma tutela de urgência [...] Assim, a tutela de urgência tem por escopo possibilitar o acesso mais rápido e justo – mais efetivo, por assim dizer – à tutela jurisdicional. [Já a tutela de evidência serve] para que o autor [...] possa valer-se desde logo do benefício prático que pretende obter com o provimento final. Nesta hipótese, aliás, sequer se faz necessária a urgência para a antecipação dos efeitos da tutela, justificando sua concessão no direito que tem a parte à razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).⁵⁰

De fato, as tutelas provisórias irão, por vezes, versar acerca de situações jurídicas “cotidianas”, das quais se fará necessária uma resposta mais rápida ou emergencial, mesmo que dotada de provisoriedade, sob pena de perecimento daquele direito ou interesse, o que desrespeitaria o mandamento constitucional narrado.⁵¹ Para que haja uma proteção eficiente a esse tipo de situação emergencial, deverá haver uma resposta satisfatória e em tempo hábil pelo Poder Judiciário, a fim de que seja respeitado o preceito fundamental de acesso à justiça.

Este, aliás, não visto somente na ótica de acesso ao Judiciário, eis que, consoante lecionou Watanabe, trata-se, na verdade, de um acesso à uma ordem jurídica-justa, onde não somente seria garantido o direito de acesso formal à justiça, mas também mecanismos processuais capazes de satisfazer a pretensão de forma eficaz e rápida; além do incentivo aos demais meios de resolução de conflitos (conciliação, mediação e arbitragem).⁵²

⁵⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 24, 29-30. Nesse sentido, Zulmar Duarte de Oliveira Júnior ao comentar sobre referido princípio com previsão expressa, também, nos artigos 3º e 4º da Lei 13.105/2015: “Todavia, como se vê, a reprodução não se fez sem alteração, uma vez que no Código, a “ameaça” veio antes da “lesão”. A inversão, além de lógica (a ameaça normalmente precede a lesão, ainda que instantaneamente), não deixa de chamar a atenção pelo prestígio assumido hodiernamente pela tutela de urgência (artigos 294 e seg.) [...] O direito ao processo sem dilações indevidas ou da tutela jurisdicional dentro de prazo razoável encontra abrigo tanto no acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV, da CF/1988) (vide comentários ao artigo 3º), quanto restou reconhecido expressamente pela inserção do inciso LXXVIII no artigo 5º da CF/1988, como também já recebia o beneplácito da Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (artigo 8º, § 1º).” in GAJARDONI et al. E-book. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 parte geral**, São Paulo: Forense, 2015, p. 47 e 62.

⁵¹ ARAÚJO, F. C.; GAJARDONI, F. F.; MEDINA, J. M. G. **Procedimentos cautelares e especiais**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 44.

⁵² WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et AL (Coord.). **Participação e Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, passim.

Outro argumento constitucional que justifica a existência da Tutela Provisória é a razoável duração do processo – e que, como visto, guarda maior correlação com a hipótese de evidência. O inciso LXXVIII do art. 5º da Carta Magna dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Tal conotação foi introduzida pela EC nº 45 de 2004, sendo nítida a intenção do constituinte derivado em resguardar o direito do cidadão de ver sua pretensão resolvida em tempo hábil e coerente com a complexidade da demanda.

Com efeito, a morosidade na tramitação do processo, ainda que esteja livre das “patologias”⁵³ que a acentuam, pode condizer com a própria natureza dos atos a serem praticados quando do processo cognitivo pleno. Assim afirma Bedaque:

Ainda que não se trate de duração patológica, o processo cognitivo, pela sua própria natureza, demanda tempo para efetivação dos atos a ele inerentes, possibilitando a cognição plena da relação substancial e a efetivação do contraditório. O dano sofrido pelo inadimplemento do direito seria, nessa medida, agravado pelo processo, cujo objetivo é exatamente restabelecer a normalidade no plano material.⁵⁴

Nesse mesmo sentido, complementa Eduardo Alvim: “afigura-se inapropriado impingir ao autor o ônus do tempo, ainda que tenha ele probabilidade de se sagrar vitorioso na demanda, em razão da insubsistência do réu, que não logra ilidir a plausibilidade das razões do demandante”.⁵⁵ Abordar-se-á o conceito de dano marginal do processo de maneira mais completa em tópico apropriado, eis que conceito determinante para se entender o porquê da existência da tutela da evidência.

Por ora, basta apenas ter-se em mente que a demora na prestação jurisdicional pode ocorrer, por vezes, com a regular tramitação do feito, contudo sem a concessão de medida urgente assecuratória daquele direito. Não há que se falar em duração razoável se, desde aquele momento em cognição sumária seria possível conceder-se a tutela pretendida pela parte, mas não foi feito, frustrando-se, inclusive, a eficiência dessa prestação.⁵⁶

⁵³ Como já aduzimos anteriormente, no tocante às possíveis causas levantadas pelas mais variadas doutrinas a respeito do tema de demora na prestação jurisdicional.

⁵⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 21.

⁵⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 25

⁵⁶ FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes**. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000, passim.

A duração razoável do processo é considerada como sendo um desdobramento de outro princípio: o devido processo legal. A CRFB/88 em seu art. 5º, LIV e LV traz o ideário de que ninguém poderá ser processado, ter sua liberdade obstada, ou ainda a privação de seus bens, sem que haja o devido processo legal. Numa primeira leitura, tem-se que a tutela jurisdicional somente poderá se desenvolver dentro de normas traçadas pelo ordenamento, das quais não se permitirá ao Estado declinar suas aplicações.

Nas lições de Humberto Theodoro Júnior:

É no conjunto dessas normas do direito processual que se consagram os princípios informativos que inspiram o processo moderno e que propiciam às partes a plena defesa de seus interesses, e ao juiz, os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão dos direitos individuais dos litigantes. A garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. Compreende algumas categorias fundamentais, como a garantia do juiz natural (CF, art. 5º, XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5º, LIII), a garantia de acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), de ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, LV) e, ainda, a de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, IX). Faz-se, modernamente, uma assimilação da ideia de devido processo legal à de processo justo.⁵⁷

Como bem se vê, não basta apenas que a tutela jurisdicional seja exercida dentro dos ditames legais processuais e respeite seus procedimentos e princípios para que haja a plena observância do devido processo legal. “Além do aspecto processual, também se aplica atualmente o devido processo legal como fator limitador do poder de legislar da Administração Pública, bem como para garantir o respeito aos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas”.⁵⁸

Por conter essa carga semântica e normativa tão ampla, a doutrina costuma caracterizar o devido processo legal como sendo “o princípio dos princípios”, sendo matriz constitucional de primeira ordem de todo ou qualquer princípio processual. Para os estudos relativos às Tutelas Provisórias, resta analisar alguns dos desmembramentos que esse preceito geral nos coloca: o acesso à justiça; a duração razoável do processo (ambos já vistos acima); e a bilateralidade da audiência.

⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. E-book. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 80.

⁵⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. E-book. **Manual de direito processual civil**. volume único – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 257.

A respeito da bilateralidade da audiência, afirma Nelson Nery Júnior que se deve dar, de um lado, “conhecimento da existência da ação e todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis”.⁵⁹

Contudo, por vezes, em vistas a se dar efetividade ao preceito constitucional de “acesso à justiça”, necessário se faz o sacrifício, ainda que de maneira provisória, da bilateralidade da audiência – v.g na antecipação de tutela satisfativa *inaudita altera parte*. Diz-se provisoriamente, pois consoante se verificará mais adiante, haverá oportunidade para a outra parte demonstrar que possa ter havido equívoco na concessão daquela medida liminar, seja por meio de manifestação nos autos, ou recurso da decisão.

Sobre o tema, disserta Eduardo Alvim:

Importa dizer que nem mesmo em caso de estabilização da tutela de urgência antecipada concedida em caráter antecedente haverá completa supressão da bilateralidade, porquanto, concedida a tutela de urgência em questão, terá o réu a oportunidade de se insurgir contra tal decisão, de tal sorte que apenas a sua própria inércia (o não exercício da bilateralidade, pois) poderá acarretar a estabilização da tutela antecipatória.⁶⁰

Quando dois ou mais princípios confrontam-se entre si, principalmente diante de dois princípios constitucionais, não haverá uma relação de hierarquia, sobreposição, preponderância entre eles. Com efeito “considerando a inexistência de hierarquia, no plano normativo, entre os direitos fundamentais conflitantes, a solução do impasse há de ser estabelecida mediante a devida ponderação dos bens e valores concretamente tensionados”,⁶¹ verificando-se, não uma relação de sobreposição, mas de prevalência específica daquele que mais se amolde ao caso concreto.

Portanto, tem-se que, em termos constitucionais, as Tutelas Provisórias encontram fundamento no devido processo legal, em todos os seus sentidos, seja no tocante ao regramento processual e a sua observância por parte dos julgadores; seja ainda na prevalência de um modelo “justo” de processo, observando-se preceitos e garantias fundamentais na efetivação de seus atos.

⁵⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 210.

⁶⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 43.

⁶¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7 ed.. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 64.

Como desdobramento do “princípio dos princípios”, tem-se, ainda, a visão mais realística de acesso à justiça, não somente aquele acesso formal ao judiciário, mas também a implementação de meios e mecanismos que visem garantir a tutela jurisdicional de maior eficiência. E, ainda, a questão da razoável duração do processo, não sendo coadunável com a ideia de uma ordem-jurídica justa uma prestação jurisdicional morosa, ou que não consiga entregar à parte, em tempo hábil, ao menos parcela do provimento a que já se tem alguma probabilidade cabalmente demonstrada.

1.2.5 Tutelas provisórias no CPC/2015 – “Nova” sistematização

Na legislação processual anterior havia tratamento diferenciado em relação às tutelas provisórias, caracterizadas pelo juízo de probabilidade (verossimilhança) e de modo não definitivo. As denominadas tutelas satisfativas (ou tutela antecipada), de urgência e de evidência recebiam tratamento na parte geral do código, mais precisamente nos artigos 273 e 461, § 3º do CPC/73 (Livro I), sem contar as previsões específicas relativas aos procedimentos especiais do Livro IV do CPC/73. Ainda que não houvesse expressa menção na lei, a tutela da evidência já era admitida pela jurisprudência⁶² e pela hipótese do art. 273, II do CPC/73. Já as tutelas provisórias de natureza conservativa (ou tutelas cautelares), recebiam tratamento especial no Livro III do CPC/73, o qual também regulava as tutelas satisfativas autônomas, que obedeciam ao rito cautelar em virtude de sua sumariedade, mas não possuíam natureza cautelar, tampouco antecipada.⁶³

⁶² REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. CAUÇÃO. A agravante insurgiu-se contra a decisão que impôs a ela a prestação de caução para o cumprimento da liminar de reintegração de posse de veículo objeto de arrendamento mercantil. 1. A autora comprovou ser proprietária do automóvel, que foi indevidamente entregue à agravada. Pretende, portanto, a reintegração de posse do bem. 2. A liminar em ação possessória não tem natureza cautelar e não está sujeita ao cumprimento dos requisitos gerais previstos no art. 273 do Código de Processo Civil para a antecipação da tutela. Por esta razão, o deferimento da liminar possessória não exige prévia prestação de garantia. 3. No caso a tutela possessória concedida ao autor tem a força da chamada tutela de evidência, na qual o direito da parte se revela evidente, visto que o autor comprovou que é o titular do automóvel e tem em seu nome a obrigação decorrente do arrendamento mercantil a cumprir. Era o bastante para dispensar a caução diante da evidência do direito do autor sobre o bem. Recurso provido para dispensar a agravante da caução. (TJSP; Agravo de Instrumento 0114541-66.2011.8.26.0000; Relator (a): Carlos Alberto Garbi; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jaú - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/08/2011; Data de Registro: 30/08/2011).

⁶³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.759-1.760.

O CPC/2015 unificou o tratamento das tutelas provisórias em sua Parte Geral, nos artigos 294 a 311, apostando na ideia de que, apesar das peculiaridades que permeiam cada tipo de tutela, as quais serão devidamente analisadas em momento oportuno, mereciam um tratamento processual conjunto em virtude das similitudes que possuem⁶⁴ (como os pressupostos para concessão, *v.g.*). Além disso, aboliu completamente o Livro III do CPC/73, transportando as medidas cautelares para o “poder geral de cautela” do juiz, presente nos dispositivos 297 a 301 do CPC/2015, instituindo de forma explícita, inclusive, o regime da atipicidade da tutela cautelar.⁶⁵

A doutrina já clamava pela atipicidade das tutelas de urgência (cautelar, antecipada ou satisfativa autônoma), ainda na vigência do CPC/73, eis que os artigos 273 e 798 do referido diploma legal previam, genericamente, a concessão de tutelas de urgência antecipatórias ou conservativas nos casos em que demonstrado o *periculum in mora* e a plausibilidade do direito afirmado pela parte.⁶⁶

Também trouxe o instituto da estabilização da tutela antecipada antecedente em virtude da não oposição das partes em relação à sua concessão, em referência ao que já vimos das tutelas sumárias nos sistemas jurídicos italiano e francês (art. 304 e parágrafos do CPC/2015).

Mesmo reconhecendo as eventuais divergências entre a tutela cautelar e antecipada, o CPC/2015 as tratou em mesmo capítulo denominado de Tutela de Urgência, eis que, embora muito se discutia na doutrina acerca da diferença entre a

⁶⁴ “As tutelas provisórias têm em comum a meta de combater os riscos de injustiça ou de dano, derivados da espera, sempre longa, pelo desate final do conflito submetido à solução judicial. Representam provimentos imediatos que, de alguma forma, possam obviar ou minimizar os inconvenientes suportados pela parte que se acha numa situação de vantagem aparentemente tutelada pela ordem jurídica material (*fumus boni iuris*). Sem embargo de dispor de meios de convencimento para evidenciar, de plano, a superioridade de seu posicionamento em torno do objeto litigioso, o demandante, segundo o procedimento comum, teria de se privar de sua usufruição, ou teria de correr o risco de vê-lo perecer, durante o aguardo da finalização do curso normal do processo (*periculum in mora*)” in THEODORO JÚNIOR, Humberto. E-book. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 608-609.

⁶⁵ GAJARDONI et al. op. cit, p. 1.760. Nesse mesmo sentido, disserta Eduardo Alvim: “O Código de Processo Civil 2015, por meio do Livro V de sua Parte Geral, permite, de forma nitidamente abrangente, a concessão da tutela provisória de urgência em qualquer caso de perigo de dano a direito ou de risco ao resultado útil do processo (CPC/2015, art. 300). Igualmente, é o que pode ser aferido da própria extinção das disposições taxativas dos procedimentos cautelares, estabelecendo o art. 301 do CPC/2015 que “a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada por qualquer medida idônea para assecuração do direito”. Além de preservar o poder geral de cautela, o abandono da técnica legislativa de utilização da taxatividade indica claramente a abertura para a atuação jurisdicional diante da ameaça de lesão a direito (CF, art. 5º, XXXV)” in ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 60.

⁶⁶ ARAÚJO, F. C.; GAJARDONI, F. F.; MEDINA, J. M. G. **Procedimentos cautelares e especiais**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 45.

verossimilhança da alegação e da probabilidade do direito, o quesito essencial de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*) aplica-se a ambas. A partir daí, criou uma segunda categoria onde não se faz necessária a demonstração do *periculum in mora*, a chamada Tutela da Evidência (art. 311 do CPC/2015), inclusive ampliando as hipóteses de sua incidência.⁶⁷

É estatuída, dessa forma, uma nova classificação dessas tutelas concedidas de forma sumária e provisória, que não levam o procedimento de cognição exauriente. Doravante, as tutelas provisórias (com as disposições gerais presentes nos art. 294 a 299) subdividem-se, ao menos de forma explícita no ordenamento processual, em tutela de urgência (regrada pelos artigos 300 a 310) e da evidência (art. 311). Já as tutelas de urgência compreendem tanto aquelas de característica antecipatória de mérito, quanto as cautelares. De maneira notável, bem se vê que o código trabalha bem com o binômio essencial e inerente às tutelas provisórias: ora baseando-se na urgência que aquele provimento demanda; ora a se evitar a insjutiça evidente e flagrante do ponto de vista material.⁶⁸

1.2.6 Disposições gerais da Tutela Provisória no CPC/2015

A primeira disposição acerca das tutelas provisórias é a sua ramificação em urgência e evidência, nos termos do art. 294, *caput* do CPC/2015. O dispositivo sedimenta essa “nova” (mas que já era há muito aventada pelos estudiosos do processo) sistematização, dividindo as tutelas em cognição sumária em dois “blocos”: um em que os requisitos serão a demonstração da probabilidade do direito aliada a um perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo; outro em que o fundamento legal embasado será tão somente a probabilidade do direito, sem a existência do *periculum in mora*. Ademais, o parágrafo único deixa explícito a possibilidade de concessão em caráter antecedente das tutelas de urgência.⁶⁹

Já o art. 295 preceitua a desnecessidade de recolhimento de custas quando o pedido da tutela de urgência for elaborado incidentalmente, durante o trâmite processual. Ou seja, quando a tutela provisória for requerida após a propositura da

⁶⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al E-book. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.760.

⁶⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 58.

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 26 jun. 2018.

inicial – e não em caráter antecedente -, haverá dois pedidos (um do provimento final e outro provisório), contudo a existência de apenas uma ação fará com que seja necessário recolhimento de custas somente em relação ao pedido principal.⁷⁰ O inverso também ocorre, quando houver o requerimento da tutela de urgência em caráter antecedente, o recolhimento de custas se fará com base na petição que antecederá o pedido principal, sendo desnecessário ao autor recolher novas custas processuais ao complementar o procedimento com o requerimento do pedido principal.⁷¹

Nos termos do art. 296 do CPC/2015, “a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada”.⁷² Nesse ponto, elucida Elpídio Donizetti:

Por se tratar de provimento emergencial de segurança, concedida com base em cognição sumária, a tutela provisória é revogável. Bastará para a revogação da medida que se verifique a não existência do direito substancial afirmado pelo requerente ou o desaparecimento da situação de perigo acautelada [...] A tutela provisória antecipada, apesar de ter seu conteúdo coincidente com o pleito principal, também tem caráter provisório. Pode o juiz, então, justificando as razões de seu convencimento, modificar ou revogar a medida concedida, desfazendo a situação jurídica pretendida como solução definitiva da controvérsia. Em síntese, a tutela provisória (antecipada ou cautelar) tem duração limitada no tempo, produzindo efeitos até que desapareça a situação de perigo ou até a superveniência do provimento final. Em qualquer hipótese, a concessão da tutela antecipada terá conservada a sua eficácia durante o período de suspensão do processo, salvo decisão judicial em sentido contrário.⁷³

Em correspondência ao art. 799 do CPC/73, o CPC/2015 traz nas disposições gerais referentes às tutelas provisórias o poder geral de efetivação da medida (art.

⁷⁰ “No entanto, outros valores, como as diligências de oficiais de justiça, tarifa para expedição de ofícios/cartas etc. – desde que necessários para a efetivação material da tutela provisória concedida – , podem ser exigidos. Sendo necessário para fins de arresto incidental o pagamento de valores para acesso ao sistema BACENJUD, podem eles ser exigidos, ainda que o pleito cautelar seja incidental. O artigo 295 do CPC/2015, portanto, teria andado muito melhor se, em vez de falar em isenção de “custas”, tivesse isentado a parte do pagamento da “taxa judiciária” in GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al E-book. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.768.

⁷¹ DONIZETTI, Elpídio. **Novo código de processo civil comentado (Lei no 13.105, de 16 de março de 2015)**: análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73– São Paulo: Atlas, 2015, p. 229. Vale ressaltarmos que a tutela da evidência não comporta requerimento antecedente, consoante analisaremos em momento oportuno.

⁷² BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 26 jun. 2018.

⁷³ DONIZETTI, Elpídio. op. cit. p. 230.

297), seja ela de natureza urgente ou evidente, comprovando o caráter exemplificativo desse poder. “Resta inalterado o poder geral de cautela [...] Mas isso já poderia ser deduzido a partir do fato de que não há mais especificação de procedimentos cautelares para determinados casos, de forma que as possibilidades são amplas tanto para o jurisdicionado como para o juiz”.⁷⁴

Nesse sentido, o legislador abandona o modo exemplificativo para prescrever ser possível ao juiz adotar as medidas que julgar adequadas para a efetivação daquela referida tutela provisória. Dessa forma será possível, dentre inúmeras outras medidas, “ordenar a guarda judicial, a busca e apreensão de pessoas, o depósito ou bloqueio de bens, impor a prestação de caução ou de multas (astreintes), determinar a suspensão de deliberações sociais, realizar penhoras, restringir direitos etc”.⁷⁵ O critério a ser utilizado para aferir qual medida mais indicada, será, notadamente, o próprio caso concreto, principalmente analisando-se a natureza do provimento provisório (se cautelar, antecipatório ou evidente), bem como a natureza da obrigação (pagar, fazer, não fazer ou entregar).⁷⁶

O art. 298 do CPC/2015, apesar de soar redundante, reforça o dever de motivação e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX da CRFB/88 e art. 489, § 1º do CPC/2015), exigindo expressamente a obrigatoriedade de se fundamentar a decisão que conceder, negar ou revogar a tutela provisória. Reforça-se que não há discricionariedade na atividade judicial quando da concessão ou não do provimento em cognição sumária, devendo expor com clareza as razões que levaram o julgador a deferir, indeferir, modificar ou revogar a tutela. “O reforço da exigência feito no dispositivo ora comentado só torna mais triste e incompreensível a insistência de muitos juízes em decidir pedidos de tutela provisória de forma monossilábica ou de forma muito mais concisa do que o recomendável”.⁷⁷

Por fim, fechando as disposições gerais relativas às tutelas provisórias, o art. 299 traz os regramentos de competência, repetindo, em boa parte, a regra do art. 800

⁷⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. E-book. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 904.

⁷⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al E-book. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 parte geral**, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.780.

⁷⁶ Nesse sentido, continua Gajardoni: “Assim, concedida uma tutela provisória conservativa de arresto, o caso será de bloqueio de valores ou de bens; deferida tutela provisória antecipatória para realização de tratamento médico, poderá ser aplicada multa (astreintes); concedida tutela da evidência para impor à parte a imediata entrega de veículo por conta do abuso do direito de defesa, será determinada expedição de mandado de busca e apreensão etc”, *Ibidem*.

⁷⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. E-book. **Manual de direito processual civil**. volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 823.

do CPC/73. Quando se tratar de medida de urgência incidental, ou de tutela da evidência, o juízo competente será o mesmo da causa já em tramitação. Já quando se tratar de tutela requerida em caráter antecedente (urgência), será feito um verdadeiro prognóstico sobre qual será o juízo competente para analisar o pedido principal. Assim, a tutela requerida em caráter antecedente deverá ser ajuizada no juízo competente para apreciar o pedido principal.⁷⁸

Passa-se, adiante, ao estudo das ramificações das Tutelas Provisórias, deixando a Tutela da Evidência para estudo em separado, por se tratar de objetivo específico do presente trabalho.

1.3 A Tutela provisória de urgência

1.3.1 Tutela antecipada e cautelar

Cabe, num primeiro momento, estabelecer as devidas distinções entre os dois subtipos de tutela provisória de urgência admitidos pela doutrina e pela jurisprudência: a tutela antecipada e a cautelar. Como já dito, apesar do tratamento em conjunto dado pela legislação processual de 2015, cada qual possui sua peculiaridade e atuará de certa maneira em relação à proteção oferecida à lesão ou ameaça de lesão a direito.

O próprio CPC/2015 acaba por fazer essa separação, ao prever disposições distintas acerca dos respectivos procedimentos (artigo 305 a 310 do CPC).

Nesse mesmo sentido elucida Humberto Theodoro Júnior:

Continua, porém, relevante a distinção entre tutela cautelar (conservativa) e tutela antecipatória (satisfativa), porque (i) a medida cautelar tem a sua subsistência sempre dependente do procedimento que, afinal, deverá compor o litígio que se pode dizer “principal”, ou “de mérito”; enquanto (ii) a tutela antecipada pode, por conveniência das partes, estabilizar-se, dispensando o prosseguimento do procedimento para alcançar a sentença final de mérito, e, portanto, sem chegar à formação da coisa julgada.⁷⁹

A antecipação dos efeitos da tutela, ou tutela antecipada propriamente dita, nada mais é do que o provimento jurisdicional que permite à parte a fruição, ainda que

⁷⁸ DONIZETTI, Elpídio. **Novo código de processo civil comentado (Lei no 13.105, de 16 de março de 2015)**: análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73– São Paulo: Atlas, 2015, p. 231-232.

⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. E-book. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I.** 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 619.

a título provisório, dos efeitos (todos ou parte deles) que a sentença definitiva de mérito lhe conferiria acaso já fosse proferida em cognição exauriente. Noutras palavras, “Através da antecipação dos efeitos da tutela, permite-se a fruição imediata de efeitos que seriam produzidos apenas com a prolação do pronunciamento judicial pleiteado”.⁸⁰

Complementando o estudo, Teori Zavascki já lecionava, ao dissertar sobre a legislação processual de 1973, que “o legislador consagrou a possibilidade de o juiz, atendidos certos requisitos, antecipar, em qualquer processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva de mérito”.⁸¹

A antecipação da tutela tem como característica a antecipação dos efeitos materiais da sentença, o que pode ocorrer tanto em momento inicial da demanda, sem a oitiva da parte contrária, portanto liminarmente, ou até mesmo no provimento final de primeiro grau. Portanto, não se deve confundir *liminar*, que é a característica do momento processual em que o provimento é concedido, com a antecipação dos efeitos da tutela em si.⁸²

Com a antecipação de um ou alguns dos efeitos da tutela, haverá a “confirmação” destes, seja de maneira expressa ou tácita, quando da prolação da decisão final, ou ainda ocorrendo a hipótese de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente (art. 304 do CPC). É criada a favor da parte, desta forma, uma situação com característica de provisoriedade, mas que poderá se tornar definitiva.

Cumprido sempre salientar que “antecipar os efeitos da tutela continua significando prestar tutela jurisdicional provisória e, portanto, excepcional [...] a tutela

⁸⁰ ARAÚJO, F. C.; GAJARDONI, F. F.; MEDINA, J. M. G. **Procedimentos cautelares e especiais**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 57. Nesse mesmo sentido STJ, REsp 737.047/SC, 3.^a T., julgado em 16.02.2006, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 13.03.2006, p. 321; e Luiz Guilherme Marinoni: “A tutela antecipada, porém, é satisfativa do direito material, permitindo a sua realização – e não a sua segurança – mediante cognição sumária. Na verdade, a tutela antecipada tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença de que é lastreada em verossimilhança e, por isto, não fica acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material. A tutela antecipada é a tutela final, antecipada com base em cognição sumária. Desse modo, a tutela antecipada não é instrumento de outra tutela ou faz referência a outra tutela. A tutela antecipada satisfaz o autor, dando-lhe o que almejou ao propor a ação” in MARINONI, Luiz Guilherme. E-book. **Tutela de urgência e da evidência: soluções processuais diante do tempo e da justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 36.

⁸¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7 ed.. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45.

⁸² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 303-304.

antecipada somente se legitima para casos em que se torne indispensável à salvaguarda de outro valor de mesma estatura”.⁸³

No tocante às tutelas cautelares, Piero Calamandrei assevera que nunca serão consideradas um fim em si mesmas, mas sim:

Infalivelmente predispostos à emanação de um ulterior procedimento definitivo, do qual estes [procedimentos cautelares] preventivamente asseguram o proveito prático. Estes [procedimentos cautelares] nascem, por assim dizer, a serviço de um *procedimento definitivo*, com a função de predispor o terreno e de preparar os meios mais adequados para o seu êxito.⁸⁴

A tutela cautelar tem por característica e por finalidade assegurar que determinado procedimento ocorrerá sem embaraços ou ameaças, a fim de que se estabeleça a proteção e garantia do direito material lesionado, ou ameaçado de lesão. O provimento almejado não antecipa efeitos da sentença terminativa (portanto, não se trata de tutela satisfativa, tampouco antecipada), mas garante que nada obstará a obtenção do bem da vida pretendido pelo demandante.⁸⁵

Assim leciona Ovídio A. Baptista:

Na verdade, a tutela cautelar tem por fim proteger não apenas direitos subjetivos, mas igualmente, e, poderíamos até dizer, preponderantemente, proteger pretensões de direito material, ações e exceções, quando seus respectivos titulares aleguem que tais interesses, reconhecidos e protegidos pelo direito, encontrem-se sob ameaça de um *dano irreparável*.⁸⁶

⁸³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7 ed.. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 76.

⁸⁴ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 41. Nesse ponto, complementa Teori Albino Zavascki: “Em suma: há casos em que apenas a certificação do direito está em perigo, sem que sua satisfação seja urgente ou que sua execução esteja sob risco; há casos em que o perigo ronda a execução do direito certificado, sem que a sua certificação esteja ameaçada ou que sua satisfação seja urgente. Em qualquer das hipóteses, garante-se o direito, sem satisfazê-lo” in ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., 2009, p. 49.

⁸⁵ Sobre o ponto, disserta Humberto Theodor Júnior: “Na verdade, o que se decide na tutela cautelar é apenas se houve ou não risco para a efetividade ou a utilidade do processo, e nunca se a parte tem ou não o direito subjetivo material que pretende opor à outra parte. A solução da lide fica inteiramente reservada para a função jurisdicional de cognição ou de execução, de maneira que, qualquer que seja a decisão cautelar, não há reflexos, nem vantajosos nem perniciosos, sobre a decisão de mérito. E é justamente nisso que reside, com toda nitidez, a autonomia da tutela cautelar” in THEODORO JÚNIOR, Humberto. E-book. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 162.

⁸⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil, vol 2: processo cautelar (tutela de urgência)**. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 5. Nesse mesmo contexto, nos elucida Bedaque: “É possível pleitear-se não a declaração de um direito, nem a atuação prática da regra, “mas a tutela de segurança como um valor em si mesma”. Aqui, o objetivo está limitado a assegurar a eficácia e a utilidade do resultado buscado pelas demais tutelas, cognitivas ou satisfativas. A demora para sua

Bem se vê que o escopo da tutela cautelar reside, dessa forma, na proteção do próprio procedimento, para que este possa atingir sua finalidade. Não há a realização, num primeiro momento, da satisfação da pretensão, mas pode-se dizer que há a criação de condições para que esta satisfação ocorra, acaso venha a ser acolhido o pedido principal.⁸⁷ Por isso, costuma dizer-se que a natureza da tutela cautelar é conservativa e provisória.

Errôneo asseverar que o CPC/2015 “fulminou” as cautelares. Todas as modalidades típicas presentes na legislação do CPC/73 em seu Livro III continuam sendo medidas eficazes na tutela conservativa, tais como o arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem, etc. O que a legislação processual de 2015 fez foi transportá-las para o poder geral de cautela, estabelecendo, inclusive, de maneira expressa a possibilidade de aplicação de “outros meios idôneos” para a garantia de satisfação da pretensão principal, instituindo de vez o que já era admitido pela doutrina e jurisprudência a respeito das “medidas cautelares atípicas”.⁸⁸

A tutela cautelar difere da antecipada, pois não haverá discussão acerca da irreversibilidade da medida. Por se tratar de medida conservativa, a regra é que haja condições para o restabelecimento das partes à situação anterior, ou seja, o *status quo ante*.

Ademais, para concessão da tutela antecipada deve haver coincidência, ainda que parcial, entre os efeitos pretendidos a título provisório e aqueles que serão

obtenção pode comprometer a efetividade que delas se espera no plano jurídico-material. Surge a necessidade de providências de natureza assecuratória, voltadas a agarrar os resultados a serem produzidos ulteriormente” in BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 125.

⁸⁷ ARAÚJO, F. C.; GAJARDONI, F. F.; MEDINA, J. M. G. **Procedimentos cautelares e especiais**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 77. De igual modo disserta Marinoni: “O que define a cautelaridade não é a provisoriedade ou a circunstância de a tutela ser concedida no curso do processo de conhecimento, mas sim a sua função diante do direito material. A tutela que satisfaz o direito material, ainda que no curso do processo – tutela antecipada –, não pode ser confundida com a tutela cautelar, pois esta última não tem o escopo de realizar ou satisfazer o direito, mas apenas o de assegurá-lo [...] Como está claro, cautelar é a tutela assecuratória da tutela prometida pelo direito material e da situação a que o direito material confere tutela jurídica. Tal tutela é um direito da parte e um dever do Estado, não se fundando no direito de ação, mas sim no próprio plano do direito material” in MARINONI, Luiz Guilherme. E-book. **Tutela de urgência e da evidência**: soluções processuais diante do tempo e da justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 37-39.

⁸⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.762.

implementados com o provimento em cognição exauriente, algo não identificável, ao menos num primeiro momento, como obrigatório para o provimento cautelar.

Também não se confunde, a tutela antecipada, com a tutela de evidência, pois apesar da característica satisfativa de ambas, na segunda não se faz presente o requisito de urgência, sendo que para haver a concessão da tutela antecipada sob a égide do art. 300 do CPC, deve haver a demonstração da urgência (*periculum in mora*).

Já a distinção entre tutela antecipada e cautelar, relativa aos requisitos para concessão de ambas, parece não existir mais, seja do ponto de vista prático ou teórico, tendo em vista que o legislador de 2015, ao englobá-las num mesmo gênero – tutela de urgência – e estabelecer como requisito mútuo a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300, caput do CPC/2015), as colocou num mesmo “patamar”.

1.3.2 Regime da tutela provisória de urgência no CPC/2015

Em que pese o acima esposado, no sentido da diferenciação entre os “subtipos” das tutelas de urgência, sendo que cada qual obedecerá a determinada finalidade e agirá de determinada forma para proteção do direito tutelado, o CPC/2015, como já aludido, as reúne sob um mesmo panorama, evidenciando que ambos os tipos (tutela cautelar e antecipada) possuem um “quê” de urgência, cada qual a seu modo.

A tutela de urgência, seja de natureza antecipatória ou de natureza cautelar, detém uma determinada função em relação à tutela efetiva do direito material. De nada adiantaria a utilização da tutela cognitiva para assegurar o adimplemento de determinada obrigação regida pelo ordenamento material, se não fosse possível instrumentos, ou meios processuais capazes de “assegurar ao possível titular do direito a efetividade de tal proteção, afastando os riscos causados pela duração até mesmo fisiológica do processo”.⁸⁹

Trata-se de analisar a tutela em cognição sumária sob o prisma da urgência a ser concedida, seja a urgência em se começar a fruir os efeitos – ou parte deles - da decisão final meritória; seja a urgência em se garantir a efetividade processual em

⁸⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 167.

tutelar o direito material por meio de medidas acautelatórias e assecuratórias de que o provimento final será cumprido.

Aduz Eduardo Arruda Alvim que:

Ambas [tutela cautelar ou antecipada] possuem um “quê” de cautelaridade, tendo por finalidade precípua garantir uma prestação jurisdicional útil, impedindo que o tempo de duração do processo venha a comprometer a efetividade da atuação jurisdicional.⁹⁰

Visam, portanto, dar efetividade à garantia constitucional de acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CRFB/88), sendo a principal leitura que se deve extrair das expressões “perigo de dano” e “risco ao resultado útil do processo”.

1.3.2.1 Requisitos para concessão da tutela de urgência

O CPC/2015 traz em seu art. 300, *caput*, que a tutela de urgência será concedida nos casos em que houver elementos suficientes a comprovarem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Nelson Nery Júnior sustenta que esses dois requisitos não são cumuláveis entre si,⁹¹ contudo acredita-se que se tratam, em verdade, de requisitos que necessitam estar presentes simultaneamente, pois caso contrário estar-se-ia confundindo a tutela de urgência com a tutela da evidência – essa sim, concedida independentemente do *periculum in mora*. De certo que só haverá urgência se demonstrado o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, acrescido da probabilidade do direito, a ser caracterizada pelo conjunto probatório carreado ao pedido – seja ele incidental ou em caráter antecedente.

Se houvesse a concessão embasada apenas no *periculum in mora*, sem a demonstração, por meio de provas, da plausibilidade do direito, não necessariamente haveria “urgência” a socorrer, eis que a cognição em âmbito sumário ainda não teria

⁹⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 65.

⁹¹ “Duas situações, distintas e não cumulativas entre si, ensejam a tutela de urgência. A primeira hipótese autorizadora dessa antecipação é o *periculum in mora*, segundo expressa disposição do CPC 300. Esse perigo, como requisito para a concessão da tutela de urgência, é o mesmo elemento de risco que era exigido, no sistema do CPC/1973, para a concessão de qualquer medida cautelar ou em alguns casos de antecipação de tutela. Também é preciso que a parte comprove a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado (*fumus boni iuris*). Assim, a tutela de urgência visa assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução (Nery. Recursos 7, n. 3.5.2.9, p. 452)” in NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. E-book. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 912.

elementos suficientes a demonstrarem que a parte teria direito à tutela cautelar ou antecipada. Como se tutela uma pretensão urgente sem que haja um conjunto probatório que denote, ao menos, a plausibilidade do direito autoral?⁹²

O primeiro requisito para a concessão da tutela de urgência é, portanto, a probabilidade do direito, ou seja, a sua provável existência ante a necessidade de ser tutelado mediante cognição sumária. De fato, não há espaço para a tutela urgente se, de plano, identifica-se a improcedência da pretensão. Nesse sentido, não há propriamente um aprofundamento do julgador sobre a questão, vez que o juízo de cognição se caracteriza pela sumariedade, sendo que um juízo hipotético de probabilidade acerca da pertinência da pretensão principal é o que basta para seu preenchimento.⁹³

Nesse mesmo sentido, disserta Eduardo Alvim:

O deferimento do pedido e da medida excepcional pressupõe, nesse sentido, a consideração, pelo julgador, de que existem grandes e palpáveis chances de que haverá correspondência entre o conteúdo da cognição aferida no momento da tutela provisória e o conteúdo da cognição obtida na decisão final de mérito, justificando-se a concessão da tutela de urgência, quer de natureza cautelar, quer de natureza antecipatória.⁹⁴

Discussão interessante e que já havia antes da promulgação da lei 13.105/2015 versa sobre os denominados “graus de probabilidade do direito”. No CPC/1973, por conta do tratamento legal diferenciado, para as tutelas cautelares era exigida a presença do *fumus boni iuris* (art. 798 do CPC/1973); enquanto que para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela exigia-se a “prova inequívoca da verossimilhança” das alegações (art. 273, *caput* do CPC/73).

Nesse sentido, trazia parte da doutrina:

Admitindo-se haver graus de probabilidade de existência do direito (da mais intensa para a menos intensa), tem-se que este é mais intenso

⁹² Assim nos traz Gajardoni: “Dois pressupostos precisam ser cumulativamente (aditivamente) demonstrados para a obtenção da tutela provisória de urgência: (a) a probabilidade do direito e o (b) o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*)” in GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.802; e Eduardo Arruda Alvim: “De outro lado, cumulativamente ao requisito da “probabilidade do direito”, deve estar presente, também, a “urgência” da tutela pleiteada, seja pelo perigo de dano, seja por ficar caracterizado o risco ao resultado útil do processo (CPC/2015, arts. 300, 303 e 305)” in ALVIM, Eduardo Arruda. op cit. p. 156.

⁹³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.804.

⁹⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 154.

para concessão de antecipação de efeitos da tutela e é menos intenso para a concessão da tutela cautelar, pois enquanto a primeira exige prova inequívoca da verossimilhança da alegação, a outra se contenta com o *fumus boni iuris*.⁹⁵

Já outros autores denotavam que, do ponto de vista jurídico, inexistia diferença entre estes “graus de probabilidade”, eis que ambos os institutos se fundavam na probabilidade/razoabilidade do direito afirmado. Assim denota Fernando Gajardoni, mencionando, inclusive, outros juristas:

“Mais difícil é ainda estabelecer uma precisa diferença, que resulte praticamente utilizável em sede judicial, entre as noções de possibilidade, verossimilitude e probabilidade. [...]. Possível é o que pode ser verdadeiro; verossímil é o que tem aparência de ser verdadeiro. Provável seria, etimologicamente, o que se pode provar como verdadeiro; mas, na linguagem filosófica e teleológica, a palavra se encontra dotada no sentido de razoável” (CALAMANDREI, 1999c, v. 3, p. 276). (Cf., também, TESSER, 2014, p. 82 e ss.; MARINONI e ARENHART, 2010, p 29.)⁹⁶

Na vigência do CPC/1973 o STJ possuía entendimento no sentido de que havia distinção em relação aos graus de probabilidade do direito no tocante à concessão da tutela antecipada e da tutela cautelar.⁹⁷ Hodiernamente, não se tem notícia de algum julgado do C. Superior Tribunal que tenha debatido a questão dos “graus de probabilidade”.⁹⁸

⁹⁵ ARAÚJO, F. C.; GAJARDONI, F. F.; MEDINA, J. M. G. **Procedimentos cautelares e especiais**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 49. Corroborando com essa corrente de pensamento, Gajardoni cita NEVES, 2010, p. 317-318; e BUENO, 2007, p. 39, in GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al, op. cit, p. 1.803.

⁹⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 parte geral**, São Paulo: Forense, 2015 p. 1.803.

⁹⁷ “O despacho que defere liminarmente a antecipação de tutela com apoio, apenas, na demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, malferir a disciplina do artigo 273 do CPC, à medida que deixa de lado os rigorosos requisitos impostos pelo legislador para a salutar inovação trazida pela Lei n.º 8.952/1994” (REsp 131.853/ SC, Terceira Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 05.12.1997). E ainda: “Não obstante seja duvidosa a natureza cautelar do pedido, esse fato, por si só, não autoriza a manutenção da medida por mais de um trintídio, haja vista que, ao deduzir a sua pretensão nos moldes cautelares, o requerente limitou-se à demonstração do *fumus boni iuris*, ao passo que a liminar antecipatória satisfativa reclama prova inequívoca” (STJ, REsp 676630/SE, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 13.09.2005) in GAJARDONI et al **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 parte geral**, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.803.

⁹⁸ Até o fechamento desta etapa da pesquisa, somente encontramos julgados no sentido de ser necessário a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo como requisitos essenciais de concessão da tutela de urgência (AgInt na TutPrv no REsp 1537333/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 24/10/2016); (AgInt no TP 1.423/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018). Cremos que a tendência seja julgamentos nesse sentido, a denotar que a aferição dos “graus de probabilidade” ficará por conta das instâncias primárias, caso a caso, devendo o julgador se debruçar sobre a cognição sumária e analisar se se está diante de uma situação em que as provas carreadas embasam de maneira plausível a pretensão almejada.

Já a doutrina é dividida no sentido da permanência ou não dos distintos “graus de plausibilidade” na legislação em vigor. Fernando Gajardoni leciona ser necessário maior grau de probabilidade para a concessão da tutela antecipada, haja vista que a satisfatividade oriunda da antecipação dos efeitos da tutela demanda um grau de segurança maior do que aquele aferido para se conceder uma tutela cautelar (ne natureza conservativa). “Exige-se, para a satisfação imediata do direito (ainda que provisoriamente), um grau de convicção mais acentuado que o necessário para conservar o direito à espera de uma decisão final.”⁹⁹

Contudo, mais condizente com a proposta deste trabalho o entendimento correspondente ao da corrente doutrinária que prega a “unicidade” do requisito probabilidade do direito. Em que pese as distinções apresentadas pelo próprio ordenamento entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, inclusive com importantes reflexos no tocante ao procedimento:

O Novo Código de Processo Civil preferiu seguir outro caminho, já defendido por parcela doutrinária, ao igualar o grau de convencimento para a concessão de qualquer espécie de tutela de urgência. Segundo o art. 300, caput, do Novo CPC, tanto para a tutela cautelar como para a tutela antecipada exige-se o convencimento do juiz da existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito. A norma encerra qualquer dúvida a respeito do tema, sendo a mesma probabilidade de o direito existir suficiente para a concessão de tutela cautelar e de tutela antecipada.¹⁰⁰

Nesse mesmo sentido, Humberto Theodor Júnior:

As tutelas de urgência – cautelares e satisfativas – fundam-se nos requisitos comuns do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Não há mais exigências particulares para obtenção da antecipação de efeitos da tutela definitiva (de mérito). Não se faz mais a distinção de pedido cautelar amparado na aparência de bom direito e pedido antecipatório amparado em prova inequívoca [...] Se, à primeira vista, conta a parte com a possibilidade de exercer o direito de ação e se o fato narrado, em tese, lhe assegura provimento de mérito favorável, e se acha apoiado em elementos de convencimento razoáveis, presente se acha o *fumus boni iuris*, em grau suficiente para autorizar a proteção das medidas sumárias.¹⁰¹

⁹⁹ GAJARDONI et al, op. cit, p. 1.804.

¹⁰⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 476.

¹⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. E-book. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 619-621. Entendimento ratificado, ainda, por Cássio Scarpinella Bueno: “é correto entender, na perspectiva do dispositivo aqui examinado [art. 300 do CPC/2015], que os requisitos de sua concessão foram igualados. Não há, portanto, mais espaço para discutir, como ocorria no CPC de 1973, que os requisitos para a concessão da tutela antecipada (“prova

Este, inclusive, é o teor do Enunciado nº 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), a denotar que o art. 300, *caput* do CPC/2015 “superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada”.

Apesar da divergência doutrinária subsistir, acredita-se que para efeitos práticos não haverá maiores problemas, pois tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada necessitarão de um substrato probatório suficiente a lastrear a pretensão. Com efeito, “não se pode, bem se vê, tutelar qualquer interesse, mas tão somente aqueles que, pela aparência, se mostram plausíveis de tutela no processo. Assim, [...] se conclui-se que não há possibilidade de êxito para ele [o interessado] na composição definitiva da lide, caso não é de lhe outorgar a proteção de urgência”.¹⁰²

Como segundo requisito para a concessão da tutela de urgência tem-se o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, expressões que compõem o valor do *periculum in mora*, ou seja, o perigo na demora da prestação judicial almejada, mas que também dividem a doutrina no tocante a qual requisito é atinente à tutelas cautelares ou antecipadas.

O sentido da expressão, sem dúvidas, abre portas para uma proteção mais extensiva de uma tutela contra um ilícito ou um dano. Existe perigo na demora, pois se a tutela não for concedida em tempo hábil, pode vir a ocorrer o ilícito, este continuar acontecendo, ocorrer novamente, ou ainda causar um dano irreparável, ou de difícil reparação. “Daí que ‘perigo de dano’ e ‘risco ao resultado útil do processo’ devem ser lidos como ‘perigo na demora’ para caracterização da urgência – essa leitura permitirá uma adequada compreensão da técnica processual à luz da tutela dos direitos”.¹⁰³

inequívoca da verossimilhança da alegação”) seriam, do ponto de vista da cognição jurisdicional, mais profundos que os da tutela cautelar, perspectiva que sempre me pareceu enormemente artificial. Nesse sentido, a concessão de ambas as tutelas de urgência reclama, é isto que importa destacar, a mesma probabilidade do direito além do mesmo perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo” in BUENO, Cassio Scarpinella. E-book. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 233.; também nesse sentido, considerando o valor semântico do *fumus boni iuris* o mesmo para a concessão do “gênero” *tutela de urgência*, NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. E-book. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 912.

¹⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto, E-book. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 620.

¹⁰³ ARENHART, S.C; MARINONI, L. G; MITIDIERO, D. E-book. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. 3 ed. São Paulo: RT, 2017, p. 136. De igual modo, Humberto Theodoro Júnior: “O perigo de dano refere-se, portanto, ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio, seja em favor de uma ou de outra parte, o que não poderá ser

Trata-se do principal elemento caracterizador das tutelas de urgência, havendo vezes em que o elemento probabilidade do direito será menos valorado do que o *periculum in mora* na aferição da prestação jurisdicional.¹⁰⁴ Exemplificativamente, caso determinado paciente necessite de uma cirurgia cardíaca imprescindível para sua sobrevivência, em que seja negada a cobertura pelo plano de saúde; ao se solicitar a concessão da tutela de urgência para realização da cirurgia, será dado mais valor ao bem jurídico vida do que ao bem jurídico de cobertura securitária.¹⁰⁵

Deve-se considerar o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo de maneira objetiva, com fundamentos que possam ser demonstrados por meio das provas. Não se concederá a tutela de urgência em “temor subjetivo”, hipotético, apenas supondo-se que o não provimento acarretará prejuízo à parte. De maneira a exemplificar: a mera suposição, expectativa, de que o devedor pretende desfazer-se de seu patrimônio para frustrar o adimplemento ao credor, por si só, não dá azo ao deferimento da cautelar de arresto.¹⁰⁶

Preceitua-se, ainda, que o dano ou risco ao resultado útil do processo seja grave e irreparável, ou ainda de difícil reparação. Por dano grave tem-se aquele que obstaculizará, de maneira contundente, a pretensão final almejada pelo interessado. Por irreparável, ou de difícil reparação entende-se que não haverá a possibilidade de

alcançado caso se concretize o dano temido. Ele nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave. Pretende-se combater os riscos de injustiça ou de dano derivados da espera pela finalização do curso normal do processo. Há que se demonstrar, portanto, o “perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional” (NCPD, art. 300)” in THEODORO JÚNIOR, Humberto, op cit. p. 621.

¹⁰⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015 p. 1.804.

¹⁰⁵ Nestes termos, tem decidido o TJ/SP: “TUTELA DE URGÊNCIA – Ação de obrigação de fazer – Plano de saúde – Decisão que indeferiu pedido liminar do autor para compelir as rés Unimed Maringá e Central Nacional Unimed a autorizarem procedimento cirúrgico prescrito ao autor (cirurgia para implantação de válvula transcateter – TAVI) em nosocômio específico (Hospital do Coração, em São Paulo) – Inconformismo do autor – Acolhimento – Diversas cooperativas integrantes do Sistema Unimed consubstanciam uma única entidade, conforme entendimento jurisprudencial consolidado – Cirurgia prescrita em caráter de máxima urgência, tendo os médicos assinalado inclusive risco de morte súbita – Inexistência de hospital apto na cidade de residência e nas vizinhas atestada pelo cardiologista responsável – Ao menos em cognição sumária, vislumbra-se aplicável a súmula 99 deste TJSP – Risco de dano irreparável ao autor – Preenchidos a contento os requisitos do art. 300 do CPC – Decisão interlocutória reformada – Recurso provido” (TJSP; Agravo de Instrumento 2225481-83.2019.8.26.0000; Relator (a): Rui Cascaldi; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 26ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/11/2019; Data de Registro: 26/11/2019)

¹⁰⁶ Ibidem, p. 1.805.

ser reparado tal qual da maneira como demandaria a lei material (*in natura*), ou ainda em qualquer prestação equivalente.¹⁰⁷

Novamente, aqui, tem-se divergência doutrinária no tocante a qual expressão é empregada em relação à tutela cautelar e à tutela antecipada.

Há quem entenda que a expressão “perigo de dano” coaduna mais com o sentido da tutela satisfativa (antecipada), e o “risco ao resultado útil do processo” está mais ligado à tutela cautelar, de natureza conservativa, eis que a visão doutrinária dominante em nosso país tende a considera-la instrumento de garantia ou eficácia da tutela final, ou principal. Assim, considera-se a existência de dois graus de *periculum in mora*, um a ser aferido no tocante à tutela cautelar, e outro no tocante à tutela antecipada.¹⁰⁸

Esse entendimento é acompanhado por Eduardo Alvim, ainda que com algumas peculiaridades, no sentido de o perigo de dano assumir uma face perante a tutela antecipada, tratando-se de risco de dano no mundo empírico, ou seja, o bem da vida pretendido pela parte encontra-se sob ameaça de perecer. Ao passo que, para a tutela cautelar, traduz-se no risco de o processo tornar-se um instrumento inútil.¹⁰⁹

Daniel Neves diverge, salientando que num primeiro momento, até poderíamos concluir pela adequação do perigo de dano à tutela antecipada e do risco ao resultado útil do processo com a tutela cautelar. Contudo, a distinção não merece prestígio pois haverá o mesmo fundamento para ambos os casos: a impossibilidade de se esperar o provimento final sob pena de perecimento da pretensão, ou ainda de o resultado final mostrar-se ineficaz em razão do tempo. “Em outras palavras, tanto na tutela cautelar quanto na tutela antecipada de urgência caberá à parte convencer o juiz de que, não sendo protegida imediatamente, de nada adiantará uma proteção futura, em razão do perecimento de seu direito”.¹¹⁰

¹⁰⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015 p. 1.805. E continua o autor: “Não se pode se admitir, por outro lado, a artificialização da urgência (do periculum). Bem ressaltou o Ministro Ayres Britto que Lincoln dizia: “Um indivíduo, friamente, a sangue frio, matou ambos os pais e, quando foi na hora do julgamento, pediu clemência aos juízes, porque não passava de um pobre órfão” (STF, ADPF 95). Logo, não é urgente a hipótese em que o autor retardou o ingresso da demanda até a undécima hora, colocando-se artificialmente em situação-limite e extrema para justificar o pedido de tutela de urgência”

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 157.

¹¹⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. E-book. **Manual de direito processual civil**. volume único – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 835-836. Nesse mesmo sentido, Cássio Scarpinella Bueno: “Sequer sobrevive, para o CPC de 2015, a diferença (artificial) entre o perigo de dano e o risco ao resultado útil do processo sugerida por alguns para distinguir, respectivamente, a tutela antecipada (vacionada a tutelar o próprio direito material) e a tutela cautelar (vacionada a tutelar o processo) no contexto do CPC de 1973. Aqueles dois referenciais – denotativos da necessidade urgente da

A divergência na doutrina é somente teórica, pois na prática é permitida, inclusive, a fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada, pelo art. 305, parágrafo único do CPC/2015 e pelo “poder geral” de efetivação das medidas provisórias estabelecido no art. 297 do diploma processual, admitindo-se que o julgador utilize aquela que considerar melhor adequada para proteção do direito/interesse.

Fato é que deve haver um fundado receio de que a pretensão da parte possa sofrer um dano irreparável ou de difícil reparação, ou ainda um risco de que o procedimento não consiga, ao seu final, tutelá-la de maneira adequada, tornando o resultado final do processo inútil. Ressalte-se que, por se tratar de cognição sumária, desde que devidamente provado e aliado à *probabilidade do direito*, o simples risco de dano ao direito ou a possibilidade de ele perecer até decisão final do processo, já é o bastante para a concessão da tutela provisória.¹¹¹

1.3.2.2 Reversibilidade da medida e prestação de caução

O art. 300, § 3º do CPC traz um pressuposto negativo para a concessão da tutela provisória: o perigo de irreversibilidade da medida. Em virtude de a cognição sumária permear a matéria das tutelas de urgência, exige-se que a medida possa ser revertida caso posteriormente venha a se considerar sua inaplicabilidade. Trata-se da possibilidade de se restabelecer o *status quo* anterior à concessão da medida, voltando as partes para o patamar fático-concreto anterior.

Apesar de o dispositivo fazer menção somente à tutela de urgência de natureza antecipada, acredita-se que o entendimento jurisprudencial à luz do CPC/73 deva se manter, aplicando o mesmo requisito para o deferimento de medidas cautelares. Trata-se do denominado *periculum in mora inverso*.¹¹²

intervenção jurisdicional – são empregados indistintamente para aquelas duas espécies” in BUENO, Cassio Scarpinella. E-book. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 223.

¹¹¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015 p. 1.805.

¹¹² “Significava que, ao mesmo tempo em que aquele que pedisse a tutela cautelar devesse provar o risco de lesão irreparável ou de difícil reparação, a obtenção da medida não poderia implicar a agravação do risco do demandado, de modo que este viesse a sofrer ou ficar em condições de sofrer o dano que se pretendia evitar com a medida. Assim, a inexistência de perigo de lesão irreversível seria uma condição para o acolhimento do pleito cautelar (STJ, MC 523, Primeira Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, RSTJ 94/3385)”, *Ibidem*, p. 1.806.

A natureza conservativa das pretensões cautelares, ordinariamente, não ensejará situações fáticas irreversíveis, o que justificaria ambas as legislações (de 1973 e de 2015) no sentido de atrelarem o pressuposto da reversibilidade à tutela satisfativa. Contudo, não se pode ignorar a extensão jurisprudencial que foi dada às tutelas de urgência conservativas. Havendo zonas nebulosas, por assim dizer, entre os tipos de tutela (v.g separação de corpos e sustação de protesto) em que não se tem a certeza da natureza cautelar ou satisfativa, sempre bom enfatizar que qualquer tutela de urgência (antecipada ou cautelar), ao menos *a priori*, deverá ser reversível.¹¹³

No tocante às tutelas satisfativas autônomas (exemplo: autorização para transfusão de sangue; realização de aborto, etc.), o perigo de irreversibilidade não tem o condão de afastar a concessão, tendo-se em vista que, na maior parte das vezes, o provimento concedido será de certo irreversível.

Situações de relevante caráter urgente poderão “mitigar” o pressuposto da irreversibilidade, eis que a demora na prestação poderá acarretar a própria inviabilidade da pretensão principal/final. Como exemplo clássico, temos o paciente que ingressa com demanda pedindo realização de cirurgia emergencial do coração ao plano de saúde contratado. “É um caso de irreversibilidade para ambas as partes, na qual deve o julgador tendenciar a proteger aquele que, não possuindo o bem da vida naquele momento, sofrerá maior impacto [...] a jurisprudência entende plausível a mitigação deste requisito negativo, sob a égide do princípio da proporcionalidade”.¹¹⁴

Para estes casos mais extremos, verificada a incorreção na concessão da medida, não haverá o restabelecimento do *status quo in natura* (nem se cogite “abrir” o paciente novamente para “desfazer” o procedimento cirúrgico, caso fosse verificada a negativa da pretensão acima esposada). Entretanto, plenamente possível que o paciente seja condenado a indenizar *in pecúnia* o plano contratado.

¹¹³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015 p. 1.806. Assim nos leciona Eduardo Alvim: “Duas são as considerações que se devem tecer acerca da norma em comento: primeiramente, a vedação à irreversibilidade da medida não pode ser tida por absoluta, variando, na casuística, em razão dos interesses em confronto no processo; em segundo lugar, a vedação à irreversibilidade não atinge apenas a tutela provisória de urgência antecipatória, mas também a tutela cautelar, e a própria tutela da evidência” in ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 169.

¹¹⁴ “Considero que essa ideia deverá ser mantida no NCPC, uma vez que a interpretação literal do requisito da irreversibilidade impede que crises de direito material eivadas de extrema urgência sejam apreciadas, violando o próprio fim a que o instituto se destina” in DONIZETTI, Elpídio. **Novo código de processo civil comentado (Lei no 13.105, de 16 de março de 2015)**: análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73– São Paulo: Atlas, 2015, p. 233-234.

Ainda que o paciente seja pessoa hipossuficiente nos termos legais, carecendo de recursos para “reverter” a medida, ao menos financeiramente, deve-se aplicar o critério da proporcionalidade, tutelando-se o direito à vida em detrimento da impossibilidade de reparação financeira posterior. “É o juiz, atentando às circunstâncias da causa, que avaliará e decidirá, justificadamente (artigo 298, CPC/2015), se é o caso de se conceder a medida urgente, ainda que disso decorram efeitos irreversíveis”.¹¹⁵

Já o art. 300, § 1º, do CPC/2015 possibilita ao magistrado a imposição de caução a ser prestada pelo requerente da medida, podendo ser real ou fidejussória, com o escopo de ressarcir eventual dano que possa ser ocasionado à parte adversa.

Por vezes o julgador, ao debruçar-se sobre a análise em cognição sumária, percebe que não somente o requerente da medida poderá sofrer danos com a sua não concessão, como também o polo passivo poderá merecer precaução processual, por se encontrar em igual ou similar situação de risco com a concessão da medida e eventual indeferimento posterior. Para que haja o contorno dessas situações é que o sistema processual lança a figura da caução, ou *contracautela* como chamada por parte da doutrina, estabelecendo “um completo e equitativo regime de garantia ou prevenção, de sorte a tutelar bilateralmente todos os interesses em risco”.¹¹⁶

Nesse sentido, leciona Daniel Neves:

Como a literalidade do dispositivo determina, a prestação da contracautela não é medida obrigatória, que se imponha em toda hipótese de concessão de tutela de urgência, sendo claro que o juiz poderá exigir a prestação de caução a depender do caso concreto. Entendo que a prestação de caução só deve ser exigida quando o juiz estiver em dúvida a respeito da concessão da tutela de urgência e notar no caso concreto a presença da irreversibilidade recíproca. Como sabe que a não concessão pode sacrificar o direito alegado da parte ou o resultado útil do processo e que a concessão gerará uma

¹¹⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al, op. cit., p. 1.807.

¹¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. E-book. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 631. E complementa, o autor: “Note-se que a contracautela não é uma imposição permanente da lei ao juiz, que tenha de ser observada em todo e qualquer deferimento da tutela de urgência. É apenas uma faculdade a ele oferecida, cujo exercício dependerá da verificação, no caso concreto, da existência de risco bilateral para ambos os litigantes na situação litigiosa a acautelar. Trata-se, na verdade, de um grande remédio colocado nas mãos do juiz para agilizar a pronta prestação da tutela preventiva. Assim, nos casos de dúvida ou insuficiência de provas liminares, o juiz, ao invés de indeferir a medida de urgência, deverá, na sistemática da contracautela, impor ao requerente a prestação da competente caução”.

situação fática irreversível, tendo dúvida a respeito de tal concessão, exigirá da parte a prestação da caução.¹¹⁷

Embora se reconheça tratar a fixação da caução como medida *ex officio* pelo juiz, nada impede que haja a provocação por parte do interessado.

Sendo caso de o interessado não reunir condições patrimoniais em prestar a caução, poderá o juiz dispensá-la, eis que a hipossuficiência não pode caracterizar obstáculo ao acesso à justiça, mas sim receber o impulso deste. Quem não tem condições de custear o litígio deve receber o aparato do Estado para exercer o seu direito de ação, nos moldes das garantias constitucionais, mais precisamente do art. 5º, XXXV da CRFB/88. Essa é a disposição da parte final do § 1º do art. 300 do CPC/2015.

1.3.2.3 Momento de concessão da tutela de urgência

“A tutela provisória pode ser prestada liminarmente ou após justificação prévia, isto é, após a oitiva da parte contrária (arts. 300, § 2.º, e 311, parágrafo único). Se a tutela é prestada liminarmente, o direito ao contraditório tem a sua realização postergada para depois da oitiva do réu”.¹¹⁸

O dispositivo causa uma primeira impressão em permitir apenas dois momentos para o deferimento da tutela de urgência (liminarmente, ou após a oitiva do polo adverso). Contudo, admite-se a concessão da tutela de urgência em qualquer momento processual ou grau de jurisdição, inclusive nas vias recursais (pedindo-se, com base na urgência, por exemplo, tutela para atribuir efeito suspensivo às sentenças nos casos em que a própria lei não o faça).

¹¹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. E-book. **Manual de direito processual civil**. volume único – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 837. Também sobre o assunto, disserta Marinoni: “O conteúdo da caução se liga ao dano que pode ser produzido pela efetivação da tutela cautelar ou antecipada. Note-se que a caução é uma cautela em face da tutela de urgência, de modo que se destina a assegurar o dano que pode ser produzido pela sua efetivação. Embora a norma fale em caução real ou fidejussória, aquele que obtém tutela cautelar ou antecipada pode garantir a parte adversária de outro modo, desde que idôneo a prestar efetiva segurança pelo eventual prejuízo capaz de ser acarretado pela efetivação da tutela. A princípio não há porque descartar, por exemplo, que o beneficiado pela tutela urgente ofereça como caução um contrato de seguro que cubra a responsabilidade pelo dano que pode ser produzido pela execução” in MARINONI, Luiz Guilherme. E-book. **Tutela de urgência e da evidência: soluções processuais diante do tempo e da justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 97.

¹¹⁸ ARENHART, S.C; MARINONI, L. G; MITIDIERO, D. E-book. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. 3 ed. São Paulo: RT, 2017, p. 141.

A concessão liminar se dá com a denominada liminar *inaudita altera pars*, a qual sob a égide do CPC/73, em seu art. 804, era autorizada nos casos em que o requerido, se ouvido, viesse a comprometer a eficácia da medida. Estranha-se a omissão legal no CPC/2015, mormente se levarmos em conta um código voltado ao prestígio do contraditório pleno e efetivo. Ainda assim, acredita-se que tal entendimento continue a persistir no ordenamento processual. A regra, portanto, é que a medida seja concedida após a oitiva da parte contrária.¹¹⁹

A justificativa para o deferimento liminar – sem a oitiva da outra parte - reside pura e simplesmente na “possibilidade de o dano consumir-se antes da citação, qualquer que seja o motivo. Impõe-se o provimento imediato, porque, se se tiver de aguardar a citação, o perigo se converterá em dano, tornando tardia a medida cuja finalidade é, essencialmente, preveni-lo”.¹²⁰

O ideal é que o interessado apresente conjunto probatório pré-constituído e robusto dos requisitos do art. 300 do CPC, principalmente prova documental. Não sendo julgados suficientes os elementos apresentados, pode a parte, ainda, provar por meio de testemunhas a situação de urgência, ocasião em que será designada “audiência de justificação” para tal mister. Dessa audiência somente participará o requerente, exceto se for constatado que a presença da parte adversa não trará risco para a eficiência da medida.¹²¹

Nos termos do Enunciado nº 30 do FPPC: “O juiz deve justificar a postergação da análise liminar da tutela de urgência sempre estabelecer a necessidade de contraditório prévio”. Havendo a negativa da tutela em caráter liminar, a demanda não será extinta sem análise do mérito. Sendo o pedido antecipatório/cautelar feito numa ação pelo procedimento comum, será feita a citação do réu para compor a relação jurídico-processual; em se tratando de antecipação dos efeitos da tutela em caráter antecedente, será intimado o autor para emendar a inicial (art. 306, § 6º do CPC/2015), procedendo-se à análise do pedido principal, sendo possível a concessão da tutela em sentença/acórdão; e sendo a medida cautelar antecedente (art. 305 a

¹¹⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.808.

¹²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. E-book. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 625-626.

¹²¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.808-1.809.

310 do CPC/2015), prosseguirá o feito até a sentença, ocasião em que poderá ser deferida a medida cautelar.¹²²

1.3.2.4 Concessão de ofício das tutelas de urgência

Para a tutela de urgência de natureza cautelar tem prevalecido a ideia de que o magistrado, embasando-se no “poder geral de cautela”, pode conceder, *ex officio*, a tutela de urgência conservativa, desde que em caráter excepcionalíssimo.¹²³

Acredita-se sendo o processo instrumento estabelecido pelo Estado para solucionar os conflitos, plausível que se permita que o próprio Estado venha a assegurar, de ofício, a inocorrência do *periculum in mora*, seja calcado no perigo do dano, seja no risco ao resultado útil do processo.

Contudo, alguns quesitos precisam ser observados.

Primeiramente, só haverá o deferimento havendo a demonstração de risco extremo ou quando a legislação expressamente autorizar a concessão oficiosa da medida. Em segundo lugar, e cumulativamente, necessário que haja demanda (seja a principal com pedido incidental, seja a cautelar antecedente), eis que o ordenamento veda expressamente que o juiz inicie processo de ofício. De rigor rememorar que se trata de medida excepcional, sendo a regra o requerimento da parte.¹²⁴

No tocante à tutela de urgência satisfativa, de natureza antecipatória, no regime do CPC/73 vedava-se sua concessão oficiosa, sendo que o *caput* do art. 273 daquele diploma legal era expresso no sentido de que a tutela antecipada seria

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Ibidem*, p. 1.810, o autor cita ainda (MARINONI e ARENHART, 2010, p. 104-106) e (STJ, Segunda Turma, REsp 507.167/SC, Relator Ministro Peçanha Martins, julgado em 08.11.2005, DJ 05.12.2005, p. 275) bem como complementa: “Sob a vigência do CPC/1973, admitiu-se, por exemplo, a decretação oficiosa de arresto pelo juiz da execução, para garantia do processo e eficácia da decisão (STJ, RMS 5345/RS, Terceira Turma, Relator Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 16.05.1995, DJ 07.08.1995, p. 23035)”.

¹²⁴ Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior: “O sistema do Código novo, todavia, não é muito diverso do anterior. O art. 299, *caput*, do NCPC, pressupõe a iniciativa da parte ao dispor que “a tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal”. Dessa maneira, pode-se entender que, em linhas gerais, se manteve a orientação doutrinária exposta: em regra, a tutela de urgência, cautelar ou antecipatória, deverá ser requerida pela parte, mesmo porque, a respectiva execução corre por sua conta e risco, configurando hipótese legal de responsabilidade civil processual objetiva (art. 302). A contrário senso, somente quando houver situação de vulnerabilidade da parte e risco sério e evidente de comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional, poder-se-á excepcionalmente, fugir do rigor do princípio dispositivo, tornando-se cabível a iniciativa do juiz para determinar medidas urgentes indispensáveis à realização da justa composição do litígio” in THEODORO JÚNIOR, Humberto. E-book. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I.** 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 633.

deferida “a requerimento da parte”, ainda que houvesse parcela doutrinária a contestar a rigidez do comando legal. No CPC/2015 não há mais disposição a condicionar a concessão da medida a requerimento de parte alguma.

O *caput* do art. 300 do CPC/2015, nesse sentido, não traz nenhuma condicionante de requerimento para sua concessão, aludindo apenas aos requisitos necessários à caracterização da urgência.

Ganha força, assim, a tese de que é possível ao juiz, mesmo de ofício, deferir tutela de urgência satisfativa (antecipada). A urgência do caso e, porque não, a disparidade de armas entre os litigantes autorizariam, a bem da igualdade material, a concessão oficiosa da tutela de urgência satisfativa (como ordinariamente ocorre em feitos de natureza previdenciária). Pensa-se, contudo, que para a admissão excepcionalíssima da concessão de tutela de urgência antecipada de ofício devem ser aplicadas as mesmas condicionantes já afirmadas para a concessão oficiosa da tutela de urgência cautelar: a) o deferimento se dará, apenas, em situações de (i) risco extremo ou (ii) quando houver lei expressamente autorizando a concessão oficiosa; e b) deverá haver demanda (principal ou antecedente) proposta (incoação do processo), sendo vedado ao juiz iniciar processo de ofício.¹²⁵

Há quem entenda, entretanto, que não se pode conceder, sob nenhuma justificativa, a tutela provisória, ainda que calcada na urgência, de maneira oficiosa. Sobre o tema, disserta Eduardo Alvim:

Para nós [...] há necessidade de requerimento expresso para que seja concedida a tutela provisória de urgência, vedada, a propósito, a atuação *ex officio* do magistrado. Na medida em que *ne precedat iudex es officio*, conforme dispõe o art. 2º do CPC/2015, estando o juiz adstrito aos limites do pedido formulado, da mesma forma a tutela de urgência depende do pedido.

Contudo, acredita-se que, nas formas excepcionais elencadas supra, possível que se conceda oficiosamente qualquer das modalidades de tutela de urgência. Ambas as doutrinas, entretanto, recomendam que o magistrado se utilize, primeiramente, do princípio da cooperação e provoque a parte interessada a requerer a medida (art. 6º do CPC/2015). A concessão oficiosa de maneira plena, portanto, restaria para casos extremos, em que a consulta à parte “possa comprometer a própria eficácia da tutela de urgência”.¹²⁶

¹²⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.810.

¹²⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.810; e ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**.

1.3.2.5 Poder geral de cautela do juiz

Por vezes já mencionamos que o CPC/2015 não só manteve o “poder geral de cautela” que já se apresentava no CPC/73, como também ampliou os seus horizontes. Na legislação anterior, havia previsão expressa das medidas cautelares a bem de conservarem e tornarem útil a pretensão “principal”. A doutrina classificava-as como sendo cautelares típicas ou nominadas, eis que presentes em lei.

Entretanto, não só a doutrina como o ordenamento processual passaram a admitir a insuficiência das medidas “típicas” em tutelar todas as situações que demandavam urgência em caráter conservativo. Tal justificativa ensejou a adoção do chamado “poder geral de cautela do juiz”, presente no art. 798 do CPC/73, permitindo uma fórmula genérica para que o magistrado aplicasse a medida urgente mais eficaz e necessária ao caso concreto.¹²⁷

Já o CPC/2015 rompe totalmente com o regime da tipicidade das cautelares, dispondo em seu art. 301 do CPC/2015 que: “A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”. Note-se que as espécies indicadas no dispositivo são de caráter, agora,

– 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 183, *verbis*: “Ainda a esse respeito, embora não possa o juiz estabelecer a tutela provisória de ofício, o que parece possível e até recomendável no sistema do novo Código de 2015 é que, diante de uma situação de urgência flagrante e da inércia da parte, seja esta intimada para manifestar seu interesse ou não na concessão da tutela provisória. Esse, aliás, é um dos exemplos práticos das diretrizes normativas de cooperação e participação explicitadas pelo novo Código (art. 6º), que preconizam a criação de uma verdadeira comunidade de trabalho por todos os sujeitos processuais no intuito de promover um processo mais efetivo”.

¹²⁷ E complementa o autor: “Com base nesse poder geral de cautela é que se encontrou espaço para a construção da conhecida figura das cautelares inominadas ou atípicas, as quais, embora sem previsão legal expressa, podiam ser requeridas livremente ao juiz. Ao lado das nominadas ou típicas (previstas em lei e com requisitos próprios), as cautelares inominadas completavam o amplo espectro de abrangência da tutela cautelar, de modo que qualquer situação de risco poderia ser objeto de atuação jurisdicional. Já na vigência do CPC/1973 doutrina apontava que a opção por um regime binário, em que tutelas típicas conviviam com tutelas atípicas, era um erro (MEDINA, ARAÚJO e GAJARDONI, 2014, p. 99). Como se permitia ao juiz, presentes os pressupostos da probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e de urgência (*periculum in mora*), a concessão de cautelares não previstas em lei não fazia o mínimo sentido seguir na previsão legal específica de tais medidas. Inclusive porque a previsão das cautelares típicas não limitava a atuação do juiz, que acabava por conceder, sob a rubrica de atípicas, medidas típicas nas hipóteses em que a parte não se ocupasse de preencher, adequadamente, todos os requisitos exigidos em lei para obtenção da tutela de urgência. Por exemplo, o STJ já admitiu a concessão de medida cautelar nominada de bloqueio de bens, ainda que ausentes os requisitos específicos do arresto cautelar (artigo 814 do CPC). Note-se que, nesse caso, concedeu-se medida substancialmente igual ao arresto, ainda que se utilizasse outra denominação” GAJARDONI et al, op. cit, p. 1.814-1.815.

exemplificativo.¹²⁸ Doravante, é o regime da atipicidade que prevalece, não se excluindo as parcas cautelares “típicas” presentes fora do Livro V do CPC/2015, como a produção antecipada de provas de cunho cautelar (artigo 381, I, e parágrafos, CPC/2015), o arrolamento descritivo/conservativo (artigo 381, § 1.º, CPC/2015) e o atentado (artigo 77, § 7.º, CPC/2015).¹²⁹

Com base no texto empregado pelo art. 301 do CPC/2015 é que se admite, inclusive, a existência das tutelas satisfativas autônomas – ou chamadas por parte da doutrina como “cautelares satisfativas”.

Pode-se considerar como matriz constitucional do “poder geral de cautela” a garantia de acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CRFB/88), salvaguardando qualquer situação de risco, ainda que não haja previsão legal sobre, mas que exija pronta tutela jurisdicional. (REsp 653.889/DF, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 01.09.2005, DJ 26.09.2005, p. 201).¹³⁰ Portanto, não pode e nem deve o legislador infraconstitucional extinguir do sistema processual tal instituto.

Quando se fala em ampliação do “poder geral de cautela”, quer-se dizer que, numa visão contemporânea da processualística, se abre espaço para uma proteção judicial em qualquer situação que haja risco do perecimento do direito ou de o processo tornar-se inútil ou ineficaz para seus devidos fins, ainda que haja vedação legal genérica para tal.

Em realidade, o poder geral de cautela do juiz funciona como mecanismo de aplicação de equidade, afastando-se disposições legais cogentes e genéricas em virtude das vicissitudes do caso concreto. Assim, além das cautelares inominadas mais conhecidas – sustação de protesto [...] e de suspensão das deliberações sociais –, no âmbito dos Tribunais Superiores, admitiam-se, com base no artigo 798 do CPC/1973, cautelares para dar efeito suspensivo a recursos extraordinário e especial [...], à apelação em mandado de segurança [...]; para fins de destrancamento (retenção) de recursos excepcionais obrigatoriamente retidos [...]; para admitir o protesto contra alienação de bens e o registro público de tal ato [...]; para garantir o bloqueio de bens de pessoas investigadas por desvio de verbas públicas [...]; para autorizar a produção de provas antes do momento oportuno [...]; e até para alcançar o afastamento do juiz do caso em caso de exceção de suspeição desacolhida e pendente de análise recursal.¹³¹

¹²⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 176.

¹²⁹ GAJARDONI et al, op. cit, p. 1.817

¹³⁰

Disponível

em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteireteor/?num_registro=200400601090&dt_publicacao=26/09/2005. Acesso em 30 jul. 2018.

¹³¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 parte geral**, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.816-1.817. Cf. (STJ, REsp 627759, Relatora Nancy Andrichi, julgado em 08.05.2006); (Súmulas n.º 634 e n.º 635 do STF); (STJ, AgRg MC 12.315, Relator

Nesse mesmo sentido, disserta Eduardo Alvim sobre a ampliação do poder geral de cautela: “O CPC/2015 prestigia, na essência, a realidade dos fatos e as incontáveis situações que podem surgir no plano empírico. Consagra de vez [...] uma tutela jurisdicional adequada e efetiva e, em última análise, [em prol] dos princípios constitucionais do acesso à justiça e devido processo legal”.¹³²

1.3.2.6 Responsabilidade da parte por dano causado com a efetivação da medida.

Em virtude na natureza provisória, calcada no juízo sumário de valores e numa demonstração superficial da plausibilidade do direito, incontestemente que a efetivação da tutela de urgência possa vir a acarretar riscos ou danos ao polo adverso. Não por acaso o ordenamento processual pressupõe que o requerente assumira os riscos que possam ser gerados pela execução da medida de urgência. “Recorrente e certa é a afirmação de que a tutela de urgência é sempre praticada por conta e risco do promovente”.¹³³

Em que pese a redação do *caput* do art. 302 do CPC/2015 fazer menção apenas à tutela de urgência, partilhamos do entendimento doutrinário de que essa responsabilização também recai nas hipóteses de tutela da evidência.¹³⁴

Ministro Luiz Fux, julgado em 10.04.2007); (REsp 727.685/SP, Relator Ministro Francisco Falcão, julgado em 14.03.2006); (STJ, MC 10.697/RJ, Relator Ministro José Delgado, julgado em 15.06.2006); (STJ, REsp 695095, Relatora Ministra Fátima Nancy Andriighi, julgado em 20.11.2006, e, especialmente, EREsp 440.837/RS, Relator Barros Monteiro); (STJ, REsp 731.10, Relator Ministro João Noronha, julgado em 20.03.2006); (REsp 507.167, Relator Ministro Francisco Peçanha, julgado em 05.12.2005)

¹³² ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 177. Sobre o ponto, denota Bedaque: “A tutela cautelar é, sem dúvida, componente essencial da atividade jurisdicional do Estado, pois constitui importante instrumento de sua efetividade. Destinada a evitar o perigo de ineficácia do processo, bem como aquele decorrente de mero retardamento da entrega da prestação final, integra a garantia constitucional do amplo acesso à justiça e da ampla defesa. Por isso, ao lado das modalidades expressamente previstas e devidamente nominadas, dispõe o sistema de regra geral admitindo o amplo poder cautelar do julgador, como meio de assegurar ao titular de um direito a possibilidade de obter, em sede jurisdicional, resultado próximo daquele que a satisfação voluntária lhe traria” in BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 229-230.

¹³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. E-book. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 679.

¹³⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 358. Nesse sentido, leciona Daniel Neves: “Parece claro que uma tutela provisória da evidência possa gerar danos à parte adversa e, sendo revogada pela tutela definitiva ou por qualquer outra circunstância prevista em lei, o beneficiário da tutela deverá ressarcir os danos da parte adversa. Significa dizer que a equivocada opção do legislador não afasta a aplicação do art. 302 do Novo CPC da tutela provisória da evidência” in NEVES, Daniel Amorim Assumpção. E-book. **Manual de direito processual civil**. volume único – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 839.

O art. 302 e seus incisos do CPC trazem um rol de hipóteses em que o requerente da tutela provisória será responsabilizado. Trata-se, todavia, de rol meramente exemplificativo, havendo hipóteses não contempladas pelo dispositivo que acarretam responsabilização, *v.g* quando houver a cassação da medida antes da sentença, aplicando-se o art. 296 *in fine* do CPC.¹³⁵

Nos termos dos incisos do art. 302 do CPC/2015, haverá responsabilização pelos danos oriundos da efetivação da medida: a) se a sentença (de mérito) for desfavorável ao requerente (inciso I); b) se obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, o requerente não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de cinco dias (inciso II); c) se ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal (inciso III); e d) se o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do requerente da tutela (inciso IV).

Ademais, trata-se de responsabilidade objetiva, ou seja, o requerente da medida responderá pelos danos oriundos da efetivação da medida, independentemente de ter agido com dolo ou culpa. Qual seja a hipótese que se enquadre, ou ainda mesmo com a aplicação genérica do art. 296 do CPC, basta para o prejudicado demonstrar o dano sofrido pela efetivação da medida e o nexo causal entre esse dano e a medida concedida em favor da parte adversa.¹³⁶

A indenização pelo dano será feita, sempre que possível, nos mesmos autos em que houve a concessão da medida (art. 302, parágrafo único do CPC), podendo se dar mediante arbitramento – quando houver necessidade de se nomear um *expert* para aferir o *quantum* indenizatório –; ou pelo procedimento comum – quando se fizer necessária a prova de fato novo.¹³⁷

1.3.3 Tutelas de urgência requeridas em caráter antecedente

O CPC/2015 trouxe uma verdadeira reformulação no tocante à concessão de tutelas de urgência em caráter antecedente ao processo principal. Em primeiro lugar, estendeu a possibilidade de ser requerida previamente ao procedimento a

¹³⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.824. Nesse mesmo sentido STJ, REsp 193.366/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Antonio de Pádua Ribeiro, julgado em 29.03.2005.

¹³⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. *op. cit.*, p. 360. Também nesse sentido NEVES, Daniel Amorim Assumpção. E-book. **Manual de direito processual civil**. volume único – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 839-840; e NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. E-book. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 915.

¹³⁷ *Ibidem*. Cf. também GAJARDONI et al, *op. cit.*, p. 1.824.

antecipação dos efeitos da tutela, algo que no CPC/73, ao menos de modo formal, não se tinha notícia. Em segundo plano, extinguiu a autonomia processual das antigas “cautelares preparatórias”, sendo que agora o pedido feito de maneira antecedente deverá apenas ser complementado com a pretensão principal futura a ser conservada.¹³⁸

Ainda assim, há diversidade nos procedimentos relativos à tutela cautelar e à tutela antecipada, inclusive inovando o Código em trazer a figura da estabilização da tutela antecipada, instituto que tem sido objeto de estudo dos processualistas, havendo inúmeros debates acadêmicos e incógnitas acerca de sua natureza jurídica. Não se aprofundará o estudo do tema, eis que demandaria um estudo científico próprio, mas ater-se-á às premissas necessárias para um entendimento básico do instituto.

1.3.3.1 Da tutela antecipada requerida em caráter antecedente

Como aludido, inovando totalmente em relação à legislação processual de 1973, o CPC/2015 instituiu um procedimento sumário, abreviado e simplificado, para requerimento da tutela de urgência antecipada antecedente. “Bem se reconhece, assim, que a ‘urgência’ ou a ‘cautelaridade em sentido amplo’ justifica não só a antecipação dos efeitos da decisão final, mas também a instituição de procedimentos menos complexos para a concessão de tutela provisória”.¹³⁹

Sendo assim, o art. 303, *caput* do diploma processual dispõe ser possível, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, que a parte formule pedido inicial limitado à pretensão antecipatória, expondo de maneira sucinta a lide, fundamentando a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo - *periculum in mora*.

Segundo apontam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, pode-se tecer três observações a respeito da leitura do dispositivo supra, sendo que duas convêm a transcrição neste momento do trabalho:

A primeira é que qualquer tutela satisfativa do direito pode ser postulada mediante tutela antecipada antecedente. Está, portanto, fora do alcance do art. 303 – e, conseqüentemente, do art. 304 –

¹³⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.835.

¹³⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 184.

qualquer espécie de tutela cautelar, cujo regramento se encontra nos arts. 305 a 310 [...] A terceira é que a qualificação da urgência como contemporânea no caput do art. 303, embora à primeira vista possa sugerir uma restrição ao uso da tutela antecipada antecedente, é desmentida pelo incentivo que o legislador viabiliza ao autor para sumarizar formal e materialmente o processo com a sua estabilização. Lida a autonomização da tutela antecipada sistematicamente, a urgência que justifica o pedido de tutela antecipada antecedente não difere do perigo na demora capaz de justificar qualquer espécie de tutela antecipada.¹⁴⁰

Havendo indeferimento do pedido antecipatório, o autor deverá emendar a petição inicial no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 303, § 6º do CPC). Prazo este que pode ser prorrogado pelo magistrado com fundamento no art. 139, VI do CPC, servindo o aditamento como verdadeira conversão do pedido de tutela antecipada no pedido principal.

Veja que já houve a negativa da tutela antecipada, caso seja de interesse da parte o não ajuizamento da demanda principal, basta apenas a sua inércia para que o processo seja extinto sem resolução do mérito, e sem condenação em custas/sucumbência tendo em vista que nem a citação do polo passivo foi feita.¹⁴¹

Poderá o juiz, ainda, determinar a emenda da inicial, art. 303, § 6º do CPC), a fim de que o requerente sane eventuais vícios e o pedido antecipatório possa ser analisado, nos mesmos moldes do art. 321, quando da emenda da inicial no Procedimento Comum.

Havendo a concessão da medida, a qual se dará mediante decisão interlocutória, duas situações distintas poderão ocorrer: a) o polo passivo “recorrer” da decisão interlocutória que concedeu a medida, mediante agravo de instrumento ou outro meio de impugnação a depender do caso, situação em que não ocorrerá a *estabilização da tutela antecipada*, e o procedimento seguirá o rito dos parágrafos do art. 303 do CPC; b) o polo passivo quedar-se inerte em relação ao provimento judicial, ocasião em que a tutela antecipada tornar-se-á *estável* (art. 304 do CPC/2015).

¹⁴⁰ ARENHART, S.C; MARINONI, L. G; MITIDIERO, D. E-book. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. 3 ed. São Paulo: RT, 2017, p. 146. Sobre o ponto, complementa Marinoni: “Ao requerer a tutela antecipada na forma antecedente, o autor deve esclarecer que está assim agindo em vista de excepcional urgência que não lhe permite desde logo apresentar os documentos e os argumentos imprescindíveis à adequada propositura da ação voltada ao alcance da tutela – final – do direito. Nessa linha, deve demonstrar que está utilizando a técnica da tutela antecipada antecedente nos termos do art. 303 e que aditará oportunamente a petição inicial (art. 303, § 5o, CPC)” in MARINONI, Luiz Guilherme. E-book. **Tutela de urgência e da evidência: soluções processuais diante do tempo e da justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 118.

¹⁴¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. E-book. **Manual de direito processual civil**. volume único – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 861.

A *estabilização da tutela antecipada* nada mais é do que um instituto inspirado nos ordenamentos italiano e francês visando que a tutela deferida, caso haja a inércia do polo passivo, permaneça surtindo seus efeitos sem que seja necessária a confirmação posterior por decisão de mérito em *cognição exauriente*. “Nesses casos, o pedido principal só será formulado se as partes tiverem interesse na obtenção de decisão definitiva sobre o direito controvertido e, até lá, os efeitos da tutela provisória permanecem estáveis, i.e., operando plenos efeitos como se decisão definitiva de mérito fosse (artigo 304, § 3.º, CPC/2015)”.¹⁴²

Complementando a pesquisa, as assertivas de Marinoni, *verbis*:

O objetivo da regra que prevê a estabilização da tutela antecipada é, por um lado, eliminar a necessidade de discussão de uma questão que, diante da conduta do réu, não gera mais controvérsia, e, de outro, outorgar capacidade de produzir efeitos a uma decisão interna a um processo que resulta extinto sem resolução do mérito.¹⁴³

Como já advertido, não caberá a este estudo uma análise detalhada a respeito do instituto, sendo certo que para um aprofundamento sobre a questão remete-se o leitor às doutrinas indicadas abaixo.¹⁴⁴ No entanto, algumas considerações acerca dos efeitos procedimentais de sua ocorrência merecem destaque a bem do presente estudo.

De plano, pode-se concluir, sem maiores divergências, que a técnica da estabilização da tutela não é aplicável: a) às tutelas cautelares, em virtude de expressa regulamentação nos artigos 305 a 310; b) às tutelas concedidas em caráter incidental

¹⁴² GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 parte geral**, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.845. Nesse mesmo sentido, Eduardo Alvim: “Na essência, o que faz o art. 304 do CPC/2015 é reconhecer a viabilidade de que essa tutela provisória antecipada seja capaz de solucionar a crise de direito material no plano empírico. Em outras palavras, reconhece-se que a tutela que disciplinou provisoriamente a relação de direito material está apta a satisfazer os interesses práticos das partes envolvidas, diminuindo ou eliminando a necessidade de discussão do mérito. Satisfeitas as partes com os efeitos práticos sumariamente obtidos, pode ser que não tenham mais interesse em discutir a questão de fundo ou pretensão “principal”, já que, por assim dizer, teriam resolvido (no plano dos fatos) os seus problemas” in ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 200.

¹⁴³ MARINONO, Luiz Guilherme. E-book. **Tutela de urgência e da evidência: soluções processuais diante do tempo e da justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 120.

¹⁴⁴ Para maiores discussões doutrinárias e acadêmicas acerca do instituto da estabilização da tutela antecipada, remetemos o leitor ou a leitora às páginas 120 e seguintes da estimada obra supra, bem como: ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 199-248; GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 parte geral**, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.845 e ss.; e THEODORO JÚNIOR, Humberto. E-book. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 674 e ss.

no processo - ainda que fosse plausível a sua existência, o legislador optou por condicionar a estabilização somente ao “procedimento sumário preparatório”, entendendo que a escolha da parte pelo procedimento comum e não antecipatório já seria considerada como intenção em se obter o provimento final de mérito; c) às tutelas antecipadas parciais antecedentes, pois a técnica não seria suficiente para esgotar o assunto, sendo que a parcela indeferida da tutela necessária, ao menos em tese, da cognição exauriente para sua aferição; e d) à tutela provisória de evidência, conforme analisaremos no segundo capítulo do presente trabalho.¹⁴⁵

No tocante às *tutelas satisfativas autônomas*, ou chamadas por parte da doutrina de “cautelares satisfativas”, acredita-se plenamente aplicável a técnica da estabilização, mormente por seu caráter ser satisfativo, além de sua concessão em caráter liminar, por vezes, esgotar o debate da demanda.

Assim, por exemplo, requerida medida de busca e apreensão de menor arrebatado de guardião em caráter antecedente e deferida a liminar, caso não haja interposição de recurso pela parte interessada, os efeitos da liminar serão estabilizados, podendo vir a serem discutidos em posterior ação autônoma, nos termos do art. 304, §§ 2º, 5º e 6º do CPC/2015. Nos casos em que houver a irreversibilidade fática, restará à parte a conversão em perdas e danos caso seja demonstrado posteriormente a necessidade de revogação da medida.¹⁴⁶

Apesar do art. 304, *caput* mencionar a palavra “recurso”, parcela significativa da doutrina aventa para a impropriedade do termo:

Poderia o dispositivo prever qualquer espécie de resistência, inclusive a meramente incidental oferecida perante o juízo que concedeu a tutela antecipada. Não tem sentido a legislação obrigar o réu a recorrer quando na realidade ele pretende somente se insurgir no próprio grau jurisdicional onde foi proferida a decisão. É a própria lógica do sistema que aponta nessa direção porque a própria razão de ser da estabilização é o réu deixar de se insurgir contra a tutela provisória concedida. Por outro lado, se o objetivo do sistema é a diminuição do número de recursos, a interpretação literal do art. 304, *caput*, do Novo CPC, conspira claramente contra esse intento. Resta ao intérprete dizer que onde se lê “recurso” deve se entender “impugnação”, criticando-se o legislador por ter preferido a utilização de espécie (recurso) em vez do gênero (impugnação).¹⁴⁷

¹⁴⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.845-1.850.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. E-book. **Manual de direito processual civil**. volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 867-868. Nesse mesmo sentido, Gajardoni: “Em realidade, ao condicionar a inexistência da estabilização à interposição de recurso, o legislador usou atecnicamente

Não havendo, desse modo, qualquer impugnação ou irresignação por parte do polo passivo no tocante à concessão da tutela antecipada (ou *satisfativa autônoma*) requerida em caráter antecedente em tempo hábil, estabilizar-se-ão os efeitos desta, sendo o processo extinto sem resolução do mérito nos termos do art. 304, § 1º do CPC/2015. Ressalte-se que o fenômeno da estabilização não faz coisa julgada – tutelas sumárias não são aptas a ensejarem a qualidade do instituto, além da sua vedação legal presente no § 6º -, sendo entendido como a perpetuação, *ad eternum* dos efeitos empíricos da decisão.

Após a estabilização, nada cabe ao polo passivo fazer? O CPC/2015 traz no § 2º do supracitado dispositivo que poderá a parte interessada demandar a outra em procedimento autônomo a fim de rever, reformular ou invalidar a tutela satisfativa estabilizada, desde que o faça no prazo hábil de 02 (dois) anos, contados da ciência da decisão de estabilização (art. 304, § 5º do CPC). A competência para tal revisão/modificação será, sempre, do próprio juízo prolator da decisão (art. 304, § 4º do CPC).

Com efeito, “ao menos em princípio, o juízo da tutela provisória, já conhecendo o caso, tem melhores condições de decidi-lo de modo definitivo, em cognição exauriente. Tem-se, ainda, a preservação do *status* hierárquico do julgador, responsável por revisar, reformar ou invalidar a própria decisão proferida em cognição sumária”.¹⁴⁸

Não se entende muito bem a condicionante de o requerente, já ao obter a concessão da tutela antecipada, aditar a inicial com a complementação de sua argumentação e indicar o provimento final almejado no prazo de 15 (quinze) dias – ou

a expressão recurso. Não haverá a estabilização se adotado pelo interessado qualquer expediente processual tendente a cassar a decisão que deferiu a tutela antecipada. Além do recurso de agravo de instrumento contra as decisões de 1.º grau (artigo 1.015, I, do CPC/2015), embargos de declaração com efeitos infringentes contra a decisão concessiva da tutela antecipada (artigo 1.022 do CPC/2015), e agravo interno contra as decisões das relatorias nos tribunais nos pedidos de tutela antecipada antecedente de competência originária (artigos 932, II, e 1.021 CPC/2015), também afasta a estabilização o manejo de reclamação contra a decisão antecipatória de tutela (artigos 988 e 992 do CPC/2015), especialmente por conta da natureza de sucedâneo recursal do instrumento, quase um recurso *per saltum*. Pedido de reconsideração, por não ter o condão de reformar a decisão concessiva da antecipação de tutela, não impede a estabilização em uma primeira reflexão sobre o tema, à luz da disposição legal. A dúvida presente, e que ainda merece melhor reflexão, é a relacionada aos pedidos de suspensão da segurança (artigo 15 da Lei n.º 12.016/2009) ou de liminar (artigo 4.º da Lei n.º 8.437/1992): por não terem propriamente o condão de reformarem a decisão concessiva da antecipação de tutela, mas só de suspendê-las, impediriam a estabilização?” in GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.850.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 1.853-1.854.

o quanto o juiz fixar – (art. 303, § 1º, I do CPC). Poderia o legislador ter estabelecido um lapso temporal a se aguardar pela estabilização da tutela ou não. Havendo estabilização, o polo ativo sequer pensaria na hipótese de complementar o pedido, eis que fruiria os efeitos almejados enquanto não demandada qualquer ação autônoma de revisão. Contudo, deverá fazê-lo sob pena de preclusão, sendo certo que nos casos em que se verificar, posteriormente, a *estabilização da tutela antecipada*, o requerente peticione novamente ao juiz pugnando pelo não prosseguimento do referido aditamento, configurando interesse na decisão em cognição sumária e desinteresse na cognição exauriente.¹⁴⁹

Não havendo aditamento da petição inicial, extingue-se o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 303, § 2º do CPC. Havendo o aditamento, encerra-se essa fase processual “preliminar”, dando-se início ao procedimento comum, havendo a citação e intimação para o réu comparecer em audiência de conciliação/mediação e posterior contestação ao pedido principal.¹⁵⁰

Sobre o ponto, disserta Daniel Neves:

Na realidade não faz qualquer sentido o réu ser citado em um processo que dependerá de um ato positivo do autor para não ser extinto sem resolução do mérito. Por outro lado, não tem sentido deixar para citar o réu somente depois de o autor ter emendado a petição inicial porque nesse caso se postergará em demasia sua ciência do processo e sua possibilidade de impugnar a decisão concessiva da tutela antecipada.¹⁵¹

A solução seria seguir a literalidade do art. 303, § 1º do CPC, cintando-se o réu e intimando-o a comparecer à audiência de conciliação ou mediação, a qual poderá não se realizar, na hipótese de o autor não emendar a inicial; ou ainda, seja o processo extinto, e não haja qualquer insurgência do réu no tocante à antecipação de tutela, sendo o processo extinto com a estabilização da tutela antecipada.

1.3.3.2 Da tutela cautelar requerida em caráter antecedente

¹⁴⁹ GAJARDONI et al E-book. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.854.

¹⁵⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 187.

¹⁵¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. E-book. **Manual de direito processual civil**. volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 863.

Os artigos 305 a 310 do CPC/2015 trazem a hipótese de requerimento antecedente das tutelas de urgência de natureza cautelar, ou conservativas. Boa parte das disposições do CPC/73 a respeito do processo cautelar antecedente (ou preparatório) foi repetida pelo ordenamento processual vigente, ainda que com aprimoramentos redacionais.¹⁵²

Logo no *caput* do dispositivo (art. 305), tem-se os requisitos da petição inicial do pedido cautelar antecedente, sendo necessária a indicação da lide “principal” e seus fundamentos, além da exposição sumária do direito que se visa assegurar, denotando-se o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo – *periculum in mora* -, e da indicação do valor da causa.¹⁵³

Buscando-se uma interpretação que seja mais útil e coadune com o modelo de simplificação e “aceleração” processual proposto pelo CPC/2015, acredita-se que a definição do procedimento cautelar antecedente encontra nítida dependência com a concessão ou não da medida liminar.

Caso haja a concessão da cautelar, liminarmente ou após justificação prévia (art. 300, § 2º do CPC), haverá a citação e intimação do polo passivo acerca da efetivação da medida. Logicamente, resguarda-se ao polo passivo seu direito de se insurgir contra a decisão proferida, seja por meio de pedido de reconsideração, seja por agravo de instrumento. Contudo, não haverá espaço para uma defesa “propriamente dita”, eis que “levaria a uma desnecessária e inexplicável duplicação de defesas ante a iminência com que será apresentada a defesa da pretensão principal (na qual estará inserida a pretensão cautelar)”. Somente no caso de indeferimento da cautelar em momento liminar, é que se abriria prazo para o réu

¹⁵² BUENO, Cassio Scarpinella. E-book. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 233. Eduardo Alvim complementa: “Assim, *v.g.*, é possível o requerimento, em caráter antecedente, de tutela cautelar de arresto de bens daquele que tem dissipado seu patrimônio e que, futuramente, será réu em demanda ressarcitória. A utilidade do processamento da pretensão principal, no caso, o efetivo ressarcimento do autor, depende diretamente da medida acautelatória antecedente, ou seja, de nada adiantará o processo se, ao final, o réu não tiver bens aptos à expropriação” in ALVIM, Eduardo Arruda, op. cit, p. 187.

¹⁵³ Sobre o termo “lide”, leciona Humberto Theodoro Júnior: “Do ponto de vista prático, esse requisito legal é atendido pela indicação de qual será o pedido principal ou de mérito, com explicitação da respectiva *causa petendi*. Para a pretensão cautelar, o que incumbe à parte é a demonstração de que, genericamente, o *fumus boni iuris* do requerente corresponde a alguma ação de mérito, cuja possibilidade jurídica exista. A demonstração dos fundamentos, portanto, é destinada a comprovar a existência das condições da ação. Se estas inexistirem, o processo será inviável e a tutela de urgência também não terá cabimento” in THEODORO JÚNIOR, Humberto. E-book. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 647-648.

contestar, seguindo-se o rito do procedimento comum, nos termos do art. 306 do CPC.¹⁵⁴

Contudo, não é este o pensamento que tem prevalecido na doutrina. Eduardo Arruda Alvim entende que, após sanar eventuais vícios da petição inicial de requerimento da cautelar antecedente (inclusive no tocante à fungibilidade que se verá mais adiante), haverá a citação do polo passivo para apresentar sua defesa e indicar eventuais provas que pretenda produzir dentro do “procedimento sumário cautelar”, independentemente de sua concessão liminar ou não. “Será a oportunidade do réu, em homenagem ao princípio da eventualidade, sustentar toda a matéria de defesa (CPC/2015, art. 336) em contraposição ao direito do autor à tutela cautelar. Ou seja, cumpre ao réu demonstrar a inexistência [...] da ‘probabilidade do direito’ e da ‘urgência’.¹⁵⁵

De qualquer forma, deverá o polo passivo contestar a pretensão, no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de se presumirem verdadeiros os fatos alegados pelo requerente da tutela cautelar (artigos 306 e 307, *caput*, primeira parte, do CPC/2015). Havendo “revelia” nesse procedimento sumário, caberá ao magistrado decidir acerca da pretensão conservativa no prazo de 05 (cinco) dias (art. 307, *caput*, segunda parte, do CPC). Tendo o requerido contestado a demanda sumária, será observado o procedimento comum (parágrafo único).

Efetivada a medida cautelar, ou seja, após a sua implementação no plano empírico, abre-se o prazo peremptório de 30 (trinta) dias para que o autor formule o pedido principal, independente de recolhimento de novas custas processuais (art. 308, *caput* do CPC). Permite-se, inclusive, que a pretensão principal seja deduzida já de início, nos termos do parágrafo único do dispositivo supra.¹⁵⁶

¹⁵⁴ GAJARDONI et al E-book. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.865-1.866.

¹⁵⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 193. Já Humberto Theodoro Júnior, em entendimento semelhante, defende que haja um “mini procedimento comum cautelar”, *verbis*: “Ao receber a inicial, o juiz verificará se está em ordem e se cabe a liminar. É possível o deferimento da tutela de urgência liminarmente, ou após justificação prévia (NCPC, art. 300, § 2º) [...] Sanadas as irregularidades, se as houver, promovida a justificação unilateral, se se fizer necessária, e deferida a medida liminar, se cabível, o juiz mandará que o réu seja citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido cautelar e indicar as provas que pretende produzir (art. 306) [...] Na contestação a que alude o art. 306, NCPC, o réu deverá alegar toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido da medida cautelar e especificando as provas que pretende produzir. Contestado o pedido, deverá ser observado o procedimento comum quanto à instrução da pretensão cautelar (art. 307, parágrafo único)” in THEODORO JÚNIOR, Humberto op. cit, p. 648-649. Sobre o tema, conferir também NEVES, Daniel Amorim Assumpção. E-book. **Manual de direito processual civil**. volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 902 e ss.

¹⁵⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 194.

Após a apresentação do pedido principal, será feita intimação das partes para comparecimento em audiência preliminar de conciliação, nos moldes, também, do art. 334 do CPC. Não sendo o caso de autocomposição, correrá o prazo para o polo passivo contestar o pedido principal, na forma do art. 335 do diploma processual, seguindo-se, doravante, o procedimento comum.

O art. 309 do CPC/2015 traz as hipóteses em que cessará a eficácia da medida cautelar, quais sejam: a) se o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal; b) se não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias; d) se o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.¹⁵⁷ Veda-se à parte o pedido à renovação da tutela cautelar que tenha perdido sua eficácia, exceto nos casos em que houver novo fundamento para tanto.¹⁵⁸

Nos termos do art. 310 do CPC/2015, ainda que haja o indeferimento da tutela cautelar, poderá a parte propor o “pedido principal”, observando-se o art. 308 do CPC, eis que o julgamento não restará prejudicado pela anterior rejeição, tampouco influirá na análise do pedido principal (tão somente o conservaria para poder ser tutelado no procedimento “final”). “A única hipótese em que a interferência de um no outro é admitida reside no reconhecimento da decadência ou da prescrição. Nestes casos, aquele reconhecimento é considerado resolução de mérito e, como tal, apto a inviabilizar nova apreciação do mesmo direito”.¹⁵⁹

Por fim, caso entenda o magistrado que, em verdade, a tutela cautelar pretendida trata-se de medida de natureza satisfativa, deverá aplicar a regra da fungibilidade prevista no art. 305, parágrafo único do códex, adequando o procedimento aos artigos 303 e 304 do CPC. Ademais, enfatizamos não se tratar de uma regra de “mão única”, sendo que o inverso também deve acontecer, ou seja, se a parte ajuizar petição pleiteando tutela satisfativa, mas que se trate de medida cautelar, também deve ser possibilitado seu recebimento como cautelar fosse.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Sobre o ponto, disserta Gajardoni: “O julgamento do pedido principal também faz cessar a eficácia da medida cautelar e antecipada (Enunciado n.º 140 do FPPC). O artigo 309, III, estabelece que isso se dá nos casos de improcedência do pedido principal ou extinção do processo sem resolução de mérito. No entanto, em realidade, ocorre em qualquer julgamento do pedido principal, uma vez que o seu acolhimento absorve integralmente a decisão concessiva da tutela provisória (artigo 294 do CPC/2015)”. In GAJARDONI et al E-book. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015** parte geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.883.

¹⁵⁸ Art. 309, parágrafo único do CPC/2015.

¹⁵⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. E-book. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015**, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 236.

¹⁶⁰ “Cumpra analisar, também, que se o juiz entender pela fungibilidade nesses moldes, deve, como regra, ser dada à parte requerente da medida a oportunidade de se manifestar se ainda possui interesse na concessão da tutela, considerando, sobretudo, as consequências advindas dessa mudança de

1.3.4 Tutelas satisfativas autônomas

Apesar da ausência de previsão legal, o sistema processual brasileiro admite a utilização de *tutelas de urgência satisfativas autônomas*, também chamadas por parte da doutrina (com a qual não concordamos) de *medidas cautelares satisfativas*, ou ainda, na prática forense, de “cautelares inominadas”.

Viu-se que o escopo da tutela cautelar é assecuratório, portanto, tem natureza conservativa – busca-se assegurar que o provimento principal final tenha condições de gerar efeitos-, e não satisfativa.¹⁶¹

Ainda que fundadas em cognição sumária, as “cautelares satisfativas” bastam em si mesmas, sendo desnecessário o ajuizamento de ação posterior com o pedido principal, ou ainda sua confirmação por sentença, o que pode ocasionar, por vezes, efeitos irreversíveis.¹⁶²

São exemplos de tutelas satisfativas autônomas as ações que objetivam, liminarmente, obter autorização para transfusão de sangue e a realização de aborto, a busca e apreensão de menores arrebatados do guardião, as ações para obtenção, perante juízo cível, de medidas protetivas fundadas na Lei Maria da Penha (artigos 18, 19, 22, II e V, 23 e 24 da Lei n.º 11.340/2006) etc.¹⁶³

As *tutelas satisfativas autônomas*, dessa forma, podem ser entendidas como sendo tutelas que não dependerão de confirmação por uma tutela em *cognição exauriente*, embora seja deferida *em cognição sumária*. Isso porque, na maioria das vezes, o provimento sumário, ao menos do ponto de vista fático, conterà efeitos irreversíveis.¹⁶⁴

Pegue-se como exemplo o deferimento de uma liminar que autoriza um cavalo de raça e “campeão” a ser liberado na alfândega para participar de uma competição que ocorrerá no fim de semana. Caso, após exame em cognição exauriente, seja constatado que não se poderia liberar o semovente, nada poderá ser feito, pois já terá

procedimento [...]” in ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 192.

¹⁶¹ ARAÚJO, F. C.; GAJARDONI, F. F.; MEDINA, J. M. G. **Procedimentos cautelares e especiais**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 67.

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 parte geral**, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.763-1.764.

¹⁶⁴ ARAÚJO, F. C.; GAJARDONI, F. F.; MEDINA, J. M. G. **Procedimentos cautelares e especiais**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 68-69.

participado da competição, satisfazendo totalmente a pretensão do requerente com a concessão do provimento sumário. Daí, pois, a incompatibilidade com o termo “cautelar satisfativa”, pois a pretensão é, na maioria das vezes, plenamente satisfeita, e não há qualquer característica assecuratória ou acautelatória dessa pretensão.

Nesse sentido, assevera Bedaque:

A cautelar antecipatória, embora voltada para a segurança do resultado final, tem conteúdo diverso da meramente conservativa, cuja eficácia não atinge o direito material discutido. Como a cautelar antecipatória já contém efeitos do futuro e eventual provimento principal, imprescindível que o requerente da medida presente, na inicial, os elementos definidores da pretensão definitiva (CPC/73, art. 801). Essa exigência limita-se, é claro, às cautelares antecedentes, pois somente assim poderá o juiz verificar qual o limite da antecipação.¹⁶⁵

Em virtude da ausência de regulação expressa, acredita-se que persiste, no CPC/2015, o mesmo entendimento da legislação processual anterior, aplicando-se o rito das tutelas de urgência a esse tipo de tutela satisfativa (art. 300 a 310 do CPC), em virtude da sua característica de tutela sumária.

Pode-se afirmar, ainda, que as *tutelas satisfativas autônomas* são concedidas por uma decisão judicial dotada de ultratividade, pois continua a produzir efeitos, ainda que não seja confirmada ou “absorvida” por um provimento final.¹⁶⁶

¹⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 226.

¹⁶⁶ ARAÚJO, F. C.; GAJARDONI, F. F.; MEDINA, J. M. G. **Procedimentos cautelares e especiais**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 71-72.

2. TUTELA DA EVIDÊNCIA – HIPÓTESES TÍPICAS, TAXATIVAS OU EXPLÍCITAS: AS EXPRESSAMENTE PREVISTAS NO ART. 311 DO CPC/2015

2.1 Tutela da Evidência – noções introdutórias

Como já salientado no capítulo anterior, o fator tempo sempre foi um objeto de estudo dos processualistas, por ser considerado, por vezes, verdadeira mácula aos objetivos almejados com o processo, quais sejam a satisfação ou proteção do direito material substancial. Não é à toa que um dos principais pilares das Tutelas Provisórias – com uma influência até maior, considerada por parte da doutrina, na Tutela da Evidência – seja o primado constitucional da *duração razoável do processo*.

Bem asseverado por Francesco Carnelutti, "Il valore, che il tempo ha nel processo, è immenso e, in gran parte, sconosciuto. Non sarebbe azzardato paragonare il tempo a un nemico, contro il quale il giudice lotta senza posa".¹⁶⁷ A advertência que faz o professor italiano nos remete a uma das principais preocupações que tem tomado conta da ciência processual, qual seja a influência que o tempo pode exercer no trâmite e no resultado do processo.

Com efeito, a demora natural que o processo acarreta já traz, no cotidiano forense, danos às partes, sendo justificável a implementação por parte do legislador de, entre demasiadas outras medidas, o cumprimento provisório de sentença – regulado pelos artigos 520 e seguintes do CPC/2015 -, as tutelas provisórias, a correção monetária; a fim de que se atenuem ou minimize esses prejuízos decorrentes da excessiva espera na solução da lide.

Grande parte da doutrina processual passou a caracterizar um novo dano oriundo dessa demora na prestação jurisdicional, o chamado dano marginal do processo, decorrente da excessiva duração deste, prejudicando as partes exatamente pelo demasiado tempo, além de todo e qualquer outro dano que possa advir, correndo “à sua margem”. No entendimento do italiano Italo Andolina, a definição de “marginal” se dá em virtude de que se une, de maneira progressiva, ao dano já sofrido antes da concessão do bem da vida pretendido.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Tradução livre: "O valor, que o tempo tem no processo, é imenso e, em grande medida, desconhecido. Não seria imprudente comparar o tempo a um inimigo, contra quem o juiz luta incessantemente" in CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**, Napoli, Morano, 1953-1958, n. 232, p. 354.

¹⁶⁸ ANDOLINA, Italo. **Cognizione ed Esecuzione Forzata nel Sistema della Tutela Giurisdizionale**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1983, passim.

Dessa maneira, além do dano acarretado pela não concessão de uma tutela provisória que deveria ser concedida, por exemplo; a demora no deslinde da *questio* produziria, por si só, um dano marginal progressivo.¹⁶⁹

Compreender o dano marginal que a longa espera pode ocasionar é fundamental para se entender a razão de ser da Tutela da Evidência. Isso porque se trata de mecanismo apto a redistribuir o ônus do tempo dentro da relação jurídico-processual, conquanto transfere à parte que não possui provas suficientes da alegação o ônus de carregá-las aos autos a fim de que não seja implementada contra si; e a demora, ao invés de beneficiá-la, passe a prejudicá-la. Na maioria dos casos, permite-se que o autor (ou, melhor dizendo, a parte que a requeira) não se sujeite ao ônus temporal do processo para usufruir do direito ou da salvaguarda a direito almejados, na medida em que demonstrar maior probabilidade de se sagrar vitoriosa.¹⁷⁰

Nas lições de Fux, um dos precursores do estudo da tutela de evidência no país, o direito evidente seria aquele que trouxesse consigo elementos probatórios suficientes a demonstrar a sua ocorrência, sendo demonstrável *prima facie* mediante robusta prova documental – realizando até uma comparação com o *direito líquido e*

¹⁶⁹ “Assim, enquanto o processo não é decidido em termos definitivos, as partes continuam com suas vidas dominadas por um estado de incerteza pernicioso, que as impede de programarem suas atividades, projetando os efeitos que a derrota ou vitória na lide proporciona, algo que nem mesmo pela previsão das tutelas de urgência é solucionado. [...] Em verdade, a demora na solução do litígio impõe a todos os litigantes um prejuízo: autor e réu perdem simultaneamente em razão do prolongamento injustificado da lide. Trata-se de um dano que não decorre da derrota em relação à pretensão deduzida, mas um “dano marginal”, na feliz expressão que foi popularizada na doutrina italiana por Enrico Finzi. O dano marginal é aquele que sofrem os litigantes em razão de deficiência na tramitação dos processos, e esta demora afeta a ambos, autor e réu, vencedor e vencido. In CABRAL, Antonio do Passo. **A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo código de processo civil**. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 76-77.

¹⁷⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 318. No mesmo sentido, Gajardoni “Trata-se de uma situação em que o juiz antecipa ao autor os efeitos da tutela, mesmo não havendo urgência para a sua obtenção, prestigiando, por conseguinte, o princípio da razoável duração do processo (artigo 5.º, LXXVIII, da CF). Não se pode negar, assim, que, de certo modo, a tutela de evidência é uma espécie de tutela antecipada satisfativa, embora sem o requisito da urgência. Essa compreensão é fundamental para se admitir a possibilidade de estabilização da tutela da evidência, conforme se verá adiante (item 10, infra). 1.2. É evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide os revela incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria (FUX, 2000, v. 2, p. 23-43). É possível encontrar situações em que o direito se mostra tão evidente que, pela lógica do Sistema, não faz sentido privar o autor de tutela imediata. Com a concessão da tutela da evidência, o tempo do processo é distribuído com mais Justiça entre as partes, fazendo com que aquele que aparenta não ter razão acabe por suportá-lo (e não o autor, como é a regra). Não se pode negar, por isso, certo caráter de prevenção de litígios na tutela da evidência. Ela acaba por coactar o cumprimento espontâneo de direitos nas situações em que ele for evidente” in GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 parte geral**, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.895.

certo a embasar a concessão do mandado de segurança -, assim como os direitos decorrentes de fatos incontroversos, com presunção *jure et de jure* de sua ocorrência, o que não descartaria aquele direito assentado em questões estritamente jurídicas; ou ainda atinentes à prova emprestada obtida mediante contraditório efetivo, ou decorrentes de provas produzidas antecipadamente; dependente de questão prejudicial, ou ainda oriundos da verificação dos institutos da decadência e da prescrição.¹⁷¹

Cediço que o legislador não abarcou a definição material trazida pelo autor acima para as hipóteses de concessão da chamada tutela evidente; contudo positivou algumas hipóteses de sua concessão. Importante repisar que, ainda sob a égide do CPC/73, já se concedia a Tutela da Evidência, com base no art. 273, II daquele código,¹⁷² quando havia o abuso de direito de defesa, ou manifesto ato protelatório do demandado; ou ainda nas tutelas possessórias de procedimento especial (art. 920 do CPC/73). Em todos os casos, havia deferimento de tutela embasada na evidência, seja oriunda do “mau comportamento” da parte (que acabava por denunciar a evidência do direito à outra); seja pela prova do exercício do direito possessório, e sua respectiva ofensa (esbulho ou turbação) dentro de ano e dia.¹⁷³

Portanto, não se pode dizer que o CPC/2015 criou a Tutela de Evidência, mas inegável que as sistematizou em seu art. 311 e deu-lhe menção expressa, algo que o CPC/73 não o fez – sequer utilizava tal nomenclatura; além de ampliar as hipóteses para a concessão, incluindo no rol do art. 311 do CPC/2015 as hipóteses: i) em que demonstrado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; ii) nos casos em que houver possibilidade de comprovação documental das alegações de fato aliadas à existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante; iii) nos casos de 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)

¹⁷¹ FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes**. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000, *passim*.

¹⁷² Nesse sentido, Bedaque, *verbis*: “Ou seja, a existência do direito é provável não só pelos argumentos deduzidos pelo autor, como por aqueles apresentados na defesa. Nesse caso, diante da forte probabilidade de que o direito exista e da ausência de seriedade da resposta, entendeu o legislador possibilitar a produção imediata de efeitos da tutela pleiteada, a fim de evitar dano maior para o autor, com a demora no processo” in BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 356.

¹⁷³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.895.

quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente que embase os fatos constitutivos do direito do autor, aos quais não seja oposta dúvida razoável pelo réu.

A principal diferença entre a modalidade de evidência em relação à da urgência, é justamente a ausência desta última. Significa dizer que a Tutela da Evidência necessita apenas da comprovação da probabilidade do direito da parte, aliada a uma hipótese que caracterize seu direito embasado em provas como evidente.

A tutela da evidência (ou do direito provável) dispensa a prova da urgência, isto é, de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo (artigo 311, CPC/2015). Trata-se de uma situação em que o juiz antecipa ao autor os efeitos da tutela, mesmo não havendo urgência para a sua obtenção, prestigiando, por conseguinte, o princípio da razoável duração do processo.¹⁷⁴

Eduardo Alvim diverge um pouco, aduzindo que ao se falar em direito evidente, “não se pretende adjetivar o direito em si, analisado abstratamente, mas sim fazê-lo no plano dos fatos, evidenciando-se a ocorrência, no plano empírico, das hipóteses previstas pelos dispositivos normativos”.¹⁷⁵ Já Daniel Penteado de Castro assevera que a Tutela da Evidência passou a ser compreendida como a hipótese de tutela antecipada sem o requisito da urgência, ou seja, sem a necessidade de demonstração do *periculum in mora*; mas que tal definição é pouca para abarcar o conceito amplo que a evidência pode trazer, sendo certo que tanto em situações de cognição sumária, quanto exauriente – após o efetivo contraditório e instrução processuais -, poder-se-á caracterizar determinada pretensão como “evidente”.¹⁷⁶

Ainda que haja diversas correntes, cada qual a seu modo, a explicar os limites objetivos ou subjetivos que a evidência do direito pode assumir; a maior parte da doutrina estabelece como ponto comum a desnecessidade de demonstração do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*); aliada à

¹⁷⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 parte geral**, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.894-1895. Nesse mesmo sentido, Marinoni: “A tutela da evidência, assim, permite a distribuição do ônus do tempo do processo de acordo com a evidência do direito do autor e com a fragilidade da defesa do réu, afastando-se da tutela antecipada baseada em perigo de dano em razão do seu diferente fundamento e diversa finalidade” in MARINONI, Luiz Guilherme. E-book. **Tutela de urgência e da evidência: soluções processuais diante do tempo e da justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 19.

¹⁷⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 316.

¹⁷⁶ CASTRO, Daniel Penteado de. **Antecipação da tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil** – Salvador: JusPodivm, 2017, p. 131-132.

comprovação (e aqui, abarcando todas as provas, até mesmo a testemunhal, se for o caso) do direito substancial.¹⁷⁷

2.2 Hipóteses taxativas da Tutela da Evidência

Grande discussão na doutrina diz respeito à taxatividade ou não das hipóteses de Tutela de Evidência, ou seja, se somente pode ser concedida mediante expressa previsão legal. Desde já, este trabalho propor-se-á a subdividir a tutela da evidência em hipóteses: a) típicas, taxativas, explícitas, ou expressas, compreendendo aqui as expressamente contidas no rol do art. 311 do CPC/2015; e b) as atípicas, ou não-taxativas, ou ainda implícitas, ou seja, aquelas presentes em outros dispositivos do sistema processual como um todo, ainda que não apresente o vocábulo “evidência”, mas denote a ausência do *periculum in mora* – a serem abordadas no próximo capítulo desta pesquisa.

Feita esta breve distinção, de se notar que a doutrina diverge bastante no tocante à taxatividade ou não das hipóteses de concessão da tutela de evidência, havendo: i) aqueles que defendem a taxatividade estrita, ou seja, somente o expressamente disposto no art. 311 do CPC/2015 é que autoriza a concessão desse tipo de tutela; e ii) parcela doutrinária que defende uma taxatividade ampla, a abarcar outros dispositivos legais que não presentes no art. 311, ou até mesmo fora do CPC/2015; tais como a liminar possessória, a decisão que expede o mandado monitório (art. 701, CPC/2015), a liminar em busca e apreensão em alienação fiduciária (Decreto-Lei nº 911/1969), dentre outras.

Adeptos da primeira corrente doutrinária aduzem que o CPC/2015 optou por enumerar as hipóteses de concessão da tutela evidente nos incisos do art. 311, e que lhe oferecer uma interpretação diversa, extensiva, seria ampliar demais seu campo de atuação.¹⁷⁸ Dessa forma, segundo o entendimento dessa linha de pensamento, o legislador teria procurado caracterizar a evidência do direito posto em debate na lide

¹⁷⁷ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. E-book. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 163-164; LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**: (de acordo com o Novo CPC). 5 ed. São Paulo: Editora Castro Lopes, 2016, p.273-274; MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit.

¹⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. E-book. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 688.

nas quatro situações arroladas no art. 311, sendo considerado o “denominador comum”, capaz de amarrá-las num conjunto só, a ineficiência de defesa.¹⁷⁹

Respeitado o entendimento diverso, pensa-se ser mais proveitoso ao sistema processual civil, como um todo, a caracterização de outras hipóteses de tutela da evidência, vez que, como já explanado, estar-se-á redistribuindo de maneira mais adequada o ônus do tempo entre as partes, visando-se a redução do denominado dano marginal do processo em situações não contempladas no art. 311 do CPC/2015. Nessa esteira de pensamento, a tutela da evidência é sim taxativa, mas não se restringe, não se limita, ao rol de incisos do dispositivo supra. Privilegia-se, dessa maneira, a essência do direito evidente demonstrável por meio das provas, aliados à sua prévia disposição no ordenamento como um todo, mesmo que fora do CPC/2015.

Como bem apontado por Eduardo Lamy:

Na tutela da evidência existe um interesse que não é preponderantemente da parte, mas também do próprio sistema jurídico, em proporcionar eficácia satisfativa imediata para situações jurídicas de solução facilitada pelo sistema. Por isso mesmo, as hipóteses de tutela evidente não poderiam ser criadas pela jurisprudência. [...] Por outro lado, não faz sentido entender que apenas nas hipóteses previstas no art. 311 do CPC de 2015 é que existe a possibilidade da aplicação da tutela da evidência, havendo outras hipóteses legais enquadráveis [...] Interpretação diversa levaria à restrição da aplicação de um instituto importante para a tutela mais adequada dos direitos.¹⁸⁰

¹⁷⁹ MITIDIERO, Daniel in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. E-book. **Breves comentários do código de processo civil**. 1 ed. São Paulo: RT, 2015, p. 748. Cf também ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, passim; LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**: (de acordo com o Novo CPC). 5 ed. São Paulo: Editora Castro Lopes, 2016, p. 274; MENDES, Matheus Nathan. “Comentários acerca do Instituto da Tutela da Evidência em consonância com o novo Código de Processo Civil”. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 02, n. 04, 193-202, out./dez. 2017, p. 193-194; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. “Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro”. **Repro (Revista de Processo)**. Vol. 254 (Abril 2016), 2016, passim.

¹⁸⁰ LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 15-16. Em mesmo sentido, disserta Daniel Neves: “O art. 311 do Novo CPC prevê em rol exemplificativo quatro hipóteses de concessão de referida espécie de tutela provisória. Afirma-se que o rol não é exaustivo porque dele não consta a liminar prevista para as ações possessórias, para os embargos de terceiro, além da expedição de mandado monitorio, indiscutivelmente espécies de tutela da evidência. Em nenhuma delas é exigido o perigo do tempo como inimigo, mas em todas há uma considerável probabilidade de o direito existir, o que, em um juízo de cognição sumária, permite a concessão de tutela provisória” in NEVES, Daniel Amorim Assupção. E-book. **Manual de direito processual civil – Volume único – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 170. Assim também denota Gajardoni: “Embora não seja taxativo o rol de hipóteses em que cabível a concessão da tutela da evidência – tanto que, conforme dantes exposto há situações específicas de tutela de evidência fora das hipóteses gerais do artigo 311 do CPC/2015 –, ela só é admitida se expressamente prevista no sistema (BEDAQUE, 2003, p. 334). São, portanto, típicas as tutelas de evidência. Apenas nos casos de urgência que a tutela provisória é atípica, podendo ser deferida com fundamento nos artigos 300 e 301 do CPC/2015” in GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo:**

Nesse sentido, a tutela da evidência é aquela em que ausente a demonstração do *periculum in mora*, mas que possua expressa previsão legal de sua concessão, ainda que o legislador não a nomeie sob o verbete expresso de “evidente”. Atenta-se, pois, tal classificação doutrinária, para a razão de ser da tutela, e não somente a sua nomenclatura, ampliando-se as hipóteses de sua concessão. Ainda que pareça meramente teórico, estudar a natureza dos diversos “tipos” de tutelas de evidência presentes no ordenamento se faz necessário, principalmente no tocante à possibilidade ou não de concessão de ofício dessas tutelas; bem como a ocorrência ou não dos efeitos de estabilização dispostos no art. 304 do CP/2015.

Portanto, a tutela da evidência possui hipóteses taxativas (mas não exaustivas no art. 311 do CPC/2015), sendo que no presente capítulo estudar-se-ão os incisos do mencionado artigo; e mais adiante far-se-á o estudo das situações presentes no ordenamento processual, como um todo, que caracterizem a concessão de uma tutela evidente.

2.3 A Tutela da Evidência expressamente contida no art. 311 – análise doutrinária e jurisprudencial

Uma análise deve ser feita a respeito das “inovações” trazidas pelo código, a sistematização da tutela da evidência no art. 311 do CPC/2015 e suas hipóteses típicas, ou explícitas, ou ainda expressas de concessão. Far-se-á uma análise doutrinária e jurisprudencial da aplicação dessas hipóteses.

A tutela da evidência prevista no art. 311 do CPC/2015 dependerá, para sua concessão, de prova constituída o bastante, aliada à ocorrência: de abuso de direito de defesa ou propósito protelatório da parte (inciso I); de alegações que possam ser provadas, sem que o réu seja capaz de colocar dúvida razoável (inciso IV); de prova documental embasada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante (inciso II); ou, por fim, quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito (inciso III).

Forense, 2015, p. 1.896. Cf. também CASTRO, Daniel Penteadado de. **Antecipação da tutela sem o requisito da urgência**: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil – Salvador: JusPodivm, 2017.

2.3.1 Quando caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte (art. 311, I do CPC/2015)

Trata-se de hipótese equivalente à antiga disposta no art. 273, II do CPC/73, classificada como tutela antecipada naquele códex. Teori Zavascki já aduzia que, para que fosse concedida a hipótese de “tutela sanção”, deveriam existir provas de atos ou fatos que constituíssem obstáculos ao processo.¹⁸¹ Abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório podem ser descritas como expressões de conteúdo aberto, “conceitos jurídicos indeterminados”, vez que não se denota no ordenamento a definição expressa de quais condutas as configuram, no sentido de retardar a marcha processual. O que há, em verdade, são casos exemplificativos dessas condutas.¹⁸² O professor Fernando Gajardoni preceitua haver clara conexão entre as hipóteses de litigância de má-fé, com esse caso de tutela evidente (inciso I), sendo certo que:

Para a aplicação das penas pela litigância ímproba (artigo 81 do CPC/2015), exige-se má-fé, isto é, dolo de praticar a conduta violadora da boa-fé. Exatamente por essa razão não parece que se possa desvincular a incidência do artigo 311, I, do CPC/2015 do elemento volitivo, isto é, do dolo da parte e de seu advogado no abusar do direito de defesa ou agir de modo manifestamente protelatório. Parece que as expressões “abuso” e “manifesto propósito protelatório” já trazem implícitas o elemento doloso da conduta da parte e/ou advogado. Essa foi a interpretação que prevaleceu à luz do idêntico artigo 273, II, do CPC/1973, inclusive alcunhada pela doutrina de “tutela antecipada sanção”. Não parece razoável mesmo incidir sanção se não há intenção.¹⁸³

Nesse mesmo sentido, explica João Batista Lopes:

¹⁸¹ ZAVASCKI, Teori Albino. op. cit, p. 80-81. Assim dissertam, também, Medina e Gajardoni, à luz da legislação pretérita: “A hipótese prevista no inc. II do art. 273 não se insere na noção de tutela de urgência, já que, no caso, é irrelevante a presença do *periculum in mora*. Esta hipóteses, perante o Novo CPC, estará encartada como tutela da evidência, justamente porque não necessita da demonstração de perigo, apenas da prova inequívoca aliada ao propósito deliberado do réu em protelar o desfecho do processo.” In ARAÚJO, F. C.; GAJARDONI, F. F.; MEDINA, J. M. G. **Procedimentos cautelares e especiais**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 61.

¹⁸² ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 319.

¹⁸³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 parte geral**, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.899. Nesse mesmo sentido, Eduardo Alvim: “É o que se dá, v.g, com relação às condutas elencadas pelos incisos do art. 80 do CPC/2015, que reputam como litigante de má-fé aquele que opõe resistência injustificada ao andamento do processo (inciso IV), ou interpõe recurso com propósito manifestamente protelatório (inciso VII). Tratam-se, vale frisar, de condutas meramente exemplificativas.” in ALVIM, Eduardo Arruda., op. cit. 320. Cf também LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 19.

Como se vê, o legislador não primou pela melhor técnica uma vez que o abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório do réu, por si sós, não autorizam a conclusão de que o direito do auto é evidente. Por outras palavras, se o autor não lograr convencer o juiz de que faz jus ao tratamento privilegiado da tutela da evidência, isto é, não fornecer fundamentação fática ou jurídica exigida para essa espécie de tutela, não poderá, à evidência, valer-se dela.¹⁸⁴

O pressuposto do inciso I, portanto, se enquadra na chamada modalidade punitiva da tutela da evidência, vez que objetiva penalizar aquele que age de má-fé e acaba por causar embaraços no regular andamento do feito, prejudicando a sua eficiência e celeridade.¹⁸⁵

Apesar de conceitos indeterminados, de se notar que as expressões possuem, entre si, algumas diferenças, ainda que seja de menor importância no tocante a fins práticos. Considera-se conduta abusiva de direito de defesa a prática de ato processual que vise retardar o feito, tornando injusta a distribuição do ônus do tempo processual.¹⁸⁶ Nesse ponto, não se trata apenas do abuso em contestar, mas em se utilizar todo ou qualquer meio de defesa disponível na legislação processual (ainda que uma simples manifestação), apto a protelar o procedimento quando verificada que, em cognição sumária, há a presença de prova inequívoca do alegado.¹⁸⁷

Pode-se exemplificar as condutas de abuso de direito de defesa em: quando a parte interpõe sucessivos embargos declaratórios manifestamente protelatórios; quem, sob a máscara de aguardar uma solução consensual do litígio, propõe, judicial ou extrajudicialmente, pedidos sucessivos de sobrestamento do feito; “a Administração Pública, sempre que contrariar entendimento coincidente com a orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa, salvo se demonstrar

¹⁸⁴ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**: (de acordo com o Novo CPC). 5 ed. São Paulo: Editora Castro Lopes, 2016, p. 275.

¹⁸⁵ SILVA, Sabrina; TRENTIN, Fernanda. *A tutela da evidência no novo código de processo civil*. Revista **Interfaces Científicas** – Direito. Aracaju. V.4. n.3 (p. 81 – 96). Jun. 2016, p. 92. Nesse mesmo sentido, DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 622-624.

¹⁸⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 321.

¹⁸⁷ Nesse sentido, julgado do TJDFT, a indicar a necessidade de prévia citação da parte para se configurar abuso do direito de defesa: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE EVIDÊNCIA. ABUSO NO DIREITO DE DEFESA. PEDIDO LIMINAR. IMPOSSIBILIDADE I - O abuso no direito de defesa autorizador da concessão de tutela provisória de evidência, art. 311, I, CPC, pressupõe a existência anterior da citação, com a consequente possibilidade de o réu exercer seu direito de defesa. II - Agravo de instrumento desprovido” (TDFT, Agravo de instrumento nº 0705630-97.2018.8.07.0000, 6ª Turma Cível, Relatora Vera Andrighi, julgado em 18/10/2018, publicado em: 25/10/2018).

a existência de distinção ou necessidade de superação do entendimento (Enunciado n.º 34 do FPPC).

Já por manifesto propósito protelatório, entendem-se condutas externas aos autos, ainda que tenham ocorrido antes da formação da relação jurídico-processual, mas que sejam capazes de causar algum obstáculo ao regular prosseguimento da demanda. Exemplificando, condutas reveladoras desse quesito podem ser: a parte que indica endereços falsos de testemunha para dificultar a localização e consequente oitiva; ou ainda, o arrolamento de testemunhas que nem existam, visando-se a expedição de cartas precatórias que jamais trarão resultados; descumprimento de determinações judiciais;¹⁸⁸ ou ainda, “ato do réu [...] que oculta provas que seriam úteis à formação da convicção judicial acerca dos fatos subjacentes à lides ou também que simula situações que impõem a suspensão do processo”.¹⁸⁹

No tocante à aplicabilidade prática e jurisprudencial dessa hipótese, em recente estudo empírico sobre a matéria, Gajardoni e Leite apontam que:

De fato, em busca das decisões de 1º grau no banco de dados do Tribunal de Justiça de São Paulo, inserindo como termo de busca, no campo “Pesquisa Livre”, a expressão “art. 311, I”, a pesquisa retornou entre os anos de 2016, quando o Código atual entrou em vigor, e 2017, apenas 27 processos. Em 2016, dos 12 processos consultados, 10 efetivamente deferiram a tutela de evidência com fundamento neste inciso. Um dos processos indeferiu a tutela de evidência requerida e o outro versava sobre tema estranho ao pesquisado. Em 2017, dos 15 processos identificados, 12 deferiram a tutela de evidência. Um processo foi julgado extinto sem resolução de mérito por falta de interesse processual. Em um dos processos a tutela de evidência não foi deferida e o artigo apenas foi suscitado para fortalecer sua argumentação. Um não versou expressamente sobre tutela de evidência. Isso significa que, em primeiro grau, apenas em 22 processos foi concedida a tutela de evidência no lapso de tempo pesquisado, o que comprovou a baixa representatividade do inciso I do art. 311 nas decisões.¹⁹⁰

Ainda assim, em determinadas situações em que claramente demonstrado o abuso do direito de defesa, ou manifesto ato protelatório da parte, o TJ/SP tem concedido referida tutela em segundo grau, o que demonstra ser possível, nos casos

¹⁸⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.899-1900.

¹⁸⁹ ALVIM, op. cit, p. 322.

¹⁹⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; LEITE, Sara Ribas Ortigosa. *Breve análise empírica da Tutela de Evidência (art. 311 do Código de Processo Civil) no âmbito do TJSP*. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 1. Janeiro a Abril de 2019, p. 184.

concretos,¹⁹¹ aferir quando a atuação da parte contrária visa tão somente criar embaraços par ao regular andamento do feito.

Com efeito, não seria justo ao interessado, vendo que as atitudes perpetradas pelo outro sujeito configuram esse obstáculo ao bom e justo andamento, arcar com o ônus em aguardar o desfecho final da lide. Correto, nesse ponto, o deferimento da tutela em cognição sumária de evidência como forma de sancionar aquele que embarace o regular andamento da marcha processual.

2.3.2 Quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (art. 311, II do CPC/2015)

2.3.2.1 O sistema de precedentes judiciais trazido pelo CPC/2015

Antes de analisar a concessão desse tipo de tutela evidente previsto na legislação processual, necessárias breves considerações acerca do denominado sistema de precedentes judiciais trazido com a vigência do CPC/2015. Não que antes não houvesse a força de determinadas *ratio decidendi* em prevalecer sobre a interpretação do magistrado *a quo* (as Súmulas Vinculantes, por exemplo, foram introduzidas em nossos ordenamento com a EC nº 45/2004); mas o CPC/2015 tem sim uma tentativa de sistematização de precedentes e de “contenção” de proliferação de demandas por meio da consolidação e sedimentação da jurisprudência.

Num primeiro momento, deve-se atentar a uma tentativa de conceituação do que seja um “precedente”. De acordo com os ensinamentos de Neil Duxbury:

A precedent is a past event – in law the event is nearly always a decision – which serves as a guide for present action. Not all past events are precedents. Much of what we did in the past quickly fades in to insignificance (or is best forgotten) and does not guide future action at all. Understanding precedent therefore requires an

¹⁹¹ VOTO DO RELATOR EMENTA – ADMINISTRAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO/LOTEAMENTO – TUTELA DE EVIDÊNCIA – Autora que busca o deferimento da medida, para o fim de que a associação ré proceda ao restabelecimento do fornecimento de água junto à sua propriedade – Indeferimento – Presença, no, entanto, dos requisitos do art. 311, I e IV, do Novo CPC (em especial abuso de direito por parte da ré/agravada, que possui meios para receber seu crédito) – Conduta que afronta a dignidade da pessoa humana – Precedentes – Decisão reformada – Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2085616-16.2017.8.26.0000; Relator (a): Salles Rossi; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itu - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 01/08/2017; Data de Registro: 01/08/2017).

explanation of how past events and present actions come to be seen as connected.¹⁹²

Significa dizer que o precedente se traduz numa situação que, independentemente de possuir um efeito vinculante ou não, poderá influenciar decisões futuras, restando nítido certo efeito coercitivo.¹⁹³ Nos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni, um precedente judicial não se consubstancia tão somente numa “decisão que tratou de questão jurídica com determinada aptidão, mas também uma decisão que tem qualidades externas que escapam ao seu conteúdo. Em suma, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”.¹⁹⁴

É certo que o instituto do precedente judicial tem suas raízes no *common law*, donde se constitui muito mais do que apenas uma simplificação do processo de julgamento, como comumente é visto no direito pátrio. Invoca-se o precedente não como uma técnica de aceleração e contenção de demandas¹⁹⁵, mas pura e simplesmente porque há determinado princípio que justificou o julgamento anterior e que consiga acobertar, de igual modo, o “novo caso”. “Vai-se do particular ao geral e não do geral ao particular, como é típico do sistema anglo-americano e inverso do nosso”.¹⁹⁶

¹⁹² “O precedente é um evento passado – no Direito o evento é quase sempre uma decisão – o qual serve como um guia para ações presentes. Entretanto, nem todos os eventos passados podem ser precedentes. Grande parte dos feitos passados caem na insignificância ou somem com o tempo (ou são simplesmente esquecidos)”, tradução livre.

¹⁹³ MARCHESI, Arthur Gouveia. **Precedentes judiciais como instrumento de segurança jurídica e sua aplicação conforme o novo cpc**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2016, p. 30.

¹⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 214.

¹⁹⁵ Nesse sentido, Eduardo Alvim: “Verifica-se do contexto do novo Código que o legislador de 2015 tinha como uma das tarefas mais árduas a elaboração de soluções para o problema da elevadíssima multiplicidade de processos versando sobre idênticas ou semelhantes questões de direito” in ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 324.

¹⁹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. E-book. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.908-1.909. A respeito da temática, aplicada ao *civil law*, leciona Calamandrei: “Idealmente se edifica uma estrutura piramidal entre os órgãos jurisdicionais, com instâncias estratificadas e superpostas, em que na base são distribuídos diversos órgãos e no ápice se concentra a atividade dos órgãos unificadores (no Brasil, Supremo Tribunal Federal e Tribunais Superiores). Esses dominam e centralizam a interpretação jurídica. Canalizam e recolhem os diferentes entendimentos, colocando-os em calha comum. A diversidade de opiniões proferidas pelos juízes de piso se simplifica e se concentra com a subida para os órgãos intermediários (tribunais de justiça e regionais), eliminando-se nos órgãos superiores ou supremos, que estabelecem a última palavra sobre questões jurídicas” (tradução livre) in CALAMANDREI, Piero. **La casacion civil**: bosquejo general del instituto. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, t. II, p. 93.

Bem se vê que há certa distinção entre o precedente e a jurisprudência. Apenas um precedente já se torna suficiente para fins de fundamentar a decisão que virá *a posteriori*; ao passo que a jurisprudência exige como razão de decidir, que haja a conglomeração de vários julgados semelhantes. Diz-se que o precedente é objetivo, sendo uma decisão específica utilizada como fundamento de decidir dos demais processos; já a jurisprudência possui uma natureza mais abstrata, vez que não vem materializada de maneira objetiva em algum enunciado, ou julgamento, sendo extraída de um entendimento majoritário de determinado tribunal a respeito da interpretação e aplicação das normas jurídicas.¹⁹⁷

Com a sanção do CPC/2015 o Brasil, seguramente, não migrou para o sistema de *common law*, tampouco passou a adotar um “regime” de precedentes vinculantes. Estatuiu, todavia, um sistema para formar e aplicar precedentes qualificados, vinculando-se a atuação no âmbito do Poder Judiciário a determinados espécimes de decisões judiciais, as quais sejam produzidas de forma própria e disposta em lei.¹⁹⁸ Nos termos do art. 926 e seus parágrafos do CPC/2015, é dever dos tribunais, portanto uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, por meio de edição de enunciados de súmulas que correspondam a seu entendimento jurisprudencial dominante. E, ao editar tais enunciados, é dever do Poder Judiciário se atentar às circunstâncias fáticas dos precedentes (*ratio decidendi*) motivadoras de sua criação.

Em síntese, pode-se dizer que:

O regime dos precedentes judiciais é normatizado pelos arts. 926, 927 e 928 do CPC/2015. O art. 926 inicia o tratamento da matéria ao destacar, no *caput*, a necessidade de os tribunais uniformizarem a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Consoante menciona a doutrina, para que se possa construir uma sistemática de precedentes, é imprescindível que os próprios tribunais que estabelecem as decisões vinculantes “mantenham uma jurisprudência razoavelmente estável”, estando, exceto nos casos de superação de precedentes, vinculados às próprias decisões (*stare decisis* horizontal). Para complementar o texto normativo e o estabelecimento da vinculação de precedentes, o art. 927 cria um rol hierárquico de precedentes obrigatórios como forma de efetivar os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo,

¹⁹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assupção. E-book. **Manual de direito processual civil** – Volume único – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 2.329-2.330.

¹⁹⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al] **Execução e recursos: comentários ao CPC 2015** – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 572.

da proteção da confiança e da isonomia. O art. 928 limita-se a definir o que é considerado julgamento de casos repetitivos.¹⁹⁹

Sem adentrar ao exame da constitucionalidade ou não da previsão por lei infraconstitucional²⁰⁰ do que seja considerada uma decisão vinculante, tema que demandaria estudo próprio, fato é que o código processual acaba por delinear determinadas hipóteses que obrigarão tribunais e juízes a decidirem consoante julgamento prévio de tribunais superiores - art, 927, CPC/2015. Nos termos da legislação processual, deverão ser observados(as) pelos magistrados e respectivos tribunais:

- i - as decisões do supremo tribunal federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- ii - os enunciados de súmula vinculante;
- iii - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- iv - os enunciados das súmulas do supremo tribunal federal em matéria constitucional e do superior tribunal de justiça em matéria infraconstitucional;
- v - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.²⁰¹

De maneira concisa, pode-se asseverar que o sistema de formação de precedentes qualificados visa produzir padrões decisórios que não se restringem a casos em específico, mas sim são estendidos a outras demandas que tenham por objeto a discussão de matéria jurídica análoga. Há, ainda, a possibilidade de se afastar a aplicação do precedente, desde que seja apresentada sua revogação (*overruling*);

¹⁹⁹ RAVI, Peixoto. *O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing)* **Revista de Processo - RePro** v. 248 (OUTUBRO/2015), 2015, passim.

²⁰⁰ Nesse sentido, Zulmar Duarte de Oliveira Júnior, *verbis*: “Essas decisões vinculantes, em princípio, devem ser seguidas pelos juízes e tribunais na interpretação dos casos que lhe são submetidos. A vinculação opera perante os próprios julgadores do precedente pretérito (vinculação horizontal), mas também aqueles submetidos aos mesmos em virtude da hierarquia institucional do Poder Judiciário (vinculação vertical – tribunal inferior e juízes de piso). Não temos por inconstitucional a disposição, na perspectiva de que seria a edição de normas gerais e abstratas pelo poder judiciário, usurpando consequentemente a competência do poder legislativo. Isso porque, os textos extraídos desses precedentes qualificados são produzidos pelo Poder Judiciário no âmbito de competência própria, seja por delegação constitucional (decisões de controle concentrado de constitucionalidade e enunciados de súmula vinculante), seja por decorrência do dever/poder de uniformizar na via recursal o entendimento sobre a legislação (infra)constitucional (também defendo a constitucionalidade, ainda que em perspectiva diversa (normas gerais e concretas) in GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al] **Execução e recursos**: comentários ao CPC 2015 – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 589.

²⁰¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 mai. 2019.

ou apresentada distinção (*distinguish*).²⁰² Para este momento do trabalho, interessa-nos o estudo da súmula vinculante e da decisão formada em recursos repetitivos.

Assim como o próprio nome já evidencia, súmulas vinculantes constituem uma categoria diferenciada, dotada de teor obrigatório e prevista de forma expressa no texto constitucional. O teor obrigatório de sua observância, tanto pela Administração Pública, quanto pelo Poder Judiciário, não pode ser questionado, vez que oriundo do Poder Constituinte Derivado. Caso não sejam observados os parâmetros sumulados, cabível Reclamação Constitucional ao STF a fim de prevalecer a sua autoridade sobre suas próprias decisões, nos ditames do art. 103-A, § 3º da Carta Maior c. c. art. 988, III do CPC/2015.²⁰³

No tocante às decisões consistentes em recursos repetitivos (provenientes do julgamento de recurso extraordinário ou recurso especial repetitivos; ou ainda em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR), a eleição de um “processo-modelo” para julgamento “repetitivo” traduz-se, segundo parcela da doutrina, em verdadeira tentativa de racionalização do processo com unidade e respeito ao contraditório.

São esses, portanto, os três valores que devem iluminar a compreensão do instituto: economia processual, coerência e contraditório. Interpretá-lo como um simples instrumento para rápida solução de litígios de massa é reduzi-lo a apenas uma de suas funções. É fundamental que a resolução tenha em vista uma decisão coerente e que respeite o direito de todos os interessados de terem seus argumentos considerados.²⁰⁴

Destarte, sempre que determinado precedente for formado sob o rito dos recursos repetitivos, disciplinados nos artigos 976 a 987 (IRDR), ou do 1.036 ao 1.041 (recursos extraordinário ou especial repetitivos) do CPC/2015, deverá ser observado quando do julgamento de matéria jurídica análoga, em respeito aos chamados “precedentes qualificados”.

²⁰² Para aprofundamento do tema, Cf. RAVI, Peixoto. *O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing)* **Revista de Processo - RePro** v. 248 (OUTUBRO/2015), 2015.

²⁰³ Nesse sentido, vale conferir estudo que publicamos: CARVALHO, João Victor Carloni de; COSTA, Yvete Flávio da. *Efeitos vinculantes e “erga omnes” em declaração incidental de inconstitucionalidade: mutação constitucional do art. 52, X da Constituição?* **Revista Publicum**. Rio de Janeiro, v.4, n.1, 2018, p. 107-125.

²⁰⁴ MARIONI, Luiz Guilherme in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al]. E-book. **Breves comentários do código de processo civil**. 1 ed. São Paulo: RT, 2015, p. 2.022.

Há quem diga, ainda, que antes da sanção da atual lei processual, já se era possível a concessão da tutela da evidência, nos casos em que o fundamento da defesa do requerido contrariasse entendimento de súmula ou jurisprudência pacificada dos tribunais superiores, sendo possível a sua concessão sob a justificativa do abuso de direito de defesa (art. 273, II do CPC/73).²⁰⁵

Passa-se, neste momento, ao estudo da hipótese de concessão da tutela da evidência embasada em prova documental aliada a entendimento firmado em súmula vinculante, ou em recursos sob o rito dos repetitivos (inclusive o IRDR).

2.3.2.2 Análise da hipótese de concessão da Tutela da Evidência com base em prova documental subsidiada por precedente judicial

A segunda hipótese do rol do art. 311 do CPC/2015 de tutela da evidência consubstancia-se no pedido embasado em prova documental aliado a entendimento firmado em julgamento de casos repetitivos, ou súmulas vinculantes (art. 311, II, CPC/2015). Trata-se de hipótese que visa inverter o ônus do tempo processual em favor da parte que demonstre a probabilidade de sair vencedora lastreada em prova documental e entendimento vinculante/repetitivo.

Posicionamento praticamente uníssono²⁰⁶ da doutrina aponta que os requisitos são cumulativos, ou seja, para que seja concedida a tutela da evidência, neste caso, necessário que se façam presentes, concomitantemente, tanto a prova documental aludida; quanto o entendimento firmado em precedente repetitivo ou vinculante. E, ao que parece, este tem sido o entendimento prevalecente na jurisprudência dos Tribunais, a indicarem que a tutela da evidência será concedida, dentre outras ocasiões, quando houver, independentemente da demonstração do perigo de dano, a comprovação documental das alegações de fato cumulativamente com tese firmada em julgamento de casos repetitivos, ou em súmula vinculante.²⁰⁷

²⁰⁵ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Tutela Antecipada Sancionatória**: art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 118-119.

²⁰⁶ Cf. THEODORO JÚNIOR, *ibidem*; MARINONI, Luiz Guilherme. E-book. **Tutela de urgência e da evidência**: soluções processuais diante do tempo e da justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 221; GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.899.

²⁰⁷ Nesse sentido: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLANTAÇÃO DE SISTEMA DE BILHETAGEM ELETRÔNICA. INTERLOCUTÓRIA QUE: A) DEFERIU A ANTÉCIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA DE MÉRITO E AUTORIZOU A IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA, PARA CONTROLE DA FREQUÊNCIA DE MAIORES DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS, SEM NENHUM CUSTO; B) VEDOU AS RESTRIÇÕES AO

Num primeiro momento, importante levantar que a exigência de prova documental, tal qual delineada pelo inciso, não guarda relação somente com a “escrita” do documento, fazendo valer todo e qualquer tipo de prova documental dentre aqueles elencados nos artigos 405 e seguintes da Lei 13.105/2015.²⁰⁸ Vale ressaltar que, por se tratar de tutela em cognição sumária:

Não se pode exigir que essa prova seja irrefutável, visto que a tutela da evidência é, em regra, definida antes que a instrução probatória da causa tenha se concluído, de modo que não se pode descartar a eventualidade de posterior prova em contrário por parte do requerido, capaz de desfazer a força de convencimento anteriormente produzida pelo requerente. Todas as tutelas sumárias, inclusive a da evidência, são prestadas mediante apuração provisória do suporte fático do pedido, e, por isso mesmo, sempre suscetível de reexame, modificação ou revogação, segundo o desenvolvimento do contraditório e da instrução probatória.²⁰⁹

Dessa forma, antes de qualquer provimento, deve a parte trazer consigo prova documental suficiente para o convencimento do magistrado a respeito da matéria que se pretende alegar.

Num segundo momento, tem-se a necessidade de a matéria a ser comprovada encontrar correspondência com julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

EMBARQUE DESSES CIDADÃOS, SEM O BILHETE, DURANTE 06 (SEIS) MESES; C) DETERMINOU QUE O SINDICATO AUTOR FIZESSE CAMPANHAS INFORMATIVAS NO INTERIOR DOS COLETIVOS E NOS PONTOS DE PARADA; D) QUE TAIS CAMPANHAS TAMBÉM FOSSEM FEITAS POR TELEVISÃO E RÁDIO. IRRESIGNAÇÃO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. REJEIÇÃO. AGRAVANTES QUE SUSCITAM PRELIMINAR DE NULIDADE. DA INTERLOCUTÓRIA DECISÃO SEM FUNDAMENTAÇÃO CLARA. INOBSERVÂNCIA DOS ARTIGOS 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, E 489, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA QUE EQUIVALE A FUNDAMENTAÇÃO NENHUMA. DOCTRINA. CONFUSÃO ENTRE TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DE EVIDÊNCIA. INTERLOCUTÓRIA CASSADA, A FIM DE QUE OUTRA SEJA PROFERIDA, COM SUSCINTA, MAS CLARA E SUFICIENTE FUNDAMENTAÇÃO. TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA. ART. 311, II, DO CPC. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL DAS ALEGAÇÕES DE FATO, CUMULATIVAMENTE COM A EXISTÊNCIA DE TESE FIRMADA EM JULGAMENTO DE REPETITIVOS OU EM SÚMULA VINCULANTE. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO” (TJRJ, Agravo de Instrumento nº 0033104-51.2018.8.19.0000. Décima Quarta Câmara Cível. Relator: Gilberto Guarino. Julgado em: 03/07/2019. Publicado em: 04/07/2019 – grifo nosso).

²⁰⁸ Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior: “O primeiro requisito não restringe a tutela da evidência apenas aos atos solenes, para os quais a lei imponha a forma documental como solenidade única indispensável e suficiente. O que se objetiva é a proteção sumária e imediata para o direito, qualquer que seja, cuja existência se possa comprovar, satisfatoriamente, por via de documentos. Trata-se da “prova documental idônea”, ou seja, daquela que, na situação em que o processo se encontra, seja “apta a atestar, prima facie, a viabilidade da pretensão do demandante”. In THEODORO JÚNIOR, Humberto. E-book. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 690.

²⁰⁹ Ibidem, p. 681.

Nesse aspecto, convém citar Daniel Penteadado de Castro:

A antecipação fundada em precedente se legitima e, de igual modo, o corte cognitivo a ser realizado pelo magistrado tem por escopo de identificar: (i) a semelhança do caso paradigma ao caso concreto, com vistas a autorizar ou não a antecipação, e, ainda, (ii) a prova de que os fatos constitutivos do direito do autor se assemelham à situação concreta do caso paradigma. Essa demonstração se faz imperiosa, a ponto de autorizar a antecipação sem o requisito da urgência com base em precedente [...] deve-se, portanto, ter o cuidado de realizar o devido cotejo entre o caso concreto trazido para análise e o caso paradigma que autoriza a antecipação com base em precedente judicial.²¹⁰

A doutrina é dividida no tocante a quais precedentes podem ser invocados para a concessão da tutela da evidência do inciso II do art. 311, CPC/2015.

Há aqueles que entendem que somente os precedentes fixados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) poderiam ter essa força vinculante e ensejar a concessão da tutela da evidência. “Trata-se de situação reveladora de direito evidente, cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis diante da comprovação documental e da afirmação, pelo STF, da procedência do pedido (que só não é declarada imediatamente diante da violação)”,²¹¹ sendo necessário que haja decisão do STF, e apenas dele, calcada em julgamento de casos repetitivos (neste caso, apenas os recursos extraordinários repetitivos e IRDR’s da Corte Constitucional), ou súmula vinculante (artigo 103-A da CF).²¹²

Já para uma doutrina mais ampliativa, o inciso II seria um equívoco do legislador em relação ao sistema de precedentes, sendo possível a sua concessão mediante fundamentação em precedentes do STF, STJ, Tribunais Regionais Federais (TRF’s), Tribunais de Justiça (TJ’s), desde que sedimentados mediante procedimento de julgamentos repetitivos. “O que o art. 311, II, autoriza, portanto, é a “tutela da evidência” no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais”.²¹³ Este tem sido o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre o assunto, aduzindo que seria possível a concessão de tutela da

²¹⁰ CASTRO, Daniel Penteadado de. **Antecipação da tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil** – Salvador: JusPodivm, 2017, p. 224-225.

²¹¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 parte geral**, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.899-1.890.

²¹² Ibidem.

²¹³ MITIDIERO, Daniel in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. E-book. **Breves comentários do código de processo civil**. 1 ed. São Paulo: RT, 2015, p. 749.

evidência se a pretensão fosse lastreada em Súmula ou Enunciado daquele Tribunal.²¹⁴

Por outro lado, defende Eduardo Lamy que:

Neste inciso esqueceu-se o legislador, entretanto, de mencionar as demais hipóteses de vinculação formal do precedente, especialmente as hipóteses de decisão firmada em ações de controle de constitucionalidade (ADI, ADC, e ADPE, reguladas pelas Leis nº 9.882/99 e 9.868/99), as quais também constituem as hipóteses para a concessão de tutela de evidência. Tais hipóteses constam do art. 927, I do CPC, mas mesmo possuindo idêntica eficácia formal vinculante inerente às demais hipóteses de vinculação do inciso II do art. 311, nele não foram previstas. Logo, fica claro se tratarem, sem dúvidas, as hipóteses do art. 311 de um rol meramente exemplificativo. Interpretar o contrário seria um contrassenso.²¹⁵

Concorda-se, em verdade, com uma interpretação mais objetiva²¹⁶ das hipóteses ensejadoras da tutela evidente calcada em precedente judicial. Com efeito, interpretar a concessão somente nas decisões do STF é restringir demais a aplicabilidade da norma, e desprestigiar o sistema de precedentes delineado pelos artigos 926 e seguintes do CPC/2015. Afinal, como já se teve oportunidade de salientar, acredita-se que, afora os casos de manifesta inconstitucionalidade, não é seguro e nem tampouco proveitoso ao ordenamento, realizar interpretações pessoais de desaprovação sobrepondo-as sobre o texto legislativo.²¹⁷

Sendo assim, a expressão “julgamentos repetitivos” deve abranger as hipóteses de recurso especial (STJ) e recurso extraordinário (STF) que sejam julgados

²¹⁴ TUTELA DE URGÊNCIA. PLANO DE SAÚDE. DETERMINADO CUSTEIO DE DESPESAS PARA PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS PLÁSTICOS INDICADOS À AUTORA. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA, CONFORME ARTIGO 300, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONTRATO QUE EXCLUI DA COBERTURA A CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. NATUREZA DO PROCEDIMENTO CONTROVERTIDA (CARÁTER REPARADOR OU PURAMENTE ESTÉTICO). PROBABILIDADE DO DIREITO NÃO DEMONSTRADA. RISCO REAL DE IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO LIMINAR, ADEMAIS, QUE NÃO RECOMENDA O DEFERIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA, NOS TERMOS DO § 3º, DO REFERIDO ARTIGO 300, DO ESTATUTO PROCESSUAL CIVIL. CONTROVÉRSIA ACERCA DA NATUREZA DOS PROCEDIMENTOS QUE NÃO PERMITE CONCLUIR QUE A PRETENSÃO ESTEJA AMPARADA EM SÚMULAS DESTES TRIBUNAL, A TAMBÉM IMPOSSIBILITAR A CONCESSÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA (ART. 311, II, DO CPC). DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2263581-44.2018.8.26.0000; Relator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VII - Itaquera - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/06/2019; Data de Registro: 05/06/2019)

²¹⁵ LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 19-20.

²¹⁶ Nesse sentido, ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 324-325.

²¹⁷ CARVALHO, João Victor Carloni de; COSTA, Yvete Flávio da. A “*taxatividade mitigada*” do rol de cabimento do agravo de instrumento e seus possíveis impactos no sistema processual. **Revista de Estudos Jurídicos da Unesp**, ano 23, v. 37 – jan - jun., 2019, no prelo.

sob o rito especial dessa espécie de formação de precedente qualificado; além dos entendimentos firmados em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR); ou ainda em súmula vinculante, esta sim, de exclusividade do STF. Pense-se, entretanto, que no tocante ao IRDR, a melhor interpretação da norma é a de que os incidentes resolvidos no âmbito dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça devem prevalecer, sob sua competência. Desse modo, um precedente que seja formado sobre direito local ou regional no TJ/SP deverá ser observado pelos seus magistrados, inclusive no tocante à concessão ou não de uma tutela da evidência embasada no art. 311, II do CPC/2015.

Novamente, em estudo empírico sobre a matéria, pôde-se perceber, segundo as conclusões dos respectivos juristas, que:

[...] pela análise da jurisprudência consultada, também se verifica, nos anos de 2016 e de 2017, um número muito pequeno de processos nos quais foi deferida a tutela de evidência com fundamento no inciso II do art. 311, do CPC. Na pesquisa realizada no Portal e-saj do Tribunal de Justiça de São Paulo (conforme parâmetros indicados adiante) foram detectados apenas 15 processos que deferiram a tutela de evidência em 1º grau. Além disso, cabe a observação de que, quanto a esse inciso, é possível que acabe ocorrendo a mesma situação constatada, de forma ainda mais nítida, no inciso IV, no sentido de existir uma sobreposição das hipóteses que autorizam a incidência da tutela de evidência e do julgamento antecipado de mérito. Isso ocorre porque a situação descrita no inciso II do art. 311 poderia ser resolvida também pelo julgamento conforme o estado do processo, já que, se a pretensão da parte se fundar em precedente vinculante e suas alegações puderem ser comprovadas exclusivamente por meio dos documentos trazidos aos autos, estará preenchida tanto a hipótese da tutela de evidência quanto a do julgamento do mérito previsto no art. 355, I, tornando desnecessária a instrução probatória.²¹⁸

De fato, apesar das semelhanças, não se deve confundir a hipótese do art. 311, II da tutela da evidência com o julgamento antecipado do mérito, presente no art. 355, I. Nesse ponto, Daniel Neves sintetiza que:

Sendo possível dividir o processo de conhecimento em quatro fases – apesar de não ser essa uma divisão estanque –, o julgamento antecipado do mérito se justifica em razão da desnecessidade da realização da fase probatória. Após a fase postulatória, tem-se a fase de saneamento, seguida da fase instrutória e finalmente a decisória. Não sendo necessária a produção da prova, não haverá a fase

²¹⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; LEITE, Sara Ribas Ortigosa. Breve análise empírica da Tutela de Evidência (art. 311 do Código de Processo Civil) no âmbito do TJSP. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 1. Janeiro a Abril de 2019, p. 185.

probatória, restando um vácuo entre a fase de saneamento e a decisória. Como tal vácuo é obviamente inadmissível, a fase decisória é antecipada para o momento do saneamento, resultando no julgamento antecipado da lide.²¹⁹

Notório que na ocorrência do julgamento antecipado do mérito, há o exercício de uma cognição exauriente, ao passo que quando do deferimento ou não de uma tutela provisória, como já estudado, se está diante de um juízo em cognição sumária.

Em outras palavras, a causa só é julgada antecipadamente na medida em que se torna desnecessária a produção de demais provas (art. 355, I, C); ou quando houver revelia do demandado, observada a hipótese de este ingressar posteriormente na lide, a tempo, requerendo produção de provas; situações que exauzem a *cognitio*, vez que, para a aquele momento de solução da lide, já estão completas para a formação da convicção do *decisum*. Ademais, o julgamento antecipado constitui-se em sentença e o recurso cabível é o de apelação; ao passo que no juízo em cognição sumária, atinente à tutela da evidência, é facultado ao julgador reconsiderar sua decisão antes do processamento do agravo de instrumento, recurso cabível pela previsão expressa do art. 1.015, I do CPC/2015.²²⁰

Em tese, a ideia seria estabelecer graus de comprovação do direito, sendo certo que para a concessão da tutela da evidência calcada em precedente seria maior do que o requerido para a concessão de tutela de urgência, porém inferior ao que presente nas decisões prolatadas em juízo de cognição exauriente. Ocorre que, apesar da facilidade doutrinária em se estabelecer referida distinção, não é o que se tem visto na prática, sendo comum a incidência concomitante de ambos os institutos quando da prolação da sentença de julgamento parcial do mérito.

Nesse sentido, cita-se Gajardoni e Leite, *verbis*:

Na pesquisa, foi incluído, no campo “Pesquisa Livre”, sem qualquer outro filtro de classe ou assunto, o termo “art. 311, II”, retornando, no ano de 2016, 9 processos, e, no ano de 2017, 14 processos. Dos 9 processos analisados em 2016, em 7 as hipóteses dos artigos 355, I e 311, II, ambos do CPC, coincidiram, de forma que a tutela de evidência foi deferida no mesmo momento processual em que houve o julgamento antecipado de mérito. Em um dos processos, a tutela de evidência foi indeferida e o juiz apenas proferiu sentença conforme o

²¹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assupção. E-book. **Manual de direito processual civil** – Volume único – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 2.329-2.330.

²²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. E-book. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 832-833.

estado do processo, razão pela qual a decisão não serviu aos propósitos da pesquisa. Portanto, apenas uma das decisões concedeu exclusivamente a tutela de evidência sem que houvesse o julgamento antecipado de mérito. Isso significa que, no ano de 2016, do total de processos que deferiram a tutela de evidência (8), em quase 89% houve a sobreposição das hipóteses de incidência dos institutos processuais analisados. Dos 14 processos verificados em 2017, em 6 houve julgamento antecipado de mérito concomitantemente com a concessão da tutela de evidência, com fulcro no inciso II do art. 311 do CPC. Em apenas um processo, ocorreu exclusivamente o deferimento da tutela de evidência, de forma liminar. Um dos processos não versava sobre tutela de evidência e 6 processos foram julgados improcedentes ou indeferiram a tutela de evidência. Isso significa que, em quase 86% dos processos investigados em que foi concedida a tutela de evidência (7 do total de 14), houve o julgamento antecipado de mérito simultaneamente, indicando a ocorrência do fenômeno esperado.²²¹

De certo que o intuito do legislador fora propiciar maior enfoque ao princípio da duração razoável do processo, ao prever as duas hipóteses. Ainda que a aplicação prática tenha se mostrado no mesmo momento do que o da prolação da sentença de julgamento antecipado do mérito, convém ponderar-se que, nos termos do art. 1.012, *caput*, da lei processual, a apelação possui, via de regra, efeito suspensivo. Nesse contexto, ao deferir a tutela da evidência, o magistrado propicia à parte a fruição imediata dos efeitos da sentença, pelo menos até que essa seja reformada, se for o caso.

Portanto, a efetivação da tutela da evidência, ainda que em sede de sentença, se mostra eficaz em inverter o ônus temporal e reduzir o denominado *dano marginal* que a parte possa sofrer, quando possuir prova documental suficiente aliada a precedente qualificado elencado no art. 311, II do CPC/2015, eis que possibilita ao seu requerente sofrer os imediatos efeitos da tutela pretendida, ainda que de maneira provisória até a confirmação ou eventual reforma do julgamento de mérito.

2.3.3 Pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito (art. 311, III do CPC/2015)

2.3.3.1 Definição legal-doutrinária de contrato de depósito

²²¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; LEITE, Sara Ribas Ortigosa. Breve análise empírica da Tutela de Evidência (art. 311 do Código de Processo Civil) no âmbito do TJSP. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 1. Janeiro a Abril de 2019, p. 187.

O terceiro inciso do art. 311 do CPC/2015 trata da hipótese de concessão da tutela de evidência quando houver pedido reipersecutório lastreado em prova documental do contrato de depósito. A doutrina segue os ditames do art. 627 do CC e define o contrato de depósito como sendo o contrato “pelo qual uma pessoa (depositário) recebe um objeto móvel para guardar, até que o depositante o reclame. Na terminologia usual, o vocábulo *depósito* é também usado para designar a própria coisa depositada”.²²²

Destarte, pelo contrato de depósito tem-se que determinada parte entrega à outra uma coisa para ser guardada – geralmente, sem a possibilidade de uso -, para posterior restituição quando requerido, ou mediante decurso de prazo entabulado.²²³

Há, em verdade, duas naturezas de depósito: a) o depósito necessário, decorrente de previsão legal, como o exemplo do dever do hoteleiro em guardar os bens do hóspede (art. 647, I, do Código Civil), ou de circunstâncias fáticas que exijam, como em calamidades públicas – incêndios, enchentes, tsunamis, etc.), ocasião em que será o depósito miserável (art. 647, II do CC); e o b) depósito voluntário, oriundo de um acordo bilateral de vontades entre os contratantes interessados em que um fique com o bem em sua guarda, devendo entregá-lo, posteriormente, ao seu proprietário.²²⁴

Entende a doutrina que tal hipótese de concessão de tutela evidente se limita ao depósito convencional ou voluntário, não se aplicando nos casos de depósito necessário (legal ou miserável). Para estes últimos, será necessário à parte que demonstre, além da prova da probabilidade do direito, a comprovação do *periculum in mora*, consubstanciando-se em verdadeira hipótese de tutela de urgência.²²⁵

2.3.3.2 A “ressurreição” da ação de depósito

²²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – Vol. III / Atual. Caitlin Mulholland. – 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 250.

²²³ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Contratos, Teoria Geral e Contratos em Espécie. Vol 4. 7. Ed. Salvador: JusPodivm. 2017, p. 933-934.

²²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit, p. 257. Nesse mesmo sentido, Tartuce: “Pelo contrato de depósito, o depositário recebe um objeto móvel e corpóreo, para guardar, até que o depositante o reclame. De acordo com a manifestação da vontade, o depósito pode ser classificado em voluntário ou necessário (ou obrigatório), subdividindo-se este último em legal e miserável” in TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 531.

²²⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 328.

O CPC/73, em seus artigos 901 e seguintes, disciplinava a ação de depósito, a qual havia por finalidade a restituição da coisa depositada, consistindo num procedimento especial em que o autor colacionasse “prova literal” do depósito aliada ao valor da coisa. Estando a inicial devidamente instruída, abria-se prazo de 05 (cinco) dias para que o réu entregasse a coisa; a depositasse em juízo; ou consignasse seu valor em pecúnia (art. 902, I do CPC/73); ou ainda, contestasse a ação (art. 902, II do mesmo códex).²²⁶

Ocorre que, nesse procedimento, era prevista a possibilidade de cominação de prisão civil do depositário infiel, aquele que, intimado a restituir a coisa, não a fizesse no prazo de 24 (vinte e quatro) horas (art. 904, parágrafo único, CPC/73).²²⁷ Tal previsão legal ocupava-se em coagir o réu a satisfazer a pretensão autoral mediante cumprimento da tutela específica (entrega da coisa), apenando-se o “depositário infiel” com a prisão civil.

Já em 1992 houve a ratificação, pelo Brasil, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), e referido diploma internacional, em seu art. 7º, item 7, preceitua que “Ninguém deve ser detido por dívidas” e que referido princípio não se aplica aos “mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.²²⁸ Dessa forma, apenas a primeira parte do art. 5º, LXVII da CRFB/88 coadunava com a disposição legal de norma internacional.

O Supremo Tribunal Federal, durante bom tempo, teve por entendimento o *status* supralegal da referida norma, por meio de uma interpretação extensiva do art. 5º, § 3º da CRFB/88, o qual regula e concede o caráter de emenda constitucional aos Tratados Internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, desde que confirmados por votação de três quintos de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos. No caso do Pacto de San José da Costa Rica, o qual não fora aprovado mediante a votação acima descrita, acabou-se por firmar entendimento de que se

²²⁶ BRASIL. Lei n 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869/imprensa.htm>. Acesso em: 21 mai. 2019.

²²⁷ DOTTI, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert (Coord.). **Código de Processo Civil: comentado**. Curitiba: OAB/PR, 2013, p.

²²⁸ Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969, ratificado pelo Brasil em 1992, Disponível em : <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>, Acesso em 22 mai 2019.

consubstanciava em norma infraconstitucional, mas dotada de caráter *supralegal*, ou seja, de aplicabilidade superior às leis federais, por exemplo.

A partir daí passou-se a questionar a licitude e constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel. A constitucionalidade havia, tendo em vista que o art. 5º, LXVII dispõe serem possíveis as prisões civis do depositário infiel e do devedor de alimentos. Contudo, pelo entendimento do STF em 2009, em virtude do caráter *supralegal* da norma internacional ratificada, mas não confirmada pelo Congresso Nacional, haveria, ao menos, a ilicitude dessa prisão, editando-se a Súmula Vinculante nº 25, no sentido de ser “ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”. Súmula Vinculante, como visto, possui caráter obrigatório de aplicação – de *status* constitucional, inclusive – obrigando o Poder Judiciário e à Administração a sua observância.

Em que pese o caráter humanístico adotado pela Corte, com o qual não se discorda, obviamente; fato é que “desde que o STF declarou a inconstitucionalidade da prisão civil de depositário infiel, o contrato e a ação de depósito (art. 627 e ss. do CC/2002) perderam seu prestígio. Sem a possibilidade de ser cominada a prisão para aquele que não deposita, no prazo legal, a coisa ou o seu equivalente em dinheiro, o manejo da ação de depósito do CPC/1973 (art. 901 e ss.) foi substituído pelo da execução do contrato (título extrajudicial)”.²²⁹

Por conseguinte, o rito especial da ação de depósito na legislação processual anterior não possuía dispositivo a permitir uma rápida apreensão da coisa, “cuja ordem de entrega ao final, desacompanhada da cominação de prisão, nada mais equivalia do que uma condenação em indenizar perdas e danos (o valor do bem depositado)”.²³⁰

Em virtude disso, notável que o CPC/2015, ao prever a possibilidade de concessão de tutela de evidência para imediata entrega do bem da vida pretense veio para retomar o procedimento especial de depósito – que já não ostentava sua melhor eficácia, em virtude da Súmula Vinculante nº 25.²³¹ Não só isso, certamente o fez renascer com maior poderio, agora mediante rito comum.

²²⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A ressurreição da ação de depósito no novo cpc. **Jota** Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/novo-cpc-ressurreicao-da-acao-de-deposito-02032015>. Acesso em 22 mai 2019.

²³⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 parte geral**, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.899.

²³¹ MITIDIERO, Daniel in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. E-book. **Breves comentários do código de processo civil**. 1 ed. São Paulo: RT, 2015, p. 749.

Estabelece o art. 311, III, do Novo CPC que a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito. Nestes casos, será decretada, liminarmente, a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa. O dispositivo recupera o prestígio do depósito. Dota-se a tutela processual do depositante de maior eficácia, através de instrumento processual bastante hábil, equivalente à busca e apreensão do DL 911/69 ou do art. 1.071 do CPC/1973. Desde que haja prova documental do contrato de depósito (a prova literal referida no art. 902 do CPC/1973), possibilita-se a imediata retomada da coisa. E indo até mais além do que o DL 911/69, estabelece que a ordem de entrega do bem (busca e apreensão) se dará, inclusive, sob a cominação de multa (astreinte).²³²

Pode-se dizer, sem sombra de dúvidas, que o legislador andou bem em estatuir uma das hipóteses “explícitas” da tutela evidente fundada na prova idônea do contrato de depósito e a conseqüente mora em seu cumprimento, consubstanciando instrumento bastante ágil no tocante à redistribuição do ônus do tempo processual.²³³

2.3.3.3 A concessão da Tutela da Evidência lastreada no contrato de depósito

Destarte, consoante previsão legal do art. 311, II do CPC/2015, havendo contrato de depósito (de natureza voluntária, por óbvio), a parte que visa a restituição do bem depositado merecerá a concessão da tutela provisória, bastando, para isso, que faça prova documental adequada sobre a existência do contrato. Nesse sentido, aponta Daniel Neves: que a “probabilidade da existência do direito mais uma vez decorre de prova documental produzida pelo autor, nesse caso de forma mais específica à espécie de pedido (reipersecutório) e ao tipo de documento (contrato de depósito)” e entende o autor que a prova exigida pela norma “não precisa ser necessariamente o contrato de depósito, bastando que seja uma prova escrita que demonstre a relação jurídica material de depósito”.²³⁴

Ademais, sendo necessária a aferição da probabilidade de direito para a concessão da tutela evidente, parte da doutrina²³⁵ entende como indispensável o

²³² GAJARDONI, Fernando da Fonseca, online, op cit.

²³³ MARINONI, Luiz Guilherme. E-book. **Tutela de urgência e da evidência: soluções processuais diante do tempo e da justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 222.

²³⁴ NEVES, Daniel Amorim Assupção. E-book. **Manual de direito processual civil – Volume único – 8. ed.** – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 924-925.

²³⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 328. Cf. também MARINONI, Luiz Guilherme. E-book. **Tutela de urgência e da evidência: soluções processuais diante**

requisito cumulativo da mora no cumprimento do contrato. Já outra corrente sustenta que “com a prova adequada do depósito existe prova irrefutável do direito perseguido pela parte, o que enseja a concessão da tutela da evidência”.²³⁶

Acredita-se que o segundo pensamento deva prevalecer, vez que se trata de hipótese que poderá ser concedida liminarmente, ou seja, sem a oitiva da parte contrária (estudar-se-á, mais adiante, o regime de liminares na tutela da evidência), o que denota a grande força que dotou o legislador o pedido reipersecutório do contrato de depósito.

Vê-se, ainda, que a interpretação dos tribunais tem a concedido, inclusive, em hipóteses análogas de contrato de depósito, em veículo vendido com reserva de domínio, por exemplo:

De resto, força é convir que o enquadramento jurídico da retomada do bem vendido com reserva de domínio é em tudo semelhante ao da alienação fiduciária em garantia e do arrendamento mercantil, em que se faculta ao credor a retomada do bem mediante prova documental do direito sobre o bem e da constituição formal em mora do devedor. Assim, não há por quê recusar a possibilidade de retomada imediata do veículo, antes mesmo da ciência pelo devedor do ajuizamento da demanda (obviando assim a possibilidade de ocultação ou desvio do bem), com a ressalva, insista-se, de se tratar de tutela de evidência, não de urgência como equivocadamente defendido pela autora.²³⁷

Todavia, contrariando as expectativas do legislador em solucionar a crise da morosidade judicial com instrumentos de sumarização da cognição, em estudo empírico sobre o tema, aduzem Gajardoni e Leite que se é possível vislumbrar dificuldades na aplicação do dispositivo. Analisando-se os julgados do TJ/SP sobre o tema, aliado ao entendimento doutrinário sobre a *questio*, é possível a constatação de que o legislador excluiu da aplicação da tutela evidente do art. 311, II, justamente as condições em que grande parte se desenvolve: “1) ações cujas pretensões não sejam a entrega da coisa, mas a indenização equivalente, ainda que haja um contrato de depósito e 2) ações cujo dever de depósito não decorre do contrato, mas de uma

do tempo e da justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 222-223; LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 20.

²³⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. E-book. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 928; MITIDIERO, Daniel in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. E-book. **Breves comentários do código de processo civil**. 1 ed. São Paulo: RT, 2015, p. 749; GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 parte geral**, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.899.

²³⁷ (TJSP; Agravo de Instrumento 2249892-30.2018.8.26.0000; Relator (a): Fabio Tabosa; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro de Indaiatuba - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/04/2019; Data de Registro: 04/04/2019)

disposição legal ou da necessidade”.²³⁸ Seria a hipótese de furto em estabelecimento fechado, mesmo que houvesse prova documental suficiente. Destarte, a hipótese acaba sendo aplicada somente a restritos poucos casos no cotidiano forense e:

[...] isso fica claro nas pesquisas realizadas após a vigência do CPC, nas quais são muito poucos os resultados encontrados em que há o deferimento da tutela de evidência com fundamento no inciso III. Os dados também esclarecem que, mesmo quando a parte requer sua aplicação, os magistrados indeferem o pedido por faltarem os diversos requisitos exigidos. É o que defendem alguns autores, ao colocarem a legislação como causa da morosidade do processo, informando que, apesar de o CPC ter passado por uma evolução científica muito grande nos últimos séculos, na prática, existem obstáculos que revelam que as normas são insuficientes e inadequadas para a agilidade e efetividade dos instrumentos processuais na solução das disputas.²³⁹

Inegável, todavia, que, ainda que restrita a casos específicos de aplicabilidade prática, a disposição contida no art. 311, III do CPC/2015 traduz-se em verdadeiro redutor do tempo para que o interessado obtenha a tutela pretendida, consubstanciando-se em valioso instrumento para a inversão do ônus do tempo. Processos que demoravam anos para a entrega da coisa, ou conversão em execução de contrato (ou ainda em perdas e danos), agora, em questão de dias são capazes de entregar referida tutela, contida no artigo supramencionado.²⁴⁰

2.3.4 Quando 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 (art. 311, IV do CPC/2015)

O art. 311, IV do CPC/2015 estabelece a concessão da tutela da evidência nos casos em que a petição inicial vier instruída com prova documental que seja suficiente a comprovar os fatos constitutivos do direito autoral, aos quais não consiga o réu opor dúvida razoável. Consubstancia-se, a bem da verdade, em instituto calcado

²³⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; LEITE, Sara Ribas Ortigosa. *Breve análise empírica da Tutela de Evidência (art. 311 do Código de Processo Civil) no âmbito do TJSP. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 1. Janeiro a Abril de 2019, p. 199-200.

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; LEITE, Sara Ribas Ortigosa. *Breve análise empírica da Tutela de Evidência (art. 311 do Código de Processo Civil) no âmbito do TJSP. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 1. Janeiro a Abril de 2019, p. 199-200.

na ausência de contestação idônea, que seja incapaz de contrabalancear a prova documental juntada em sede de inicial. “A hipótese do inc. IV é a hipótese clássica em que o tempo para produção da prova deve ser suportado pelo réu – e não pelo autor que já se desincumbiu de seu ônus probatório documentalmente”.²⁴¹

Notável que num primeiro momento há certa proximidade de definição com aquela prevista no inciso II, vez que também se exige a necessidade de prova documental. Contudo, naquela hipótese, faz-se necessário o embasamento em julgado com efeito vinculante; ao passo que nessa nova hipótese, também de caráter cumulativo, exige-se a prova documental aliada à ineficiência da defesa do réu, ou seja, que ele não consiga trazer prova suficiente apta a desconstituir a prova acostada à inicial.²⁴²

Há doutrina que entende, ainda, ser possível a concessão de tutela da evidência com base em “prova segura e confiável do fato constitutivo do direito do autor”.²⁴³ Para essa corrente, o acompanhamento da petição inicial não se dará, exclusivamente, por meio de documentos, sendo possível a utilização da denominada “prova documentada”, que não é, propriamente, documental, mas passa a integrar os autos processuais mediante escrita, tais como a prova emprestada e a prova produzida de maneira antecipada.²⁴⁴

Já em sentido diverso, Elpídio Donizetti leciona que se trata “de uma espécie de prova documental pré-constituída, cuja relevância é capaz de atingir o convencimento do julgador sem que haja necessidade de prévia instrução”.²⁴⁵

Pensa-se que a primeira corrente deva prevalecer, mormente levando-se em consideração situações em que os fatos constitutivos de direito independem de prova,

²⁴¹ MITIDIERO, Daniel in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. E-book. **Breves comentários do código de processo civil**. 1 ed. São Paulo: RT, 2015, p. 749.

²⁴² ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 330-331. Nesse sentido, Nelson Nery Júnior: “A concessão da tutela da evidência, neste caso, parece pressupor a verificação, por parte do juiz, de que o réu não possa opor prova em contrário ao que logrou demonstrar o autor, no mínimo em audiência de justificação. Como o texto do artigo dá a entender que os requisitos do CPC 311 não são cumulativos, é perfeitamente possível ao autor requerer a concessão da tutela da evidência apenas com base neste inciso, mas a pura e simples afirmação de que o réu não poderá gerar dúvida razoável no julgador não é suficiente, caso não esteja amparada pelo que consta dos autos” in NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. E-book. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 928.

²⁴³ COSTA, Bruno V. da Rós Bodarte da. **Tutela da evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2015, p. 134.

²⁴⁴ ALVIM, Eduardo Arruda, op. cit, p. 331. No mesmo sentido, conferir também NEVES, Daniel Amorim Assupção. E-book. **Manual de direito processual civil – Volume único – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 925.**

²⁴⁵ DONIZETTI, Elpídio. **Novo código de processo civil comentado (Lei no 13.105, de 16 de março de 2015): análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 246.

tais como as elencadas no art. 374 do CPC/2015, a saber os fatos: “I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”. Nestes casos, acredita-se que a mera prova de ineficiência de defesa do demandado – espinha dorsal, inclusive, para a concessão de toda e qualquer hipótese de tutela de evidência, consoante denotou-se anteriormente -, aliada a essas situações excepcionais que independem de prova, pode ensejar a concessão da tutela da evidência presente no art. 311, IV do CPC/2015.²⁴⁶

Além da comprovação dos fatos constitutivos do direito autoral, seja por prova documental, ou documentada; como requisito cumulativo para a concessão dessa hipótese, elegeu o legislador a ineficiência do polo passivo em colocar em dúvida as alegações de fato, ou de direito, trazidas pelo autor com base nessas provas.²⁴⁷

Trata-se de hipótese que mais se aproxima à essência da tutela evidente: permanece a necessidade de instrução probatória para o desfecho final da lide; contudo, o comportamento do demandado é que condicionará a concessão ou não da tutela, dependendo que sua peça de defesa traga provas capazes de contrapor as documentais já juntadas pelo polo ativo.²⁴⁸ Nestes termos, condiciona-se a aplicação dessa última hipótese contemplada pelo art. 311 do CPC/2015 à inexistência de cognição exauriente, vez que, caso o julgador possua, ao tempo de proferir a decisão, elementos suficientes para dirimir o conflito, será caso de julgamento antecipado do mérito, ainda que parcial.²⁴⁹

Como já explanado, e em semelhança ao que ocorre na hipótese do inciso II, o inciso IV do art. 311 do CPC/2015, quando estudado em sua aplicação prática, muito se confunde com o julgamento antecipado do mérito do processo, fazendo com que sejam usados de forma concomitante. A aplicação da tutela de direito evidente, ao menos nessa hipótese, é rara em sua modalidade isolada, justamente pela dificuldade em se dissociar quando a instrução probatória é suficiente, e quando é apenas verossímil, ou muito provável. Ou seja, em termos práticos, o grau de comprovação do direito em termos de julgamento antecipado do mérito e da concessão de tutela da evidência acabam sendo semelhantes. “Isso ocorre porque, caso os fatos já estejam

²⁴⁶ ALVIM, Eduardo Arruda, op. cit, p. 332.

²⁴⁷ Ibidem.

²⁴⁸ LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 21-22.

²⁴⁹ NEVES, Daniel Amorim Assupção. E-book. **Manual de direito processual civil** – Volume único – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 925.

demonstrados por prova documental e o réu não oponha prova que gere dúvida razoável, os fatos restarão incontroversos e provavelmente já será possível a dispensa da fase instrutória, autorizando, assim, também o julgamento antecipado de mérito”.²⁵⁰

Essa constatação leva a crer que a aplicação do atual inciso IV pode se tornar confusa, pois as hipóteses são muito próximas e, nesse sentido, a aplicação prática desse dispositivo também poderia restar prejudicada pelo fato de, no passado, já se julgar antecipadamente o mérito, de modo que a tutela de evidência nesse caso se esvaziaria. Afinal, como o inciso IV não pode ser concedido liminarmente, não tem o condão de atribuir o bem da vida à parte que tem o direito evidente em momento mais breve. Por isso, a aplicação isolada do julgamento antecipado do mérito mostra-se mais vantajosa que a aplicação isolada da tutela de evidência, porque ambos permitem o julgamento quando as provas colacionadas forem suficientes, mas o primeiro exprime decisão definitiva, proferida através de cognição exauriente, enquanto a segunda estabelece uma tutela provisória, deferida por cognição sumária.²⁵¹

Ainda que a hipótese incidental do art. 311, IV do CPC/2015, na prática, não possa vir sem a ocorrência do julgamento do mérito,²⁵² indiscutível que se traduz em poderoso instrumento apto a aumentar a eficiência processual no sentido de possibilitar a fruição do bem da vida pretendido já na prolação da sentença, havendo o

²⁵⁰ RODRIGUES, Marco Antonio; RANGEL, Rafael Calmon. A tutela de evidência como técnica de atuação judicial, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 271, ano 42, set. 2017, p.266-267.

²⁵¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; LEITE, Sara Ribas Ortigosa. Breve análise empírica da Tutela de Evidência (art. 311 do Código de Processo Civil) no âmbito do TJSP. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 1. Janeiro a Abril de 2019, p. 205-206.

²⁵² Ainda assim, em recente julgado, o TJ/SP confirmou tutela de evidência em segundo grau, concedida mesmo sem o julgamento do mérito, o que reforça a ideia de que não são institutos obrigados a serem concedidos concomitantemente: “OBRIGAÇÃO DE FAZER – DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA, PARA DETERMINAR A ENTREGA DA ESCRITURA E DO “HABITE-SE” DOS IMÓVEIS ADQUIRIDOS PELOS AUTORES, EM CINCO DIAS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 1.000,00 (LIMITADA A R\$ 50.000,00) – Presença dos requisitos do art. 311, IV, do CPC/2015 – Contrato celebrado entre as partes que comprova suficientemente os fatos constitutivos do direito dos autores – Avença que previu a obrigação de outorga da escritura a partir de 30/08/2014, constando, ainda, a obrigação de entrega dos apartamentos com piso porcelanato – Alegação dos agravantes de que o atraso na entrega se deu por culpa dos agravados, que pediram a modificação do projeto (troca do piso por porcelanato) – Descabimento, sobretudo porque o piso estava previsto em contrato e constituía obrigação dos agravantes - Alegação dos agravados que não está embasada em qualquer prova, não sendo capaz de gerar dúvida razoável – Tutela de evidência corretamente deferida – Pedido subsidiário de ampliação do prazo e redução da multa diária – Impossibilidade – Agravantes que não comprovaram a existência de motivo impeditivo do imediato cumprimento da decisão, limitando-se a reclamar do exíguo prazo – Ausência de justificativa para reduzir o valor da multa, que foi fixada em valor adequado para compelir o cumprimento da tutela específica – Decisão mantida – RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2188068-07.2017.8.26.0000; Relator (a): Angela Lopes; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Votuporanga - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/12/2018; Data de Registro: 04/12/2018)

cumprimento provisório da decisão, mesmo sem a ocorrência do trânsito em julgado (art. 1.012, § 1º, V, CPC); efeito que a prolação da sentença que julga de maneira antecipada não produz.²⁵³

Dessa forma, mostra-se uma utilidade tremenda quando o magistrado julga antecipadamente e, ao mesmo tempo, concede a tutela da evidência, evitando-se eventuais efeitos suspensivos automáticos de recurso.

É o que se verifica na pesquisa dos julgados de 1º grau do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, constatando-se que, de fato, esses dois institutos acabam sendo aplicados em conjunto, por assegurarem uma utilidade prática mais adequada e por, em muitos aspectos, terem incidência nas mesmas circunstâncias. Quando, por meio do Portal de Serviços e-saj, no campo “Pesquisa Livre”, sem qualquer outro filtro de classe ou assunto, busca-se o termo “art. 311, IV”, o sistema retorna, no ano de 2016, 72 processos, e, no ano de 2017, 176 processos. Dos 72 processos relativos ao ano de 2016, 40 foram julgados antecipadamente e, concomitantemente, tiveram tutela de evidência deferida; enquanto em 30 deles foi deferida, exclusivamente, a tutela de evidência. Dois dos processos não tratavam da tutela de evidência, mas apenas mencionaram o dispositivo para fins argumentativos. Sendo assim, desconsiderando os processos em que não foi deferida a tutela de evidência, cerca de 57% dos processos analisados foram julgados conforme o estado do processo, com sentença prolatada sem fase instrutória, e utilizaram a tutela de evidência para permitir que a decisão produzisse efeitos imediatos.²⁵⁴

Sem dúvidas, tal hipótese representa clássica ocasião em que o ônus do tempo para a prova do direito passa a ser do polo passivo – e não do ativo – da ação; sendo que o autor já se desincumbiu de seu dever probatório ao acostar à inicial prova documental (ou documentada) suficiente.²⁵⁵

²⁵³ RODRIGUES, Marco Antonio; RANGEL, Rafael Calmon, op. cit., p. 267.

²⁵⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; LEITE, Sara Ribas Ortigosa. Breve análise empírica da Tutela de Evidência (art. 311 do Código de Processo Civil) no âmbito do TJSP. **Revista Eletrônica de Direito Processual** – REDP. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 1. Janeiro a Abril de 2019, p. 206-207.

²⁵⁵ ARENHART; S. C; MARINONI; L. G; MITIDIERO, D. **Novo curso de direito processual civil**. São Paulo: RT. 2015, v. 2, p. 2013. Nesse sentido: “AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – NÃO CONHECIDA – TUTELA DE EVIDÊNCIA – CPC, ART. 311 – LIBERDADE DO JULGADOR PARA QUALIFICAR JURIDICAMENTE OS FATOS NARRADOS NA INICIAL – EVIDÊNCIAS DE ATRASO NA ENTREGA DAS CHAVES – MANTIDA DECISÃO QUE DETERMINA DEPÓSITO DO VALOR PAGO PELOS COMPRADORES – [...] Em análise perfunctória, se verificado que os fatos narrados na peça preambular evidenciam o atraso na entrega das chaves, está configurado o descumprimento no contrato de compra e venda de imóvel por parte da vendedora, sendo possível a rescisão contratual; por consequência, deve ser mantida a decisão que determinou à Construtora o depósito do valor já adimplindo pelos compradores. (N.U 1010219-48.2018.8.11.0000, CÂMARAS ISOLADAS CÍVEIS DE DIREITO PRIVADO, GILBERTO

2.4 Considerações acerca da tutela da evidência: aspectos sobre a concessão em caráter antecedente; estabilização da tutela; concessão liminar e de ofício

A principal característica da tutela da evidência é, sem dúvidas, a ausência do *periculum in mora* para a sua concessão, bastando que haja a alta probabilidade do direito aliada a uma das hipóteses legais previstas no ordenamento (dentro, ou até mesmo fora do CPC/2015). Reside aí a sua principal diferença com as hipóteses de concessão de tutela de urgência.

E é justamente por isso que não pode ser concedida a hipótese de tutela evidente antecedente, pois, se não há urgência a socorrer, logicamente não haverá necessidade para que a postulação venha anterior ao pedido principal. Trata-se de principal argumento que acaba com a lógica em se admitir a concessão de tutela da evidência antecedente. Para além disso, inexistente previsão legal específica a respeito dessa modalidade; ao passo que o código regula um procedimento específico para a sua ocorrência nas tutelas de urgência. “Isso indicia que o legislador não supôs a possibilidade da ocorrência, pois sequer previu procedimento para suportá-la (embora, convenha-se, fosse possível a aplicação sistemática dos artigos 303 e 304 do CPC/2015). Portanto, somente incidentalmente se reclama tutela da evidência”.²⁵⁶

É bem verdade que a essência da tutela da evidência coaduna com a possibilidade de estabilização de tutela, vez que tem caráter amplamente satisfativo, entregando o bem jurídico pretendido para a parte interessada fruir em sua essência, à semelhança da tutela de urgência de caráter antecipado. Nessa esteira de ideias, plausível, e até mesmo razoável, que houvesse a possibilidade de estabilização de seus efeitos nas hipóteses dos incisos II e III – únicos possíveis de serem concedidos liminarmente, como se verá –, nos casos em que a parte contrária não interpusse recurso; ou ainda não demandasse o seu desfazimento no prazo de 02 (dois) anos estabelecido no art. 304 e parágrafos do CPC/2015.

LOPES BUSSIKI, Terceira Câmara de Direito Privado, Julgado em 17/04/2019, Publicado no DJE 14/05/2019”.

²⁵⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.897. No mesmo sentido: NEVES, Daniel Amorim Assupção. E-book. **Manual de direito processual civil** – Volume único – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 927.

Não foi, todavia, essa a opção política do CPC/2015. Não se aplicam às tutelas de evidência, só requeríveis incidentalmente, as disposições relativas à estabilização dos efeitos da tutela, uma vez que o CPC/2015 previu a estabilização no capítulo relativo, exclusivamente, às tutelas antecipadas antecedentes. Entendeu o legislador que, já estando o pleito principal formulado, implícito está o pedido da parte pelo prosseguimento do processo nos moldes tradicionais, com eventual instrução e prolação de sentença definitiva sobre o conflito (com coisa julgada), em cognição exauriente.²⁵⁷

Além da opção política pela não estabilização, não se deve abrir possibilidade de prejuízo à parte que não tenha recorrido da decisão sem que haja redação legal expressa nesse sentido, sob pena de se ferir o princípio da ampla defesa. Afinal, esta “corresponde à dimensão substancial do contraditório. Representa, assim, o direito de participar efetivamente na formação do convencimento do julgador ou, em outras palavras, o acesso aos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei”.²⁵⁸ Também é defeso admitir a estabilização da tutela da evidência, pois para o sistema processual é mais proveitoso que haja o acolhimento do pedido principal aliado à revelia, dando pronunciamento final de mérito sobre o tema, inclusive com a possibilidade de trânsito em julgado; o que não se opera na estabilização de tutela, como já explanado.²⁵⁹

No que tange à concessão liminar da tutela da evidência, ainda que haja crítica por parte da doutrina, o legislador optou por restringir às hipóteses dos incisos II e III do art. 311 do CPC/2015, ao dispor no parágrafo único do dispositivo, de maneira expressa, a possibilidade de decisão, liminarmente, pelo juiz. Ou seja, somente será possível ao magistrado conceder a tutela da evidência sem que seja possibilitado à parte contrária se manifestar nos autos, quando houver prova documental embasada em precedente; ou quando houver a prova do contrato de depósito e efetiva recusa de devolução do bem.²⁶⁰

Por fim, no tocante à possibilidade de concessão de tutela evidente *ex officio* pelo magistrado, entende-se incabível, na medida em que se presta a tutela de evidência a satisfazer parcela da pretensão total sem o requisito de urgência. E, assim como já se teve possibilidade de colacionar a respeito das tutelas de urgência, somente procede-se à sua concessão oficiosa se demonstrada a “extrema urgência”,

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 1.900-1.901.

²⁵⁸ DONIZETTI, Elpídio. **Novo código de processo civil comentado (Lei no 13.105, de 16 de março de 2015)**: análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73. São Paulo: Atlas, 2015, p. 86.

²⁵⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 parte geral**, São Paulo: Forense, 2015, p. 1.901.

²⁶⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 327-330.

inclusive a justificar a não provocação da parte para seu requerimento. Sendo assim, por ser a tutela de evidência calcada na verossimilhança das alegações independentemente do *periculum in mora*, isto é, do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo; de se imaginar que é impossível sua concessão de ofício pelo julgador.²⁶¹

Todavia, novamente, ressalta-se nada impedir o julgador de se utilizar do princípio da cooperação (art. 6º do CPC/2015), provocando a parte interessada para que esta avalie os riscos e pleiteie a tutela de evidência.

²⁶¹ GAJARDONI, op. cit., p. 1.901.

3. HIPÓTESES ATÍPICAS, NÃO TAXATIVAS, IMPLÍCITAS OU EXTRAVAGANTES DA TUTELA DA EVIDÊNCIA NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Como já delineado, um dos objetivos do presente estudo busca investigar a presença de tutela de evidência fora das situações elencadas pelo rol do art. 311 do CPC/2015, criticado pela doutrina no sentido de não colocar em seus incisos demais hipóteses legais de concessão.

De fato, não se pode dizer que a discussão acerca da existência dessas tutelas evidentes atípicas, não taxativas, implícitas, ou extravagantes é meramente acadêmica, pois, como se verá, nas situações em que concedidas fora do rol do art. 311, seus requisitos serão específicos, e até mesmo menos robustos do que os previstos naquele dispositivo.²⁶²

Destarte, imperioso se faz pesquisar os dispositivos legais presentes nas mais variadas legislações componentes do sistema processual civil (até mesmo fora do CPC/2015), que caracterizem uma tutela evidente e, portanto, desnecessitam da comprovação do requisito de urgência, tal qual delineado e exigido pelo art. 300 da lei processual.

“O que se conclui é que tais hipóteses de tutela [...] de um lado desprezam a demonstração de urgência e, de outra banda, impõem a comprovação de requisitos específicos para conceder a tutela tipificada por lei”.²⁶³

Como exemplos de tutela evidente fora do rol do art. 311, temos a: a) liminar em ação possessória; b) a liminar presente na ação monitória; c) a liminar dos embargos de terceiro; d) a tutela de evidência recursal; e) indisponibilidade dos bens em improbidade administrativa; f) liminar de busca e apreensão em alienação fiduciária; g) liminar e desocupação em despejo.

3.1 A liminar nas ações possessórias

As ações possessórias podem ser traduzidas como mecanismos processuais utilizados de modo a dar proteção ao possuidor em questão, restando imprescindível relembrar que posse não se confunde com propriedade. Pela teoria objetiva de

²⁶² NEVES, Daniel Amorim Assupção. E-book. **Manual de direito processual civil** – Volume único – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 927.

²⁶³ CASTRO, Daniel Penteado de. **Antecipação da tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil** – Salvador: JusPodivm, 2017, p. 122.

lhering, a qual parece possuir maiores traços em nosso ordenamento civil de 2002, a posse traduz-se na exteriorização dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.196 do CC), *v. g.*; mas com esta não se confunde. Sendo assim, a relação de posse não pode e nem deve ser confundida com a de propriedade, e também podem haver situações em que um instituto pode estar presente, e outro não.

Tanto assim o é, que em ação que esteja sendo discutido direito possessório a alegação de domínio sobre a coisa não impede a reintegração ou manutenção de posse; bem como veda-se proposição de ação que verse sobre propriedade, enquanto pendente uma ação possessória (art. 557, *caput* e parágrafo único do CPC/2015 c.c art. 1.210 do CC).²⁶⁴

Nesse sentido, o código preceitua três modalidades de ações possessórias. A primeira é a ação de reintegração de posse, e é geralmente o passo a ser tomado no momento em que o indivíduo possuidor de algo é desprovido desse bem em questão (esbulho). Para Maria Helena Diniz, o esbulho configura-se como: "[...] O ato pelo qual o possuidor se vê despojado da posse injustamente, por violência ou precariedade. Por exemplo, estranho que invade casa deixada por inquilino, comodatário que não devolve a coisa emprestada findo o contrato [...] o possuidor poderá então intentar ação de reintegração de posse".²⁶⁵

Já o possuidor que por sua vez apresentar dificuldade, pelo motivo que seja, em manter sua posse, como atos de turbação do ofensor (*v.g* João leva seus cavalos todos os dias para pastar na fazenda que é de propriedade de Jorge), conta para se defender a ação de manutenção de posse. Como exemplificado, já que nesta situação o possuidor acaba por não perder sua posse sobre o bem, configura-se assim uma falta "leve", de menor gravidade comparada ao esbulho.

Por fim, quando o ofensor se encontra prestes a cometer uma infração da natureza de turbação ou esbulho frente ao possuidor, é cabível a utilização de um interdito proibitório.

O art. 554 do CPC/2015, por outro lado, garante a chamada fungibilidade das ações possessórias, denotando a possibilidade de, na prática, ter-se dificuldade em diferenciar com clareza e afirmação de que se trata de esbulho ou turbação; somando-se a isso o fato de as relações possessórias serem dinâmicas e mudarem

²⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de Reais; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Direitos Reais.** v. 5 - 11. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, *passim*.

²⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: direito das coisas.** Vol 4. 29 ed, 2015, p. 905.

constantemente de situação. Dessa forma, o juiz pode acolher determinado pedido de reintegração como se fosse de manutenção; e vice-versa, mediante aplicação da fungibilidade.²⁶⁶

Contudo, o principal diferencial que elenca as ações possessórias em um procedimento especial reside, justamente, na possibilidade da concessão da liminar, *inaudita altera parte*, para que haja a imediata manutenção ou reintegração de posse (art. 562 do CPC/2015), lembrando que se a turbação ou esbulho se der há mais de ano e dia, utiliza-se o Procedimento Comum, e não o rito especial. Trata-se de verdadeira hipótese de tutela de evidência, vez que não demanda para sua implementação a demonstração do primado *periculum in mora*.²⁶⁷

Nesse sentido, Daniel Penteadó de Castro disserta que “a liminar prevista nas ações possessórias referentes à manutenção ou reintegração de posse independe da demonstração de dano irreparável ou *periculum in mora*”,²⁶⁸ o que denota seu caráter mais próximo à natureza de tutela evidente. De igual maneira, leciona Gajardoni:

A liminar possessória tem natureza de tutela de evidência. Embora a questão seja bastante controversa no âmbito da doutrina, parece claro que o *periculum in mora* não é requisito para a obtenção da medida. Ainda que o molestado em sua posse não sofra dano grave ou de difícil reparação com a obtenção da tutela apenas ao final, parece lícito seu direito à liminar possessória. O sistema tutela aqui a evidência do direito à posse, diante da comprovação, em juízo sumário, dela, do esbulho/turbação/ameaça, e da ocorrência do evento dentro de ano e dia (no caso de esbulho/turbação), e não propriamente uma situação de risco que exija a pronta intervenção judicial (que também pode estar presente). Não há necessidade de observância, todavia, dos requisitos do art. 311, do CPC/2015, eis que estamos diante de situação especial de tutela da evidência não disciplinada na parte geral do CPC/2015. Somente nas ações possessórias do rito comum (posse velha) é que a liminar, para ser obtida, se sujeita aos requisitos do art. 300 (tutela de urgência) ou 311 (tutela da evidência) do CPC/2015.²⁶⁹

²⁶⁶ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. E-book. **Breves comentários do código de processo civil**. 1 ed. São Paulo: RT, 2015, p. 1.383.

²⁶⁷ NEVES, Daniel Amorim Assupção. E-book. **Manual de direito processual civil – Volume único – 8. ed.** – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 1.535.

²⁶⁸ CASTRO, Daniel Penteadó de. **Antecipação da tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil – Salvador: JusPodivm, 2017, p. 115-116.**

²⁶⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença: Comentários ao Cpc de 2015 - Vol. 2.** São Paulo: Método, 2016, passim. No mesmo sentido, Eduardo Arruda Alvim em ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória.** – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 293.

Por mais enérgico que possa parecer tal comando normativo, deve-se afastar a ideia de “arbítrio judicial” da concessão da liminar com base em exame da prova *in questio*. Trata-se de cognição eminentemente sumária, empreendendo-se critérios valorativos menos rígidos que os empregados quando do julgamento final do mérito (cognição exauriente). Não se faz juízo de certeza, mas sim verossimilitude, probabilidade. Com efeito, trata-se

[...] mais do que a mera possibilidade (critério com que se avalia, por exemplo, a admissibilidade da petição inicial), mas certamente menos do que a convicção plena exigível para o julgamento de mérito. [...] Aproveitando-se antiga e sábia lição de doutrina, diga-se que o espírito do juiz deve ser levado ao estágio de propensão a afirmar, mais intensa do que a propensão a afirmar contraposta à de negar (dúvida), mas ainda abaixo da certeza.²⁷⁰

Dois são os requisitos para que haja a concessão da liminar: primeiramente se exige o ajuizamento da ação dente e um ano e dia, contando-se da mácula à posse. Já o segundo, é que haja a possibilidade de apreciação sumária do pedido mediante instrução da petição inicial, ou ainda audiência de justificação prévia. “No entanto, não se confunde com a tutela antecipada prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, para a qual é necessária, além da probabilidade de existência do direito do autor, também a presença do *periculum in mora*, não sendo este último requisito essencial a concessão da tutela possessória liminar”.²⁷¹ Portanto, exige-se a plena comprovação da turbação ou esbulho, aliada ao caráter de posse nova (menos de ano e dia), sem necessidade alguma da caracterização da urgência do provimento.

Em recente julgado do TJ/SP:

O autor-agravado demonstrou os requisitos para a concessão da liminar a partir da prova documental juntada aos autos que demonstra o fundamento de sua pretensão [o domínio do bem (cf. fls. 20-23 dos autos de origem) e o exercício de posse anterior (existência de processo de extinção de condomínio referente aos imóveis, como se vê a fls. 26-32 e 144-146 dos autos de origem)]. Também acompanharam a petição inicial o boletim de ocorrência noticiando o esbulho recente (danos ambientais) e peças do inquérito civil e da ação civil pública (cf. fls. 64-89, 90-92 e 126-143 dos autos de origem). Assim, a decisão agravada não merece reparo, pois considerou a existência de elementos suficientes que sustentam a ocorrência de

²⁷⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. E-book. **Breves comentários do código de processo civil**. 1 ed. São Paulo: RT, 2015, p. 1.398.

²⁷¹ XAVIER, Bárbara Alves. *Ações possessórias*. **Série Aperfeiçoamento de Magistrados**. Curso: Processo Civil - Procedimentos Especiais, Rio de Janeiro: EMERJ, 2015, p. 26.

recente esbulho possessório, essencialmente quanto aos requisitos do art. 561 do CPC/2015.²⁷²

Já nos casos de “posse velha” (com mais de ano e dia), é aplicável o Procedimento Comum, mas nada impede que o interessado utilize as já estudadas hipóteses de tutela de urgência (seja de natureza cautelar ou antecipada), bem como as de evidência presentes no rol do art. 311 do CPC/2015. Basta que para isso, na primeira situação, se demonstre a probabilidade do direito invocado aliada à urgência do provimento judicial; ou na segunda situação, se demonstre condição probatória favorável, independentemente da presença do *periculum in mora*.

3.2 Tutela inicial concedida em ação monitória

O comando legal contido no CPC de 2015, em seu art. 700, traz que a ação monitória “pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz: I - o pagamento de quantia em dinheiro; II - a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel; III - o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer.”²⁷³

Elogiável postura do CPC/2015 no tocante à tutela monitória, aumentando suas hipóteses legais de cabimento em relação ao que se tinha no CPC/73 (inclusive tutelando obrigação de fazer ou não fazer); ampliando os meios legais de prova admitidos, sendo de primeiro, a prova escrita sem eficácia executiva, mas que pode ser substituída pela prova oral produzida de maneira antecipada; preceituando a possibilidade de execução provisória após a conversão do mandado monitório em título executivo, podendo-se praticar determinados atos não condicionados à eventual suspensão recursal; impondo alguns deveres às partes, inclusive prevendo sanções pelo mau uso do instrumento.²⁷⁴

Por prova escrita, tem-se dois casos distintos: o primeiro constitui-se no documento pré-elaborado na intenção da efetivação jurídica direcionada ao registro da declaração de vontade. O segundo caso é um documento causal, o qual possui

²⁷² (TJSP; Agravo de Instrumento 2038091-67.2019.8.26.0000; Relator (a): Álvaro Torres Júnior; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro de Carapicuíba - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/08/2019; Data de Registro: 09/08/2019)

²⁷³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> Acesso em: 21 mai. 2019.

²⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Procedimentos Especiais. vol. 2. 50. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 387.

função apenas voltada a registrar negócios judiciais. Dentro das utilidades dos documentos, seja ele na forma que for, não se deve esquecer que este é uma fonte de prova, valendo sozinho e sendo suficiente por si só, pois basta que ele uma vez considerado documento idôneo atue de forma positiva no pensamento do magistrado sobre tal direito enunciado.

De se concluir, também, que a prova escrita não tem necessidade de ter sido enviada ou reconhecida pelo devedor (assim como extratos bancários, notas fiscais, entre outros documentos passíveis de comparar a confiabilidade da relação jurídica). Ainda sobre isto, de modo a dar uma solução ao problema, o autor deverá contar com os limites atuais cedidos pelos parágrafos 1º e 5º do artigo 700 do CPC/2015, inédito método processual que não possuía previsão legal no CPC/73, propício à resolução da prova escrita o qual basta para a instrumentalização.²⁷⁵

No que tange à abrangência da ação monitória, esta não mais se restringe apenas ao pagamento da quantia em dinheiro; passando a possuir a funcionalidade de proporcionar a entrega de algo não tangível, de coisa não móvel e sobre deveres de não executar e executar. A principal diferença entre a ação monitória para as demais ações (principalmente as de cobrança, que observam o Procedimento Comum), se configura no mandado monitório inaugural, o qual tem uma consequência de curto prazo e remediadora. Costuma-se dizer que a especialidade da ação monitória é condicionada à apresentação de embargos pelo polo passivo.

Nas palavras de Daniel Penteado de Castro:

Portanto, no procedimento monitório, uma vez opostos embargos pelo réu, tanto a cognição como o procedimento seguirão as vias do procedimento comum, de sorte que a utilidade da técnica monitória no sistema brasileiro se evidencia restritivamente diante da circunstância de inexistência de oferecimento de embargos monitórios pelo réu, única condição apta a converter o mandado monitório em mandado executivo. Diz-se, portanto, que a tutela é sumária e sem urgência, na hipótese de conversão do mandado monitório em mandado executivo, desde que o réu deixe de opor embargos monitórios, de sorte que a cognição, nessa hipótese é sumária e restrita ao exame da existência de prova documental apresentada pela parte.²⁷⁶

²⁷⁵ VASCONCELOS, Ronaldo in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. E-book. Breves comentários do código de processo civil. 1 ed. São Paulo: RT, 2015, passim.

²⁷⁶ CASTRO, Daniel Penteado de. **Antecipação da tutela sem o requisito da urgência**: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil – Salvador: JusPodivm, 2017, p. 112-113. Em sentido semelhante, Eduardo Lamy: “O mandado monitório previsto no art. 701 do CPC de 2015 é típica hipótese de tutela evidente, embora externa ao rol do art. 311. A ação monitória foi mantida pelo CPC de 2015 como procedimento especial pelo qual aquele que possui crédito fundado em documento escrito poderá transformá-lo em título executivo líquido e exigível por meio de sua propositura.

Em sentido divergente, André Roque sintetiza que:

Apresentada a petição inicial e não sendo o caso de seu indeferimento (art. 330), nem de improcedência liminar do pedido (art. 332), o juiz avaliará a prova escrita da obrigação. Se estiver convencido, em cognição sumária, ser plausível a obrigação alegada pelo autor (“sendo evidente o direito do autor”), concederá uma forma de tutela da evidência (fundada em cognição sumária que prescinde da demonstração de urgência) específica da ação monitória, determinando a expedição do mandado monitório (que pode ser de pagamento, de entrega da coisa ou para cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer). Note-se que tal modalidade de tutela da evidência é concedida antes da citação do réu, *inaudita altera parte*, tendo o CPC/2015 expressamente ressalvado tal hipótese da exigência de contraditório prévio (art. 9º, parágrafo único, III). Essa tutela de evidência é inerente à ação monitória, que se caracteriza precisamente pela inversão da iniciativa do contraditório, o qual deverá ser deflagrado pelo demandado. Se o réu não manifestar oposição e não cumprir de forma espontânea o mandado monitório, estará constituído, de pleno direito, o título executivo judicial.²⁷⁷

De fato, empreendendo-se uma interpretação literal do dispositivo, sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá, de plano, a expedição do mandado de pagamento, entrega de coisa, ou execução de obrigação de fazer. Trata-se de comando legal explícito de tutela sumária, podendo, inclusive, ser concedido *inaudita altera parte*, calcando-se na probabilidade do direito demonstrada pela prova escrita do inadimplemento obrigacional sem eficácia executiva, sem qualquer requisito de urgência.²⁷⁸ Ademais, o entendimento jurisprudencial tem caminhado no sentido de

Recebida a inicial monitória, o juízo determina a expedição do mandado monitório. Citado, caso o réu não oponha embargos monitórios, a ordem se transformará em título executivo, exatamente em razão da evidência do direito documentalmente apresentado em juízo. O mandado monitório é, portanto, típica tutela de evidência, e que respeita o contraditório” in LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 24.

²⁷⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença**: Comentários ao Cpc de 2015 - Vol. 2. São Paulo: Método, 2016, passim. Já nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior, há apenas uma aproximação entre a tutela da evidência à tutela liminar do mandado monitório: “Cumpre, outrossim, ressaltar uma nítida relação entre a ação monitória estabelecida pelo NCPC e a tutela da evidência, já que esta também se apoia, para deferimento de antecipação de tutela, no critério da prévia e documental comprovação do direito do autor, verificável in limine litis (art. 311). As duas figuras processuais, todavia, não se confundem, porquanto (i) a ordem de pagamento expedida na monitória tende a transformar-se em título executivo judicial, independentemente de sentença de mérito, bastando que o devedor não oponha embargos; (ii) enquanto a liminar satisfativa fundada na evidência é necessariamente provisória e não elimina o prosseguimento da ação cognitiva principal, só chegando à formação de título executivo judicial ao final do iter do procedimento cognitivo, ou seja, através da sentença de mérito, se esta for de procedência da demanda. In THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Procedimentos Especiais. vol. 2. 50. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 387-388.

²⁷⁸ VASCONCELOS, Ronaldo in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. E-book. **Breves comentários do código de processo civil**. 1 ed. São Paulo: RT, 2015, p. 1.559.

se realizar um juízo de probabilidade que não beira a certeza, caracterizando-se como verdadeira tutela em cognição sumária.²⁷⁹

Seja qual for a interpretação que se dê ao dispositivo no tocante à postura do réu, ou seja, se a conduta deste em opor ou não embargos ao mandado monitório é condicionante para o deferimento da liminar e sua caracterização da evidência; fato é que em ambas as correntes salienta-se a desnecessidade de demonstração do *periculum in mora*, do risco ao resultado útil do processo, ou do perigo de dano. Assim, soa inegável que a conversão liminar do mandado monitório em título executivo consubstancia-se verdadeira hipótese de tutela de evidência fora do rol do art. 311 do CPC/2015.²⁸⁰

3.3 Liminar em embargos de terceiro

Prescreve o art. 674, *caput*, do CPC/2015 que aquele que “não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro”. Os embargos de terceiro traduzem-se em uma verdadeira ação incidental de natureza acessória e especial que tem por objetivo sustar, ou impedir a constrição judicial indevida

²⁷⁹“Ação monitória. Cobrança de mensalidades devidas pela estipulante de plano de saúde empresarial. Preliminar de ausência de prova escrita. Desnecessidade de apresentação de evidência cabal, incontestável ou que tenha emanado do devedor, bastando que os documentos apresentados sejam capazes de demonstrar a probabilidade do direito do autor e de influir na convicção a ser formada pelo magistrado. Precedentes do C. STJ. Apresentação de contrato, notas fiscais e documentos de cobrança. Suficiência. Preliminar afastada. Mérito. Seguro saúde. Desnecessidade de prova da efetiva utilização da cobertura. Contrato de seguro que tem por objeto a transferência e gerenciamento de riscos, devendo-se provar somente sua celebração e vigência pelo período considerado. Apelante que não logrou demonstrar o cancelamento prévio da avença. Ausência de comunicação clara acerca da eventual intenção de rescindir o contrato. Rescisão automática. Inaplicabilidade. Cláusula contratual que estabelece a exigência de notificação prévia. Súmula 94 deste E. TJSP que, ademais, veda o cancelamento automático de plano de saúde por inadimplemento, em atenção ao delicado interesse abordado no negócio jurídico. Contrato que se manteve vigente no período assinalado pela autora da demanda. Remuneração devida. Juros de mora e atualização monetária a serem aplicados a partir do inadimplemento, dando-se a mora de pleno direito, uma vez que se trata de obrigação positiva, líquida e com data de vencimento certa (CC, art. 397). Negado provimento ao recurso”. (TJSP; Apelação Cível 1006703-07.2017.8.26.0010; Relator (a): Nilton Santos Oliveira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional X - Ipiranga - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/07/2019; Data de Registro: 26/07/2019).

²⁸⁰ NEVES, Daniel Amorim Assupção. E-book. **Manual de direito processual civil** – Volume único – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 927.

(penhora, arresto, sequestro, etc.), que possa se realizar, ou, na maioria dos casos, já tenha se realizado.²⁸¹

Trata-se, pois, de ação de conhecimento com finalidade constitutiva negativa, mediante um rito “sumário” especial, com objetivo de se livrar a constrição judicial, em tese, injusta em razão de processo que o interessado não foi parte. “O embargante pretende ou obter a liberação (manutenção ou reintegração na posse), ou evitar a alienação de bem ou direito indevidamente constrito ou ameaçado de o ser”.²⁸²

Acerca do conceito de terceiro, pode-se dizer que é o indivíduo que tem seu bem constrito judicialmente de maneira anômala, sendo que não deveria ter tido a sua posse ou mesmo domínio influenciados juridicamente pela constrição judicial, de feito cujo objeto lhe é estranho, ou seja, realizável ou já realizada, em diferente processo originário.

No que tange à liminar, caracterizada como verdadeira expressão da tutela de evidência, nos termos do art. 678, *caput*, do CPC/2015, será concedida tutela provisória quando houver convencimento pelo julgador das alegações do embargante, mediante juízo de cognição *sumária*, determinando-se, de imediato, a suspensão das medidas constritivas sobre os bens; ou, ainda, até mesmo a reintegração ou manutenção na posse. Há consenso em se afirmar que referida tutela não pode ser concedida de ofício, necessitando de provocação da parte interessada.²⁸³

“Trata-se de hipótese específica de tutela da evidência (art. 311), concedida com base em cognição sumária, a qual dispensa o requisito na urgência. Não há necessidade, portanto, de o embargante demonstrar receio de dano irreparável ou de difícil reparação para fazer jus à tutela provisória dos embargos de terceiro”.²⁸⁴ Nesse sentido, para que haja a concessão da liminar de embargos de terceiro (suspendendo-se a constrição sobre o bem), basta que o terceiro comprove, de maneira adequada, com alta verossimilhança de suas alegações, o domínio ou posse sobre o bem.²⁸⁵

De fato, a tutela de evidência presente nos embargos de terceiro, atinente à suspensão liminar da constrição, pressupõe tão somente a comprovação da

²⁸¹ LAMY, Eduardo in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. E-book. **Breves comentários do código de processo civil**. 1 ed. São Paulo: RT, 2015, p. 1.520.

²⁸² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. E-book. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.550.

²⁸³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença**: Comentários ao Cpc de 2015 - Vol. 2. São Paulo: Método, 2016, *passim*.

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ NEVES, Daniel Amorim Assupção. E-book. **Manual de direito processual civil** – Volume único – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 928.

probabilidade do direito, seu *fumus boni iuris*, aliado à situação tipificada de admissibilidade do procedimento especial, e prescindindo de qualquer *periculum in mora*, abuso de direito de defesa, ou ausência de impugnação razoável da parte contrária, ou ainda de prova documental aliada a precedente.²⁸⁶

Dentro da lógica do CPC/73, referida liminar obedecia ao prestamento de caução, isto é, somente poderia ser concedida se a parte garantisse o juízo de que haveria a restituição dos bens, e seus rendimentos relacionados, caso houvesse o julgamento de improcedência ao final do procedimento.

Atualmente remodelado, o CPC/2015 elucida e deixa explícito o verbo “poderá”, ou seja, será uma faculdade do magistrado exigir a prestação de garantia real ou fidejussória, a depender do caso concreto, deferindo a ordem de preservação, ou até mesmo, reintegração momentânea de um bem ao prestamento de caução por aquele que requereu, observada, quando for o caso, a hipossuficiência econômica da parte.²⁸⁷

De igual modo sustenta Humberto Theodoro Júnior:

Como ocorre com os interditos possessórios, a ação de embargos de terceiro admite medida liminar de manutenção ou reintegração provisória de posse em favor do embargante, que, no entanto, poderá ser condicionada à prestação de caução, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente (art. 678, parágrafo único). Essa medida visa assegurar a devolução dos bens com os respectivos rendimentos, na hipótese de final improcedência do pedido do terceiro. Os bens permanecerão sob a medida judicial constritiva até a sentença, mas não se realizarão atos de alienação ou de execução que importem transferência definitiva de domínio ou de outro direito real sobre eles. Se os embargos atingem todos os bens ligados ao processo principal, o curso deste ficará suspenso enquanto não se julgar o pedido do terceiro. Sendo apenas parciais, o processo originário poderá prosseguir, mas limitado aos bens não alcançados pelos embargos de terceiro. Entretanto, para que a suspensão se dê início litis, é preciso que o embargante a requeria e que o juiz reconheça, por decisão fundamentada, que o domínio ou a posse estão suficientemente provados. Note-se que a medida liminar é uma faculdade e não uma condição de procedibilidade na ação de embargos. O terceiro pode dispensá-la ou pode prosseguir no feito, para tentar melhor prova de sua posse ou direito, mesmo quando improcedente a justificação inicial. A caução para recebimento inicial dos bens, por parte do embargante, pode ser sumariamente efetuada dentro dos próprios autos dos embargos. Sobre sua pretensão será

²⁸⁶ MACHADO, Marcelo Pacheco. Liminar em embargos de terceiro. **Jota**. Disponível em : <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/embargos-de-terceiro-e-defesa-do-executado-02102017>>. Acesso em 25 jun 2019.

²⁸⁷ LAMY, Eduardo in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. E-book. **Breves comentários do código de processo civil**. 1 ed. São Paulo: RT, 2015, p. 1.521.

ouvido o embargado e, não havendo objeção séria, lavrar-se-á o competente termo.²⁸⁸

Nítida está a desnecessidade de demonstração do *periculum in mora* na concessão da liminar em embargos de terceiro. Basta que a parte preencha os requisitos do domínio ou posse sobre o bem, para que haja a suspensão da constrição. Suspensão esta que não necessariamente implica na imediata possibilidade de alienação do bem objeto de estudo, mas tão somente a manutenção ou reintegração da posse ao terceiro interessado, até que se discuta a viabilidade daquela constrição ou não.²⁸⁹

Em recente julgado, já decidiu o TJ/SP, *verbis*:

Nos estreitos limites da cognição aqui autorizada, sumária e não exauriente, verifico que, no caso concreto, esses requisitos foram de fato preenchidos. Com efeito, há prova suficientemente convincente de domínio e/ou posse dos bens apreendidos: parece que restou demonstrado o direito do agravado sobre os bens a partir das notas fiscais de aquisição que foram apresentadas (fls. 62/71), cumprindo ressaltar que foram adquiridos de outros fornecedores e não da agravante, não ostentando a sua marca. Logo, não pertencem a ela e não poderiam ter sido apreendidos. [...] De mais a mais, a aventada fraude deverá ser analisada em caráter exauriente, após a necessária instrução a ser realizada pelo juiz de primeiro grau, não podendo ser reconhecida neste momento processual. Por enquanto, cuida-se de mera ilação que ainda depende de dilação probatória. Por fim, eventual descumprimento da medida liminar e pedido de culminação de multa deverá ser levado ao juiz de primeiro grau e não formulado inadequadamente em resposta ao recurso de agravo de instrumento, sob pena de supressão de instância. Posto isso, nego provimento ao recurso.²⁹⁰

Bem se denota que a liminar em embargos de terceiro constitui-se em verdadeiro instrumento processual capaz de inverter o ônus do tempo em desfavor da parte contrária, ao dispor de uma liminar que, bastando a comprovação da posse ou propriedade do bem – e, quando for assim determinado, de efetiva prestação de caução -, já autoriza a suspensão das restrições patrimoniais, empreendendo-se verdadeira manutenção ou reintegração de posse. Restará à parte contrária,

²⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto.e-BOOK. **Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais**. vol. 2. 50. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, 344-345.

²⁸⁹ BURSCHI, Gilberto Gomes 'in' BUENO, Cássio Scarpinella [coord.]. **Comentários ao código de processo civil**; vol. 3, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 306

²⁹⁰ (TJSP; Agravo de Instrumento 2116027-71.2019.8.26.0000; Relator (a): Gilson Delgado Miranda; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Regional II - Santo Amaro - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/08/2019; Data de Registro: 09/08/2019)

normalmente o exequente da ação principal, ou ainda o autor em fase de cumprimento de sentença; o ônus de provar que não assiste razão ao embargante, “estranho” à demanda originária.

3.4 Tutela da evidência recursal

Interessante debate permeia a concessão da tutela de evidência no âmbito recursal, havendo duas disposições expressas a respeito do assunto em sede de apelação (art. 1.009 do CPC/2015) e de embargos declaratórios (art. 1.022 do CPC/2015).

O recurso de apelação, via de regra, possui efeito suspensivo, isto é, quando interposto, suspende os efeitos materiais da sentença, seja de natureza declaratória, condenatória, ou constitutiva, que o faz por força de lei (*ope legis*), nos termos do art. 1.012, *caput*, do CPC/2015.

Há algumas exceções, todavia, em que o código de processo civil possibilita à parte fruir, de imediato, os efeitos da sentença, sendo estas elencadas no art. 1.012, § 1º do CPC/2015, a saber, o provimento judicial final que: “I - homologa divisão ou demarcação de terras; II - condena a pagar alimentos; III - extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado; IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem; V - confirma, concede ou revoga tutela provisória; ou VI - decreta a interdição”. Portanto, são situações que, também de forma *ope legis*, ensejam a não ocorrência de efeito suspensivo automático do referido recuso.²⁹¹

Ainda assim, o ordenamento permite que seja conferido efeito suspensivo *ope judicij* a essa regra, isto é, via pronunciamento judicial – preenchidos os requisitos elencados pela legislação processual para o seu deferimento -, ainda que pela legislação (*ope legis*) seja possível, em regra, à parte fruir de imediato os efeitos da sentença.²⁹² Essa é a disposição do art. 1.012, § 4º do CPC/2015, que traz ser possível a suspensão, pelo relator do recurso de apelação, dos efeitos das hipóteses elencadas no § 1º, desde que seja demonstrada a probabilidade do provimento do

²⁹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. E-book. **Curso de Direito Processual Civil** – Execução forçada; Processos nos Tribunais; Recursos; Direito Intertemporal – vol. III. 47. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.010.

²⁹² RANÑA, Leonardo Fernandes. *O novo Código de Processo Civil e os meios de obtenção de tutelas provisórias na fase recursal – Breves comentários sobre as inovações trazidas pelo novo ordenamento. Revista de Processo (RePro)*. Vol. 255, maio 2016, passim.

recurso, “ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou difícil reparação”.²⁹³

Em entendimento que mais coaduna com os propósitos deste trabalho, bem se vê que se tratam de duas hipóteses legais distintas, e não de requisitos cumulativos: a primeira parte do dispositivo elenca apenas a probabilidade do direito como condicionante, aproximando-se mais do conceito de tutela de evidência, desprezando-se o *fumus boni iuris*; já a segunda parte do dispositivo legal traz consigo o vocábulo “ou”, dando uma outra alternativa para a concessão desses efeitos, em que fique demonstrado o *periculum in mora*, ou seja, o perigo de dano e o risco ao resultado útil do processo.²⁹⁴

Em interessante estudo sobre o tema, aponta André Roque:

A “probabilidade de provimento do recurso” parece ser mais intensa que a simples demonstração de ser “relevante a fundamentação”, como se tratasse de uma espécie de *fumus boni iuris* qualificado. Mais adequado, assim, interpretar o “ou” como indicação de requisitos alternativos, de modo que poderia ser concedido o efeito suspensivo ope iudicis à apelação apenas com a demonstração, pelo apelante, da probabilidade de provimento do recurso, sem que seja necessário apontar qualquer situação de urgência. O dispositivo em análise, portanto, contempla uma forma – nada evidente – de tutela da evidência na apelação. Assim como no CPC-1973 já eram conhecidas a tutela cautelar recursal e a antecipação de tutela em sede recursal, com o novo CPC abre-se mais uma possibilidade: a tutela da evidência recursal.²⁹⁵

²⁹³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21 mai. 2019.

²⁹⁴ Nesse sentido: “vale dizer, há aqui uma espécie de tutela de evidência para fins de atribuição de efeito suspensivo à apelação, sem cogitar-se de demonstração de *periculum in mora*: demonstrando a parte que seu recurso reúne elevada probabilidade de provimento (porque a decisão apelada hostiliza jurisprudência sumulada ou firmada em julgamento de recurso repetitivo, por exemplo, além de outras hipóteses previstas no art. 932, V, do CPC/2015), sendo evidente que existirá o êxito recursal, poderá o recorrente pretender a suspensão da eficácia da sentença; (ii) sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou difícil reparação: nesta segunda hipótese de suspensão dos efeitos da sentença mediante excepcional atribuição de efeito suspensivo à apelação, estamos diante de pretensão cuja natureza é de típica tutela de urgência, pois se exige, para a suspensão da eficácia da sentença, a demonstração conjunta da relevância da fundamentação (vale dizer, avalia-se o quão relevante é a pretensão recursal, algo assemelhado à aparência do bom direito), e o risco de que, se for passível de cumprimento desde sua publicação, a sentença poderá gerar dano irreparável, grave, ou de difícil reparação” (MELLO, Rogerio Licastro Torres de in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. E-book. **Breves comentários do código de processo civil**. 1 ed. São Paulo: RT, 2015, p. 2.183).

²⁹⁵ ROQUE, Andre Vasconcelos. *Uma tutela nada evidente: a tutela da evidência recursal*. **Jota**, 21.12.2015. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/uma-tutela-nada-evidente-a-tutela-da-evidencia-recursal-21122015>>. Acesso em 21 mai 2019. Em posicionamento diverso, Humberto Theodor Júnior, *verbis*: “O pedido de suspensão terá de demonstrar: (i) a probabilidade de provimento do recurso; e (ii) a ocorrência de risco de “dano grave ou de difícil reparação” (§ 4º). Em outros termos, caberá ao apelante demonstrar a configuração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, em grau que não permita aguardar o normal julgamento do recurso”. In THEODORO JÚNIOR, Humberto. E-book.

De redação praticamente idêntica, o art. 1.026, § 1º do CPC/2015 possibilita a imediata suspensão da eficácia da decisão monocrática ou colegiada no caso de oposição de embargos declaratórios (art. 1.022 do CPC/2015) em que “demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação”.²⁹⁶ Nesse aspecto, o CPC/2015 põe fim à discussão doutrinária, e declara expressa inexistência de efeito suspensivo *ope legis* com a oposição dos embargos de declaração; não excluindo, entretanto, a hipótese de concessão mediante provocação do julgador, desde que haja, novamente, probabilidade do direito; ou fundamentação adequada que comprove o *periculum in mora*, seja pelo perigo de dano, ou pelo risco ao resultado útil do processo. Existe, dessa forma, tanto a possibilidade de suspensão dos efeitos do pronunciamento judicial de mérito tanto pela tese da verossimilitude e probabilidade de julgamento favorável; quanto pela demonstração da urgência e necessidade da suspensão desse provimento.²⁹⁷

Defende-se, ainda, uma aplicabilidade mais ampla do dispositivo, indicando que não somente a apelação e os embargos de declaração podem carrear este pedido, *ope judici*, de suspensão dos efeitos do pronunciamento de mérito, mas todo e qualquer recurso. Com efeito, o art. 932, II do CPC/2015 preceitua ser dever do relator apreciar o pedido de tutela provisória contido no recurso, ou nos procedimentos de competência originária dos tribunais, sendo certo que uma interpretação sistêmica do dispositivo, levando-se em consideração as balizas do sistema recursal trazidas com a Lei 13.105/2015, permite extrair essa possibilidade. “Ainda que o regramento específico da apelação explicita modalidades típicas de tutela provisória (v.g efeito suspensivo, art. 1.012, § 3º), tal não obstaculiza a pretensão das outras modalidades de tutela provisória, haja vista a latitude do inciso II do art. 932”.²⁹⁸

Curso de Direito Processual Civil – Execução forçada; Processos nos Tribunais; Recursos; Direito Intertemporal – vol. III. 47. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.010.

²⁹⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> Acesso em: 21 mai. 2019.

²⁹⁷ MELLO, Rogério Licastro Torres de, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. E-book. **Breves comentários do código de processo civil**. 1 ed. São Paulo: RT, 2015, p. 2.226.

²⁹⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al]. **Execução e recursos**: comentários ao CPC 2015 – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 1.053-1.054. Nesse mesmo sentido, Daniel Penteado de Castro: “Diante de tamanhas inexactidões, uma leitura literal do art. 932, II, portanto, autoriza a tutela provisória a toda modalidade de recurso em espécie, porquanto referido dispositivo trata de poder inerente a atividade jurisdicional desempenhada pelo relator que, repita-se, é designado a todo e qualquer recurso. Ainda, referida a tutela provisória como gênero, há de se autorizar a concessão de efeito ativo ou suspensivo ao recurso, seja fundada na urgência (fumus boni iuris e

Aliás, este foi o entendimento julgado pelo TJ/SP:

No caso a requerente entende que a parte ao apresentar os embargos o fez em caráter protelatório, além de não ter a sentença que julga os embargos improcedentes o efeito suspensivo. Realmente, a r. sentença, ao decidir os embargos reconheceu a litigância de má fé pelo efeito protelatório dos embargos. Outrossim, ao impor a expedição da carta somente após o trânsito em julgado, criou efeito suspensivo inexistente na legislação processual. O imóvel objeto da carta de adjudicação foi dado em garantia hipotecária da dívida objeto da execução. O NCPC trouxe várias inovações no âmbito recursal, dentre elas a de o relator conceder a tutela que não se limita as hipóteses do art. 995, parágrafo único, quanto à capacidade de o relator antecipar os efeitos da pretensão do recorrente, pois o artigo 932, caput e inciso II (localizado no Capítulo II da Ordem dos Processos no Tribunal) permite ao relator analisar o pedido de tutela provisória enquanto gênero, sem fazer qualquer distinção sobre se o pedido é baseado em urgência ou evidência. Uma boa exegese desse dispositivo é possível extrair que qualquer das espécies de tutela provisória as previstas no Livro V do novel Diploma Processual Civil - podem ser postuladas ao tribunal, incluindo-se aí a tutela de evidência. O caso, assim, autoriza seja expedida carta, com a única observação que o caberá a requerente ressarcir eventuais danos ou prejuízos que vier a causar se e caso provida a apelação interposta contra a sentença que julgou improcedentes os embargos. Ante o exposto, defiro a tutela de evidência e determina-se a expedição da carta em primeiro grau.²⁹⁹

André Roque salienta que, ao que parece, em verdade, o § 4º do art. 1.012 e o § 1º do art. 1.026, ambos do CPC/2015, não criam, hipóteses atípicas e autônomas de tutela da evidência, apenas evidenciando a possibilidade de sua concessão por decisão monocrática do relator, em sede recursal, fundando-se na evidência do direito do postulante. Ou seja, deve-se enquadrar numa das já citadas hipóteses expressamente previstas no rol do art. 311 do CPC/2015. Na visão do jurista, muitas das hipóteses presentes no art. 311 já podem ser contempladas no julgamento monocrático, nos termos do art. 932, V da legislação processual. “Ou seja, em vez de se conceder tutela provisória amparada na evidência do direito suscitado pelo

periculun in mora), seja na evidência (probabilidade de provimento do recurso)” in CASTRO, Daniel Penteadado de. *Tutela da evidência em grau recursal*, 22/02/2018. **Portal migalhas**: cpc na prática. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI274888,31047-Tutela+da+evidencia+em+grau+recursal>>. Acesso em 25 mai. 2019.

²⁹⁹ (TJSP; Tutela Cautelar Antecedente 2056734-44.2017.8.26.0000; Relator (a): Miguel Petroni Neto; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/08/2017; Data de Registro: 05/09/2017). Nesse mesmo, cita-se o Enunciado 609 do FPPC: “(art. 995, parágrafo único) O pedido de antecipação da tutela recursal ou de concessão de efeito suspensivo a qualquer recurso poderá ser formulado por simples petição ou nas razões recursais”.

recorrente, já se autoriza desde logo a tutela definitiva em decisão monocrática do relator, esvaziando grande parte dos casos em que estaria permitida a tutela da evidência”,³⁰⁰ o que é mais interessante ao sistema, em razão da chamada primazia do julgamento do mérito (artigos 4º e 6º do CPC/2015).

Nos termos do art. 932, V do CPC, é dever do relator dar provimento, monocraticamente, a recurso em que a decisão recorrida seja contrária a súmula do STJ ou do STJ, ou ainda, do próprio tribunal, julgamento com teor de repetitivo, ainda que firmado em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), ou Incidente de Assunção de Competência (IAC). Daí já se descarta qualquer possibilidade de concessão de tutela evidente calcada em precedente, pois ao sistema processual muito mais interessa a provisão final de mérito monocrática se a decisão estiver contrariando precedente.

Também a primeira hipótese (art. 311, I do CPC/2015) se mostra de pouca aplicabilidade, pois se restar caracterizado abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte, dificilmente se terá um pronunciamento favorável ao recorrido e à “consequente interposição de recurso pela parte contrária, ao qual possa ser atribuída a tutela da evidência recursal”.³⁰¹ Já a hipótese relativa ao contrato de depósito, apesar de ser possível, bem se vê que é bastante específica, relacionando-se com a supressão do procedimento especial de depósito no CPC/2015,³⁰² não tendo tanta potencialidade prática.

Sem dúvida, o maior campo para se ver a aplicabilidade da tutela de evidência recursal reside no art. 311, IV do CPC/2015, nos casos em que a prova documental (ou documentada) for suficiente, aliada à ineficiência de o réu colocar dúvida razoável sobre o fundamento fático e jurídico do autor. “Como se trata de hipótese de tutela da evidência amparada em exercício ineficaz da defesa, não é possível a sua concessão

³⁰⁰ ROQUE, Andre Vasconcelos. *Uma tutela nada evidente: a tutela da evidência recursal*. **Jota**, 21.12.2015. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/uma-tutela-nada-evidente-a-tutela-da-evidencia-recursal-21122015>>. Acesso em 21 mai 2019. No mesmo sentido, Cf. CASTRO, Daniel Pentead de. *Tutela da evidência em grau recursal*, 22/02/2018. **Portal migalhas**: cpc na prática. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI274888,31047-Tutela+da+evidencia+em+grau+recursal>>. Acesso em 25 mai. 2019; e KUTEN, Carlos Eduardo. *Tutela da evidência pode afastar suspensividade do recurso de apelação*. **Revista Consultor Jurídico**, 9/02/2017, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-09/carlos-kuten-tutela-evidencia-recurso-apelacao-civel#author>>. Acesso em 25 mai. 2019.

³⁰¹ ROQUE, Andre Vasconcelos. *Uma tutela nada evidente: a tutela da evidência recursal*. **Jota**, 21.12.2015. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/uma-tutela-nada-evidente-a-tutela-da-evidencia-recursal-21122015>> Acesso em 25 mai. 2019.

³⁰² GAJARDONI, Fernando da Fonseca; et al. **Teoria Geral do Processo** – Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2015, p. 924.

liminar, antes que seja exercido o contraditório (arts. 9º e 311, parágrafo único). Assim, a tutela da evidência recursal amparada no art. 311, IV somente poderá ser concedida após oportunizadas as contrarrazões”.³⁰³

Em síntese, possível que haja a concessão de tutela da evidência recursal, mediante decisão monocrática do relator, nos casos em que seja oportunizada apresentação de contrarrazões ao recorrido. O principal campo de aplicação diz respeito ao art. 311, IV do CPC/2015, e, embora haja previsão expressa somente nos artigos 1.012, § 4º e 1.026, § 1º, todos do CPC/2015, admite-se a tutela da evidência recursal em qualquer recurso que seja tipificado na legislação processual nacional.³⁰⁴

3.5 Indisponibilidade dos bens em ação de improbidade administrativa

Sempre houve uma necessidade de se proteger a probidade administrativa, cuja não observância já foi objeto de diversos diplomas normativos (antigos ou novos, brasileiros ou estrangeiros). No direito pátrio, de se notar que a sanção a atos que configurem improbidade administrativa, praticados por agentes públicos, encontra-se sedimentada em base constitucional, mais precisamente no art. 37, § 4º da Carta Constitucional.³⁰⁵

Assim prescreve a norma constitucional: “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Muito já se discutiu sobre qual a natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa, mas pela interpretação do próprio texto da CRFB/88 percebe-se a sua natureza cível, apta a proteger e sancionar quem violar um direito difuso, qual seja o atentado aos princípios da administração pública; causem enriquecimento ilícito do agente público; ou ainda, lesem o erário.³⁰⁶

Rafael Oliveira sustenta que:

³⁰³ ROQUE, André. Op. cit.

³⁰⁴ Ibidem.

³⁰⁵ SARAIVA, José Sérgio; TOFFANO, Marcelo. *Abrangência da Lei de Improbidade Administrativa*. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*. v. 9, n.1, jul. 2014, p. 135.

³⁰⁶ SILVEIRA, Sebastião Sérgio. *Aspectos processuais da lei de improbidade administrativa*. Disponível em: https://www.academia.edu/20309058/Alguns_aspectos_processuais_controvertidos_da_lei_de_improbidade_administrativa. Acesso em 23 jun 2019.

A tipificação dos atos de improbidade administrativa é, em regra, aberta e o rol de condutas elencadas para sua configuração é exemplificativo, pois os arts. 9.º, 10 e 11 da Lei 8.429/1992, ao elencarem determinadas condutas que são tipificadas como atos de improbidade, utilizam-se da expressão “notadamente”, o que demonstra que outras condutas também podem ser enquadradas nos referidos tipos de improbidade. A qualificação da conduta como ato de improbidade, nessa linha de raciocínio, depende da presença dos pressupostos elencados no caput das três normas jurídicas em comento.³⁰⁷

A ação de improbidade administrativa constitui-se em instrumento hábil a tutelar judicialmente condutas que configurem a improbidade, sejam perpetradas por administradores, sejam por terceiros, ensejando as consequentes sanções legais, objetivando salvaguardar o princípio da moralidade administrativa. Sem dúvida, é instrumento poderoso de controle judicial sobre atos lesivos ao patrimônio público.³⁰⁸

A Lei de Improbidade Administrativa traz consigo três medidas de caráter provisório, sendo elas a indisponibilidade dos bens (art. 7º); o sequestro de bens (art. 16); e o afastamento do agente público de seu cargo, emprego ou função (art. 20, parágrafo único). Interessa ao presente estudo a liminar de decretação de indisponibilidade dos bens, prevista no art. 7º da Lei 8.429/92.

Para parcela doutrinária trata-se, em verdade, de verdadeira tutela cautelar, a assegurar o resultado útil do processo, a qual necessita da demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para ser concedida, havendo fundados indícios de lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito.³⁰⁹ Nesse sentido, aponta Eduardo Lamy, ao afirmar que existe certa “falsidade” por parte da doutrina e

³⁰⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. E-book. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.p. 909. Nesse sentido, complementa Araújo: “Existe, também, uma terceira corrente doutrinária, a qual se filia José dos Santos Carvalho Filho, defensora da inexistência de diferença semântica entre o significado das expressões moralidade e probidade e que essas expressões podem ser utilizadas para o mesmo fim de preservação da moralidade administrativa. Essa terceira corrente doutrinária mostra-se mais coerente aos propósitos da Constituição, pois efetivamente não há necessidade de se distinguir os sentidos dos termos probidade e moralidade já que ambos buscam o mesmo objetivo que é a eficiência e zelo na administração e gestão do patrimônio público” in ARAÚJO, Renata Elisandra. *Os principais aspectos da lei de improbidade administrativa*. **Revista de Direito da PUC-PR**, 2014, passim.

³⁰⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. E-book. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.p. 1.197.

³⁰⁹ Ibidem, p. 1.224. No mesmo sentido, Cf. SILVEIRA, Sebastião Sérgio. **Aspectos processuais da lei de improbidade administrativa**. Disponível em: <https://www.academia.edu/20309058/Alguns_aspectos_processuais_controvertidos_da_lei_de_improbidade_administrativa>. Acesso em 23 jun 2019; e SARAIVA, José Sérgio; TOFFANO, Marcelo. *Abrangência da Lei de Improbidade Administrativa*. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. v. 9, n.1, jul. 2014, passim.

jurisprudência considerarem a indisponibilidade de bens como sendo tutela evidente, *verbis*:

Em primeiro lugar, as hipóteses de evidência são previstas em lei, e não há qualquer previsão legal que verdadeiramente fundamente liminares fundadas em evidência na espécie. Em segundo lugar, como decorre de lei, não há que se pensar em graus de evidência, pois a evidência não se prova; não se aquilata, não se mede. Ou a hipótese é de evidência por previsão legal, ou ela não é uma hipótese de evidência: não há que se falar em evidência na espécie, portanto. Por fim, as liminares de indisponibilização estão diretamente ligadas ao suposto risco de dilapidação patrimonial por parte do agente público caso estas não sejam deferidas. Tal circunstância demonstra, por si só, que o raciocínio utilizado para requerer e fundamentar a concessão de tais medidas não é e nunca foi de evidência do direito (matéria de direito), mas sim de risco de dano (matéria de prova), de modo que o fundamento de tais decisões liminares é a urgência e não a evidência.³¹⁰

Ainda assim, referida corrente doutrinária admite que a jurisprudência vem caminhando para a adoção de um chamado “*periculum in mora* presumido”, bastando para que se ocorra a prática do ato de improbidade para sua concessão, sendo que o requisito da urgência já viria implícito da Constituição Federal, em seu art. 37, § 4º.³¹¹ Ora, respeitado entendimento diverso, salvo melhor juízo, não existe presunção da urgência.

Ou a parte interessada demonstra que há perigo de dano, ou risco ao resultado útil do processo; ou não há urgência alguma a socorrer, consubstanciando-se em verdadeira e clara hipótese de tutela da evidência, donde apenas a demonstração do *fumus boni iuris*, aliada à previsão legal do art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa, já possibilita a imediata decretação de indisponibilidade de bens do agente processado.³¹²

Citando-se Daniel Penteado de Castro:

³¹⁰ LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 25.

³¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. E-book. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.p. 1.225-1.226. Nesse mesma linha de pensamento: “Não se pode olvidar, entretanto, que a ação cautelar somente será conhecida e provida se houver a comprovação dos pressupostos: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, o que significa que o autor deverá demonstrar a probabilidade da existência do seu direito e a necessidade de concessão imediata da cautelar a fim a afastar o risco efetivo de perecimento ou dilapidação dos bens durante o período de instrução processual da ação principal” in ARAÚJO, Renata Elisandra. **Os principais aspectos da lei de improbidade administrativa**. Revista de Direito da PUC-PR, 2014, passim.

³¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa*. **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**, p. 259.

Para essa espécie de tutela sumária também é o direito material que informa a necessidade de adequada prestação de tutela jurisdicional, a dispensar o requisito da urgência e, ao mesmo tempo, permitir sejam assegurados os efeitos práticos da decisão final, mediante a mera demonstração de determinados requisitos que mais se aproximam do *fumus boni iuris*.³¹³

No entendimento do STJ, julgado pelo rito dos repetitivos, prevaleceu a ideia de que a indisponibilidade dos bens é cabível nas situações em que restarem caracterizados fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato de improbidade, havendo o chamado *periculum in mora* implícito na Carta Magna. Seria um *periculum in mora* que milita em favor da própria sociedade, o que torna desnecessário que haja a demonstração de dilapidação patrimonial para que seja decretada, tão logo, a indisponibilidade dos bens do agente, “sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa”.³¹⁴

Portanto, se não há urgência a socorrer, nítido o caráter evidente da liminar que decreta indisponibilidade dos bens em ação de improbidade administrativa, devendo ser o entendimento pacificado pelo STJ, (concorde-se ou não com as diretrizes estabelecidas) aplicado pelos demais tribunais e juízes, por força do art. 927, III do CPC/2015.

3.6 Liminar de busca e apreensão em alienação fiduciária

A ação de busca e apreensão em alienação fiduciária se presta a tutelar a coisa dada em garantia para os contratos de alienação fiduciária, regulamentada pelo Decreto-Lei nº 911/1969, com as alterações da Lei 10.931/04, e é de uso exclusivo das instituições financeiras e consórcios. “As instituições financeiras e bancárias podem utilizar-se da alienação fiduciária para garantia de seus financiamentos. [...]”

³¹³ CASTRO, Daniel Penteado de. **Antecipação da tutela sem o requisito da urgência**: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil – Salvador: JusPodivm, 2017, p. 119.

³¹⁴ (STJ, REsp 1.366.721/BA, Relator p/Acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 26.02.2014, acórdão sujeito ao regime do artigo 543-C do CPC). Nesse mesmo sentido, leciona Gajardoni: “Há ainda, entre outras, as hipóteses: a) a decretação da indisponibilidade de bens no âmbito da improbidade administrativa (artigo 7.º da Lei n.º 8.429/1992), que, conforme jurisprudência pacificada (STJ, REsp 1.366.721/BA, Relator p/Acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 26.02.2014), é típico caso de tutela de evidência, como tal a dispensar prova de que o acusado esteja a dilapidar seu patrimônio (*periculum in mora*)” in GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015, passim.

em consórcio, é admissível a utilização da alienação fiduciária em garantia em suas operações, desde que estejam em consonância da Lei 5.768/71”.³¹⁵

Alienar fiduciariamente implica no contrato em que o devedor transfere ao credor a posse indireta e propriedade do bem, mantendo-se a posse direta com o alienante. Consubstancia-se em negócio jurídico de alienação, o qual se encontra subordinado a determinada condição resolutiva.

Liquidando-se a totalidade do débito garantido, a coisa alienada retorna automaticamente ao domínio pleno do devedor, ainda que não se dê uma nova declaração de vontade. Em sua essência, a alienação fiduciária admite uma dupla declaração de vontade: a de alienação, passando-se a coisa ao domínio do adquirente fiduciário; e o retorno da coisa à propriedade do alienante.³¹⁶ “De toda sorte, não se pode esquecer que a posse direta do bem fica com o devedor fiduciante, tendo o credor fiduciário a mera posse indireta, que decorre do exercício do direito dominial”.³¹⁷

Nos termos do Decreto-Lei nº 911/1969, a alienação fiduciária em garantia transfere ao credor a propriedade resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, ainda que não haja a tradição propriamente dita do bem, consubstanciando-se o alienante (ou devedor) em possuidor direto e depositário, tendo para si todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbirem. Exemplo comum do cotidiano forense diz respeito ao veículo que é adquirido mediante garantia fiduciária (“financiamento”): o devedor mantém-se possuidor da coisa, mas enquanto não saldar o débito assumido e que a colocou como garantia, não pode ter para si a propriedade transferida.³¹⁸

³¹⁵ MICHELLAZZO, Busa Mackenzie. **Da busca e apreensão na alienação fiduciária**: Teoria, Legislação, Jurisprudência e Prática. São Paulo: Lawbook. 2000, passim.

³¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. 3. Atual. Caitlin Mulholland. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 131-132.

³¹⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 756.

³¹⁸ Sobre o mesmo tema, Kumpel: “Na prática, a alienação Fiduciária de bens móveis é comum quando um comprador adquire um bem, normalmente um automóvel, a crédito e permanece como possuidor direto e depositário do mesmo, respondendo por todos os encargos civis e penais a ele relacionados. O credor, por sua vez, toma o próprio bem em garantia e a propriedade consolida em suas mãos com o inadimplemento da obrigação. O instituto é amplamente utilizado no Brasil, sobretudo, na compra de automóveis, como já dito. Neste caso, a alienação é registrada no documento de transferência do veículo (DUT) a fim de certificar (súmula 92 do STJ)” in KUMPEL, Vitor Frederico. *A lei 13.043, de 13 novembro de 2014: alterações no procedimento de alienação fiduciária de bens móveis*. **Portal Migalhas**. 25.11.2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI211815,101048-A+lei+13043+de+13+novembro+de+2014+alteracoes+no+procedimento+de>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

As vantagens oriundas desse método de garantia real sobre outros (tais como a hipoteca, por exemplo) advém dos menores requisitos burocráticos para a sua concretização. Quando se fala em hipoteca, não há a transferência de propriedade ao credor, pois o devedor retém a coisa, apenas sendo gravado o bem para garantir determinada obrigação, restando, ainda, o direito do devedor em alienar a coisa, ou mesmo oferece-la como garantia a outra dívida a terceiro. Já na alienação em garantia fiduciária, o devedor (também chamado de fiduciante), sendo proprietário de um bem imóvel, *v.g.*, aliena-o ao credor (fiduciário) a título de garantia. O credor permanece com o domínio da coisa, porém permanece com a posse indireta; o devedor mantém a posse direta e a detém na qualidade de depositário.³¹⁹

Vale dizer que a Lei 10.931/04 tinha como objetivo principal o estímulo ao mercado imobiliário, porém acabou também por trazer novas regras que alteram o processo de busca e apreensão consubstanciada na alienação fiduciária, quando em seu artigo 56, deu-se uma nova redação aos parágrafos do artigo 3º do Decreto-lei no 911/69. Concebeu-se e aprimorou-se referido instrumento visando agilidade e eficiência a este procedimento especial.³²⁰

Para a concessão da liminar nas ações de busca e apreensão prevista do Decreto-lei n. 911/69 devem ser atendidos dois simples requisitos: a comprovação da mora, recebimento da notificação por parte do devedor, e o inadimplemento do mesmo. Nota-se que segundo interpretação literal do dispositivo legal supramencionado, o requisito para a concessão da liminar seria apenas a comprovação da mora ou do inadimplemento do devedor.³²¹

Nos termos do art. 3º do referido diploma normativo, poderá o proprietário fiduciário, ou o credor, “desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo §

³¹⁹ PIMENTEL, Thais Oliveira de Moraes. *Vantagens da alienação fiduciária de bem imóvel em relação à hipoteca, como forma de garantia*. Portal migalhas. 30.01.2012. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI148800,21048-Vantagens+da+alienacao+fiduciaria+de+bem+imovel+em+relacao+a+hipoteca>>. Acesso em 28 jul 2019.

³²⁰ Nesse sentido: “Quanto à tutela do direito evidente no procedimento de busca e apreensão em alienação fiduciária [...] Os beneficiados por esta Lei, em sua grande maioria, são as instituições financeiras uma vez que o Lei confere segurança para suas atividades ao facilitar a busca e apreensão do bem gravado com alienação fiduciária. Claramente consiste em mais um lobby bem-sucedido do setor” in NAVEGA, Aracy Poli. **A tutela do direito evidente e as implicações da antecipação dos efeitos da tutela no atual cenário jurídico brasileiro**. Instituto Brasiliense De Direito Público - IDP Escola de Direito de Brasília – EDB. Trabalho de Conclusão de Curso – Especialização em Processo Civil. 2016, p. 26-27.

³²¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. E-book. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 parte geral, São Paulo: Forense, 2015, passim.

2º do art. 2º,³²² ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário”.

Percebe-se, dessa forma, que na “letra fria da lei”, basta que haja a comprovação do inadimplemento, ou ainda a mora, decorrente do simples vencimento do prazo para pagamento, a qual poderá ser comprovada por carta com aviso de recebimento (AR).³²³ Insta salientar que, com a alteração legislativa da Lei 13.043/2014, não mais se exige a assinatura pelo próprio destinatário, bastando que a notificação chegue a qualquer destino.

Nas palavras de Daniel Penteado de Castro:

O que se verifica nessa espécie de tutela jurisdicional diferenciada é a facilidade de o credor fiduciário obter tutela que autorize a busca e apreensão do bem em posse do devedor fiduciante, mediante a comprovação da constituição em mora [...] tal medida prescinde a demonstração da urgência e exige a comprovação do *fumus boni iuris* (existência do negócio fiduciário devidamente registrado e constituição do devedor em mora), e, por sua vez, proporciona demanda cognitiva célere, invertendo-se o contraditório em desfavor do devedor.³²⁴

De todo modo, raro encontrar na doutrina, ou na jurisprudência,³²⁵ entendimento que traga a necessidade de comprovação do *periculum in mora*, ou

³²² “A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário”.

³²³ Nesse sentido, confira-se julgado do STJ sob o rito dos repetitivos: “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE AUTOMÓVEL COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL REALIZADA POR CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS SITUADO EM COMARCA DIVERSA DA DO DOMICÍLIO DO DEVEDOR. VALIDADE. 1. A notificação extrajudicial realizada e entregue no endereço do devedor, por via postal e com aviso de recebimento, é válida quando realizada por Cartório de Títulos e Documentos de outra Comarca, mesmo que não seja aquele do domicílio do devedor. Precedentes. 2. Julgamento afetado à Segunda Seção com base no procedimento estabelecido pela Lei nº 11.672/2008 (Lei dos Recursos Repetitivos) e pela Resolução STJ nº 8/2008. 3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 1184570/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/05/2012, DJe 15/05/2012).

³²⁴ CASTRO, Daniel Penteado de. **Antecipação da tutela sem o requisito da urgência**: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil – Salvador: JusPodivm, 2017, p. 121. No mesmo sentido: Nesse ponto a Lei 13.043/2014 não inova, pois continua permitindo a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente. Note-se que o verbo *ser* está no modo imperativo (a busca e apreensão *será* concedida liminarmente) [...] O curioso é que a liminar de busca e apreensão geralmente não está vinculada ao requisito da urgência” in SANTOS, Silas Silva. **Breves anotações sobre a Lei 13.043/2014**: alienação fiduciária de bem móvel. Disponível em: < <https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/DireitoEmpresarial/25054?pagina=1>>. Acesso em 21 mai 2019.

³²⁵ “Como resulta do artigo 2º, § 2º, do Decreto-lei 911/69 com a redação dada pela Lei 13.043 de 2014, a formal constituição em mora se opera por meio de notificação do devedor “por carta registrada com aviso de recebimento”, enviada pelo próprio credor ou por intermédio de cartório. Na espécie o réu foi constituído em mora por meio de notificação enviada pelo Correio, que textualmente registrou ter sido a carta entregue ao destinatário (fls. 26/27 do processo de origem). O autor, é verdade, informou que

seja, do perigo na demora da concessão da liminar, para que haja o deferimento da imediata busca e apreensão da coisa alienada fiduciariamente, da qual não esteja sendo devidamente cumprido o negociado. Uma vez constada a mora, ou ainda o vencimento da parcela, tem direito o credor fiduciário a demandar a imediata restituição da coisa dada em garantia e, somente após a liminar, terá o devedor oportunidade de se defender.

Daí de se imaginar que se a citação ocorresse antes da liminar, o procedimento especial ora em lume seria falho em sua eficácia, abrindo-se espaço para que o requerido aja de má-fé e impeça a conclusão da ação (que visa a imediata retomada da coisa). Imperioso, portanto, que na ação de busca e apreensão a citação só seja feita depois da efetivação da liminar.

3.7 Liminar de desocupação nas ações de despejo

Nos termos do art. 5º, *caput*, da Lei 8.245/91 (Lei do Inquilinato), seja qual for o motivo do fim da locação, a ação pra reaver o imóvel será a ação de despejo, procedimento com características especiais, mas que observa, em grande parte, o Procedimento Comum (art. 318 e ss. do CPC/2015). De fato, naquilo que dispuser a Lei de Locação, será observada seu caráter especial, aplicando-se os dispositivos do CPC naquilo que não conflitarem as normas. A ação de despejo é, portanto, “o meio processual pelo qual se desfaz o vínculo contratual, obrigando o locatário a desocupar o imóvel. Lembre-se de que essa desocupação compulsória determinada na ação se dirige também a qualquer ocupante do imóvel, ligado ao locatário, especialmente o sublocatário, a quem se atribui direito de participar do processo”.³²⁶

Sem dúvidas, uma das especialidades que a Lei nº 8.245/91 traz é, justamente, a possibilidade de pedido liminar de desocupação compulsória do imóvel nos casos disciplinados no art. 59, § 1º, incisos I a IX do referido diploma normativo.

a notificação fora realizada em local diverso do indicado no contrato ante a mudança de endereço do réu notificada nos cadastros da empresa, tanto que ele recebeu a carta conforme a informação prestada pelo Correio. Logo, não podia o juízo de antemão negar valor aos documentos que acompanharam a petição inicial. Assim, caso não era de se negar a validade formal da constituição em mora. E porque presentes estavam os requisitos legais, defere-se agora a liminar de busca e apreensão, restando confirmado o efeito ativo concedido ao início do processamento do agravo. Dá-se provimento ao recurso.” (TJSP; Agravo de Instrumento 2157925-64.2019.8.26.0000; Relator (a): Arantes Theodoro; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/08/2019; Data de Registro: 09/08/2019).

³²⁶ VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Lei do inquilinato comentada**: doutrina e prática. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2014, p. .293-294.

Segundo referida disposição legal, “conceder-se-á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo”:

I - o descumprimento do mútuo acordo (art. 9º, inciso I), celebrado por escrito e assinado pelas partes e por duas testemunhas, no qual tenha sido ajustado o prazo mínimo de seis meses para desocupação, contado da assinatura do instrumento;

II - o disposto no inciso II do art. 47, havendo prova escrita da rescisão do contrato de trabalho ou sendo ela demonstrada em audiência prévia;

III - o término do prazo da locação para temporada, tendo sido proposta a ação de despejo em até trinta dias após o vencimento do contrato;

IV - a morte do locatário sem deixar sucessor legítimo na locação, de acordo com o referido no inciso I do art. 11, permanecendo no imóvel pessoas não autorizadas por lei;

V - a permanência do sublocatário no imóvel, extinta a locação, celebrada com o locatário.

VI – o disposto no inciso IV do art. 9º, havendo a necessidade de se produzir reparações urgentes no imóvel, determinadas pelo poder público, que não possam ser normalmente executadas com a permanência do locatário, ou, podendo, ele se recuse a consenti-las; (Incluído pela Lei nº 12.112, de 2009)

VII – o término do prazo notificadorio previsto no parágrafo único do art. 40, sem apresentação de nova garantia apta a manter a segurança inaugural do contrato; (Incluído pela Lei nº 12.112, de 2009)

VIII – o término do prazo da locação não residencial, tendo sido proposta a ação em até 30 (trinta) dias do termo ou do cumprimento de notificação comunicando o intento de retomada; (Incluído pela Lei nº 12.112, de 2009)

IX – a falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento, estando o contrato desprovido de qualquer das garantias previstas no art. 37, por não ter sido contratada ou em caso de extinção ou pedido de exoneração dela, independentemente de motivo. (Incluído pela Lei nº 12.112, de 2009)

Em verdade, parte da doutrina, e até mesmo o STJ, já se pronunciou no sentido de se tratar de rol não taxativo de hipóteses legais de tutela provisória nas ações de despejo, incidindo-se hipóteses de tutela de evidência ou urgência aplicáveis, subsidiariamente, quando não houver conflito de normas entre o CPC/2015 e o regramento do inquilinato.³²⁷ Já à vigência do CPC/73 se pregava essa possibilidade de aplicação, inclusive por meio do emprego do art. 273 daquele código, antecipando-se a tutela, ainda que não houvesse as condições do §1º insertas na

³²⁷ STJ, REsp n. 1.207.161-AL, 4ª Turma, j. 08-02-2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão)

causa de pedir da demanda. Sem dúvidas que referido entendimento deva prevalecer à luz do CPC/2015.³²⁸

Interpretando-se a literalidade do dispositivo, bem se vê que inexistente a necessidade de demonstração do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, do *periculum in mora*. Em virtude disso, entende-se se tratar de verdadeira hipótese de tutela da evidência, em que, encaixando-se numa das situações previstas no art. 59, § 1º da Lei 8.245/91, e cumprindo os requisitos da prestação de caução no valor de 03 (três) alugueres, o locatário será obrigado a desocupar o imóvel no prazo legal de 15 (quinze) dias, independentemente de o locador demonstrar *periculum in mora* para a concessão da tutela.³²⁹

Para Almeida Guilherme, a liminar, notoriamente, em nada se confunde com tutela antecipada, vez que nada tem em comum com a extinção da relação *ex locato* – ou seja, não se trata de medida satisfativa propriamente dita -, mas tão somente tem por objetivo a desocupação do imóvel, para que sejam discutidas demais matérias relativas ao contrato *a posteriori*. Para o autor, ainda, o caráter *inaudita altera parte* da medida se faz necessário, em razão da possibilidade de frustração do objetivo da proteção ao locador que a lei do inquilinato conferiu.³³⁰

Nos ensinamentos de Venosa,

Essa desocupação liminar não se insere propriamente nos poderes gerais de cautela do juiz. Tal medida liminar está tratada fora do processo cautelar propriamente dito. Trata-se de providência determinada pelo juiz mediante o depósito de caução, nos próprios autos do processo de conhecimento. A execução dessa liminar processa-se de plano, mediante simples mandado judicial [...] A natureza dessa liminar, de natureza cautelar evidente, aproxima-se das liminares concedidas nas ações possessórias. Aqui, como lá, antecipa-se o resultado final da contenda, em prol da celeridade da prestação jurisdicional, justificada pela evidência e limpidez do direito em que se funda a ação.³³¹

Assim, também, já decidiu o TJ/SP, senão vejamos:

³²⁸ MIRANDA, Gilson Delgado. **A ampliação das hipóteses do despejo antecipado**, p. 590-591. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc30.pdf?d=636808166395003082>.> Acesso em 25 mai 2019.

³²⁹ CASTRO, Daniel Penteadó de. **Antecipação da tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil** – Salvador: JusPodivm, 2017, p. 120.

³³⁰ ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando do Vale. **Comentários da lei nº8.245, de 18 de Outubro de 1991**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 80.

³³¹ VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática**. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2014, p. .295-296.

No caso presente, após diversas tentativas infrutíferas de notificação extrajudicial da locatária, a agravada ingressou com notificação judicial para denúncia do contrato. Embora conste certidão do oficial de justiça de cumprimento do mandado positivo, lavrada em 26/4/2019, é certo que a notificação judicial da agravada foi efetivamente recebida em 16/4/2019, quando teve ciência de seu teor, conforme data e assinatura apontada às fls. 144, que atingiu o fim pretendido da notificação premonitória, sendo a ação de despejo interposta em 21/5/2019. Posto isto, tendo a presente ação sido proposta dentro de 30 dias depois de esgotado o prazo do cumprimento da notificação, além de a agravante ter prestado a caução equivalente a 03 (três) meses de aluguel (fls. 151/2), tem-se por preenchidos os requisitos legais; assim, de rigor o deferimento da liminar, a fim de que a locatária desocupe o imóvel no prazo legal.³³²

Destarte, a liminar de desocupação fundada no § 1º do art. 59 da Lei do Inquilinato consubstancia verdadeira hipóteses de tutela de evidência, na medida em que não exige a demonstração pelo requerente do *periculum in mora* na prestação jurisdicional, caracterizando instrumento efetivo para tutela de direito, principalmente nos casos em que demonstrado o descumprimento da notificação extrajudicial de desocupação; ou a falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento (incisos VII e IX do referido diploma).

³³² (TJSP; Agravo Interno Cível 2119382-89.2019.8.26.0000; Relator (a): Melo Bueno; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 33ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/08/2019; Data de Registro: 06/08/2019).

CONCLUSÃO

Ao final de todo o esposado, crê-se que se fazem necessárias as devidas ponderações a respeito dos objetos perseguidos pela pesquisa. Acredita-se, tal qual proposto no início da pós-graduação, que o trabalho conseguiu atingir a sua finalidade, estabelecendo balizas concretas e de relevante aplicabilidade prática no tocante à diferenciação entre tutelas de urgência e de evidência.

Notável que o direito processual não deve ser estudado longe do direito material. Obviamente que se tratam de vertentes distintas entre si, mas estudar o processo sem se atentar para o objetivo de proteção ou realização de determinado direito substancial é negar sua própria razão de ser, seu objetivo precípua. Nesse sentido, viu-se que o tempo que a relação jurídico-processual demora para se dissolver é fator importantíssimo ao estudo da sistemática processual, mormente em termos de garantia ou afirmação de direito material.

Isso porque, no plano fático, determinadas situações podem ensejar uma impossibilidade de restabelecimento do *status quo ante*, ou seja, o estado anterior à violação/afirmação da norma, ainda que o processo corra normalmente. O tempo que demora para ser julgado já seria suficiente, em determinadas hipóteses, para causar dano às partes, ou ainda, tornar ineficiente a concessão da tutela, ou até mesmo imprestável a tutela judicial definitiva.

Rememore-se os casos em que há negativa do plano de saúde em cobrir determinada cirurgia emergencial, donde a única solução possível, visando o bem-jurídico vida em sopeso ao patrimônio, a concessão de uma tutela imediata que obrigue a realização do ato, deixando para *posteriori* a discussão da legalidade da cobertura, a qual, se negada, poderá ser compensada em pecúnia.

E é exatamente em razão de situações similares a esta que o constituinte estabelece como garantias fundamentais que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV da CRFB/88); e “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII da CRFB/88).

A tutela provisória, portanto, possui balizas constitucionais e existiriam, ainda que o CPC/2015 as tivesse suprimido em seu texto, pois são decorrentes de interpretação constitucional, a assegurarem ao interessado que não haja ameaça a

lesão a seu direito; e que seja respeitada a razoável duração do processo. Esta, aliás, mais conectada, por parte da doutrina, com as hipóteses de evidência; já aquela, mais coaduna com a ideia da tutela de urgência, da existência do *periculum in mora*.

O CPC/2015 traz uma nova sistematização da Tutela Provisória, encaixando em disposições comuns tutelas cautelares e antecipatórias, numa mesma “classe” denominada Tutela de Urgência; além de trazer expresso, pela primeira vez, a tipificação de Tutela da Evidência, estabelecendo o art. 311 como dispositivo regulamentar. Bem se vê que o intuito do legislador foi tentar “simplificar” a questão das cautelares, reunindo-as no “poder geral de cautela” do julgador (art. 297 do CPC/2015), sendo que será avaliado pelo magistrado, caso a caso, qual a melhor medida para efetivação ou salvaguarda de determinado bem-jurídico.

Apesar de colocar como requisitos comuns às tutelas urgentes (cautelar ou antecipada) a probabilidade de direito (*fumus boni iuris*), e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*); o próprio CPC/2015 manteve diferentes procedimentos para cada uma.

Na tutela antecipada, aquela que tem por característica prover à parte interessada, a título provisório, em sua totalidade ou em partes, o provimento final de mérito; o legislador acabou por trazer a possibilidade de seu requerimento anteriormente ao processo, além da possibilidade de estabilização dessa tutela quando não houver recurso pelo réu (artigos 303 e 304 do CPC/2015 - tema polêmico que demanda, inclusive, estudo acadêmico próprio).

Já no tocante às cautelares, aquelas que tem como razão de ser a garantia da própria efetividade do processo em si, mas não entregam a satisfação de mérito almejada pela parte (sequestro, arresto, etc.), também se criou a possibilidade de seu requerimento antecedente ao pedido principal (artigos 305 a 310 do CPC/2015).

Apesar de não haver previsão legal, admite-se o uso das tutelas satisfativas autônomas de urgência, também denominada por certos setores da doutrina como sendo “cautelares satisfativas” (com o que se discorda). Mesmo que sua concessão se dê em cognição sumária, essas tutelas “bastam em si mesmas”, tornando-se desnecessário o ajuizamento de ação posterior com pedido principal, ou mesmo confirmação por sentença. Pegue-se, novamente, como exemplo o deferimento de uma liminar que autoriza um cavalo de raça e “campeão” a ser liberado na alfândega para participar de uma competição que ocorrerá no fim de semana. Caso, após exame em cognição exauriente, seja constatado que não se poderia liberar o semovente,

nada poderá ser feito, pois já terá participado da competição, satisfazendo totalmente a pretensão do requerente com a concessão do provimento sumário.

A tutela da evidência, de outra banda, visa combater o chamado *dano marginal do processo*, caracterizado pela demora na solução da lide. A parte é prejudicada por duas vias “marginais”: a não concessão/garantia de seu direito; e a demora na confirmação em razão da situação processual em que se encontra. Um dos objetivos do direito evidente passa a ser, dessa maneira, a “inversão do ônus do tempo”, ou seja, com a concessão da tutela considerada como evidente, esse *dano marginal* ocasionado pela demora na solução da lide passa a prejudicar a outra parte, em virtude do encaixe numa das hipóteses legais.

Como metodologia do presente estudo, estabeleceu-se que as tutelas da evidência seriam classificadas em dois “subgrupos”: aqueles presentes no rol do art. 311 do CPC/2015, nomeadas como “típicas”, “explícitas”, ou “expressas” de evidência. Também se chegou ao entendimento de que a principal diferença existente entre a tutela de urgência e a tutela de evidência consiste na desnecessidade de demonstração do *periculum in mora*, nesta última. Basta a probabilidade do direito, verossimilitude das alegações fáticas e jurídicas, aliada a uma previsão legal de concessão, para que se considere determinada tutela evidente.

Naquelas previstas no art. 311 do CPC/2015, a primeira é atinente ao mau uso, de maneira manifesta, pela parte dos seus meios de defesa, meios de manifestação/impugnação. Já a segunda hipótese consiste na tutela concedida com base em prova documental e entendimento consubstanciado em precedente qualificado, apto a formar jurisprudência nos moldes do “microsistema de precedentes” (nomeado por alguns) do CPC/2015. A terceira “ressuscitou” o contrato de depósito, tornando-se meio eficaz de retomada da coisa depositada após ter sido decretada ilegal, pelo STF, a prisão civil do depositário infiel (em congruência com os Tratados Internacionais assinados pelo país). Por fim, estabeleceu-se que em situações onde a prova documental juntada pelo autor, quando não opostas em dúvida razoável pelo réu, poderá ensejar a concessão.

Tendo como premissa metodológica de que a caracterização da tutela da evidência consiste na soma dos requisitos “probabilidade do direito” e “prévia existência legal”, de se notar que, fora do rol do art. 311 do CPC/2015; e até mesmo fora da Lei 13.105/2015, há situações que se caracterizam como tutela evidente. E

assim o eram, também na vigência do CPC/73 – como se pôde observar -, eis que naquele códex já era prevista tal modalidade.

A liminar em ação possessória (art. 562 do CPC/2015) exige a comprovação do esbulho ou turbação, e que estas tenham ocorrido dentro de ano e dia (antigamente chamada ação de força nova). Em nenhum momento se fala da urgência, do requisito do *periculum in mora*, o que a caracteriza como tutela de evidência.

Também a liminar em embargos de terceiro (art. 678 do CPC/2015) não demanda a comprovação da urgência para ser concedida. Basta que o terceiro, o qual teve sobre seu bem, lançada constrição judicial, em tese, de maneira equivocada; comprove a posse ou domínio sobre a coisa, para que o juiz conceda a liminar de suspensão da constrição.

A tutela da evidência recursal decorre de uma interpretação conjunta dos artigos 932, 1.012, 1.022 e 1.026 do CPC/2015, e, basicamente, reforça a possibilidade de se conceder tutela da evidência pelo relator, ainda que não seja de maneira colegiada, por meio de decisão monocrática. No caso da sentença que, por força de lei, tiver execução imediata, poderá a parte pleitear em sede recursal o pedido suspensivo da eficácia mediante tutela evidente, desde que prove a probabilidade do direito e o encaixe numa das hipóteses legais.

Em matéria de improbidade administrativa, o STJ já pacificou entendimento de que há uma espécie de *periculum in mora* presumido, ensejando a decretação de indisponibilidade dos bens do agente infrator dissociada da comprovação de efetiva dilapidação de patrimônio. Consiste, pois, em legítima hipótese de tutela de evidência, em que se despreza o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

A liminar de busca e apreensão em alienação fiduciária também decorre de simples adequação do caso concreto à norma para que seja decretada a imediata perda da posse do bem pelo devedor. Por fim, nas ações de despejo, possível que haja o requerimento de desocupação liminar, no prazo de 15 (quinze) dias, sem que haja a necessidade de demonstração da urgência para essa concessão.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando do Vale. **Comentários da lei nº8.245, de 18 de Outubro de 1991**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ANDOLINA, Italo. **Cognizione ed Esecuzione Forzata nel Sistema della Tutela Giurisdizionale**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1983.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modelo costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni**. Torino: Giappichelli editore, 1990..

ARAÚJO, F. C.; GAJARDONI, F. F; MEDINA, J. M. G. **Procedimentos cautelares e especiais**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ARAÚJO, Renata Elisandra. *Os principais aspectos da lei de improbidade administrativa*. **Revista de Direito da PUC-PR**, 2014.

ARENHART, S.C; MARINONI, L. G; MITIDIERO, D. E-book. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. 3 ed. São Paulo: RT, 2017.

Article 484. “L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires” in FRANCE. Version consolidée au 1 janvier 2018. **Code de procédure civile**. Disponível em:

<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>.

Acesso em: 15 jun. 2018.

AZEVEDO, Julio Camargo de. **Pode o defensor negar defesa por pretensão contrária a precedente (parte 2)?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-30/tribuna-defensoria-defensor-negar-defesa-pretensao-contraria-precedente>>.

Acesso em 20 mai 2019.

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

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 jun. 2018.

BUENO, Cássio Scarpinella [coord.]. **Comentários ao código de processo civil**, vol. 3, São Paulo, Saraiva, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. E-book. **Manual de direito processual civil:** inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015, São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. **A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo código de processo civil.** In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). *Novas tendências do processo civil.* Salvador: Jus Podivm, 2013.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares.** Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CALAMANDREI, Piero. **La casacion civil:** bosquejo general del instituto. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo,** Napoli, Morano, 1953-1958, n. 232.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. E-book. **Manual de direito administrativo.** 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.p. 1.197

CARVALHO, João Victor Carloni de. **A Defensoria Pública na tutela dos direitos e interesses transindividuais:** uma análise sobre a efetividade do acesso à justiça. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca. Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Franca [s.n], 2016.

CARVALHO, João Victor Carloni de; COSTA, Yvete Flávio da. *A “taxatividade mitigada” do rol de cabimento do agravo de instrumento e seus possíveis impactos no sistema processual.* **Revista de Estudos Jurídicos da Unesp,** ano 23, v. 37 – jan - jun., 2019, no prelo.

CARVALHO, João Victor Carloni de; COSTA, Yvete Flávio da. *Efeitos vinculantes e “erga omnes” em declaração incidental de inconstitucionalidade: mutação constitucional do art. 52, X da Constituição?* **Revista Publicum.** Rio de Janeiro, v.4, n.1, 2018.

CASTRO, Daniel Penteado de. **Antecipação da tutela sem o requisito da urgência:** panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil – Salvador: JusPodivm, 2017.

CASTRO, Daniel Penteado de. *Tutela da evidência em grau recursal,* 22/02/2018. **Portal migalhas:** cpc na prática. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI274888,31047-Tutela+da+evidencia+em+grau+recursal>>. Acesso em 25 mai. 2019.

COSTA, Bruno Vinícius da Rós Bodarte da. **Tutela da evidência - a análise econômica do Direito Processual de riscos.** 2012. 165f. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

COSTA, Thiago Affonso de Araujo. **A Tutela de Evidência no novo Código de Processo Civil**. 2015. 65 f. Monografia de pós-graduação “latu senso”, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP/ USP, Ribeirão Preto, 2015.

DIDIER Jr., Fredie. E-book. **Curso de Direito Processual Civil vol. I: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 16ª ed. Salvador: jusPODVIM. 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2015

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: volume II** – 7 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: direito das coisas**. Vol 4. 29 ed, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo código de processo civil comentado (Lei no 13.105, de 16 de março de 2015): análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73**– São Paulo: Atlas, 2015, p. 229.

DOTTI, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert (Coord.). **Código de Processo Civil: comentado**. Curitiba: OAB/PR, 2013

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil. Contratos, Teoria Geral e Contratos em Espécie**. Vol 4. 7. Ed. Salvador: JusPodivm. 2017.

FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes**. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência: (fundamentos da tutela antecipada)** – São Paulo: Saraiva, 1996.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *“Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro”*. **Repro (Revista de Processo)**. Vol. 254 (Abril 2016), 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al] **Execução e recursos: comentários ao CPC 2015** – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al E-book. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 parte geral**, São Paulo: Forense, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença: Comentários ao Cpc de 2015 - Vol. 2**. São Paulo: Método, 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A ressurreição da ação de depósito no novo cpc. **Jota** Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/novo-cpc-ressurreicao-da-acao-de-deposito-02032015>. Acesso em 22 mai 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; LEITE, Sara Ribas Ortigosa. *Breve análise empírica da Tutela de Evidência (art. 311 do Código de Processo Civil) no âmbito do TJSP. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 1. Janeiro a Abril de 2019.

JOMMI, Alessandro. Il référé provision: ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatória in Itália. Torino: G. Giappihelli, 2005, p. 5. In: PAIM, Gustavo Bohrer. **O référé francês. Revista de Processo**. Repró 203. Ano 37. Janeiro 2012. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. Revista dos Tribunais.

KUMPEL, Vitor Frederico. *A lei 13.043, de 13 novembro de 2014: alterações no procedimento de alienação fiduciária de bens móveis. Portal Migalhas*. 25.11.2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI211815,101048-A+lei+13043+de+13+novembro+de+2014+alteracoes+no+procedimento+de>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

KUTEN, Carlos Eduardo. *Tutela da evidência pode afastar suspensividade do recurso de apelação. Revista Consultor Jurídico*, 9/02/2017, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-09/carlos-kuten-tutela-evidencia-recurso-apelacao-civel#author>>. Acesso em 25 mai. 2019.

LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018.

LISBOA, Cláudia Fabiana. **Morosidade no Judiciário: afinal, de quem é a culpa?**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI133618,51045-Morosidade+no+Judiciario+afinal+de+quem+e+a+culpa> . Acesso em 10 jun. 2018.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Tutela Antecipada Sancionatória**: art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2006.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**: (de acordo com o Novo CPC). 5 ed. São Paulo: Editora Castro Lopes, 2016.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Liminar em embargos de terceiro. **Jota**. Disponível em : <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/embargos-de-terceiro-e-defesa-do-executado-02102017>>. Acesso em 25 jun 2019.

MARCHESI, Arthur Gouveia. **Precedentes judiciais como instrumento de segurança jurídica e sua aplicação conforme o novo cpc**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. E-book. **Tutela de urgência e da evidência**: soluções processuais diante do tempo e da justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENCHINI, Sergio. **Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso Il superamento della necessita dell`acertamento com autorità di giudicato**. Rivista di Diritto PROcessuale, vol. 61 (2ª série), n.1, p869-902. Padova: Cedam, fern.-mar. 2006, p.871. In: ANRADE, Erico. *A técnica processual da tutela sumária no direito italiano*. *Revista de Processo*. Repr 179. Ano 35. Janeiro 2010. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. Revista dos Tribunais.

MENDES, Matheus Nathan. *“Comentários acerca do Instituto da Tutela da Evidência em consonância com o novo Código de Processo Civil”*. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 02, n. 04, 193-202, out./dez. 2017.

MICHELLAZZO, Busa Mackenzie. **Da busca e apreensão na alienação fiduciária: Teoria, Legislação, Jurisprudência e Prática**. São Paulo: Lawbook. 2000.

MIRANDA, Gilson Delgado. **A ampliação das hipóteses do despejo antecipado**, p. 590-591. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc30.pdf?d=636808166395003082>.> Acesso em 25 mai 2019.

NAVEGA, Aracy Poli. **A tutela do direito evidente e as implicações da antecipação dos efeitos da tutela no atual cenário jurídico brasileiro**. Instituto Brasiliense De Direito Público - IDP Escola de Direito de Brasília – EDB. Trabalho de Conclusão de Curso – Especialização em Processo Civil. 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: RT, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. E-book. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. E-book. **Manual de direito processual civil**. volume único – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. E-book. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969, ratificado pelo Brasil em 1992, Disponível em : <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>, Acesso em 22 mai 2019.

PAIM, Gustavo Bohrer. **O référé francês**. *Revista de Processo*. Repr 203. Ano 37. Janeiro 2012. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. Revista dos Tribunais.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – Vol. III / Atual. Caitlin Mulholland. – 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PIMENTEL, Thais Oliveira de Moraes. *Vantagens da alienação fiduciária de bem imóvel em relação à hipoteca, como forma de garantia*. **Portal migalhas**. 30.01.2012. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI148800,21048-Vantagens+da+alienacao+fiduciaria+de+bem+imovel+em+relacao+a+hipoteca>>. Acesso em 28 jul 2019.

RANÑA, Leonardo Fernandes. *O novo Código de Processo Civil e os meios de obtenção de tutelas provisórias na fase recursal – Breves comentários sobre as inovações trazidas pelo novo ordenamento*. **Revista de Processo (RePro)**. Vol. 255, maio 2016.

RAVI, Peixoto. *O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing)* **Revista de Processo - RePro** v. 248 (OUTUBRO/2015), 2015.

RODRIGUES, Marco Antonio; RANGEL, Rafael Calmon. A tutela de evidência como técnica de atuação judicial, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 271, ano 42, set. 2017.

ROQUE, Andre Vasconcelos. *Uma tutela nada evidente: a tutela da evidência recursal*. **Jota**, 21.12.2015. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/uma-tutela-nada-evidente-a-tutela-da-evidencia-recursal-21122015>>. Acesso em 21 mai 2019.

SANTOS, Silas Silva. **Breves anotações sobre a Lei 13.043/2014: alienação fiduciária de bem móvel**. Disponível em: <<https://epm.tjsp.ius.br/Artigo/DireitoEmpresarial/25054?pagina=1>>. Acesso em 21 mai 2019.

SARAIVA, José Sérgio; TOFFANO, Marcelo. *Abrangência da Lei de Improbidade Administrativa*. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. v. 9, n.1, jul. 2014.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil, vol 2: processo cautelar (tutela de urgência)**. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Sabrina; TRENTIN, Fernanda. *A tutela da evidência no novo código de processo civil*. **Revista Interfaces Científicas – Direito**. Aracaju. V.4. n.3 (p. 81 – 96). Jun. 2016.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio. **Aspectos processuais da lei de improbidade administrativa**. Disponível em:

<https://www.academia.edu/20309058/Alguns_aspectos_processuais_controvertidos_da_lei_de_improbidade_administrativa>. Acesso em 23 jun 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. E-book. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. E-book. **Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais**. vol. 2. 50. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. E-book. **Curso de Direito Processual Civil – Execução forçada; Processos nos Tribunais; Recursos; Direito Intertemporal – vol. III**. 47. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENOSA, Silvio de Sálvio. **Lei do inquilinato comentada**: doutrina e prática. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. E-book. **Breves comentários do código de processo civil**. 1 ed. São Paulo: RT, 2015.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et AL (Coord.). *Participação e Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Perfil, 1999.

XAVIER, Bárbara Alves. *Ações possessórias*. **Série Aperfeiçoamento de Magistrados**. Curso: Processo Civil - Procedimentos Especiais, Rio de Janeiro: EMERJ, 2015.

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