

Uma visão geral da tutela provisória no NCPC

Anselmo Prieto Alvarez¹

Sumário: 1 – Considerações iniciais; 2 – Conceito; 3 – A tutela provisória no CPC de 1973 e no NCPC; 4 – Espécies; 4.1 – Tutelas provisórias de urgência (tutela antecipada e tutela cautelar); 4.2 – Tutelas provisórias de evidência; 4.3 – Tutelas diferenciadas; 4.4 – Tutelas provisórias contra o Poder Público; 5 – Regime jurídico; 6 – Procedimentos para a concessão das tutelas provisórias; 6.1 – Caráter incidente; 6.2 – Caráter antecedente; 6.2.1 – Tutela antecipada e sua estabilização; 6.2.2 – Tutela cautelar; 7 – Considerações finais; Referências bibliográficas.

1. Considerações iniciais

Um dos principais instrumentos existentes no Estado Social Democrático de Direito que visa garantir a razoável duração do processo na busca da efetividade da prestação da tutela jurisdicional, de modo a torná-la adequada, é o das tutelas provisórias.

A tutela provisória deve ser considerada como toda espécie de manifestação judicial proferida antes da resolução definitiva do conflito de interesses, que tenha como objetivo conceder prestação jurisdicional ao litigante, suscetível de gerar efeitos imediatos, ou de ser, de plano, executada ou cumprida. Visa a preservação do resultado útil do processo ou a fruição total ou parcial da pretensão meritória buscada pela parte, com vistas a contemplar situação jurídica conflituosa, aparentemente, favo-

1 Procurador do Estado de São Paulo. Professor de Processo Civil nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da PUC/SP. Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra-PT.

rável àquele que se apresenta como lesado, afastando, assim, a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação que possa, eventualmente, acometê-lo.

A terminologia a ser utilizada para descrever o fenômeno em análise sofre variações dependendo do sistema jurídico que a adota – por exemplo, no Brasil, com o NCPC de 2015, assim como no âmbito da EU (União Européia), a expressão usada é “tutela provisória”; por outro lado, o NCPC português de 2013 faz uso da terminologia “cautelares”. A doutrina, também, traz expressões variadas para designar a hipótese em comento, a saber: tutela de urgência; tutela de evidência; providência cautelar; medida de segurança; medida de precaução; medida de garantia; ações preventivas; medidas cautelares etc.²

As tutelas provisórias desempenham papel importantíssimo para o afastamento dos nefastos efeitos causados pela morosidade temporal no desfecho da prestação jurisdicional por meio do processo, pois elas têm como objetivo conceder de imediato em situações específicas, e não somente após a finalização do devido processo legal, alguma providência, como, por exemplo, a realização de atos de constrição de bens (arresto); a própria tutela meritória pretendida por quem promoveu o acesso à Justiça, ou, ainda, quaisquer dos seus efeitos; evitando assim que as delongas processuais gerem aos lesados danos irreparáveis ou de difícil ou incerta reparação³.

As tutelas provisórias são espécie de concessão de jurisdição que visa dar efetividade à tutela definitiva. Ora, a preocupação da tutela provisória, portanto, é de assegurar que a tutela principal que se persegue durante o transcorrer do processo não caia no vazio, antes de se culminar na prolação da sentença definitiva. Dessa forma, é possível afirmar que a tutela provisória é tão ou mais importante do que a tutela

2 Eduardo J. Couture. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 262.

3 J.J. Gomes Canotilho pondera que: “[...] As delongas processuais justificarão algumas vezes a imperatividade de medidas provisórias ou cautelares não só para garantir o direito à tutela judicial (cfr. art. 381º do Cód. Proc. Civil, onde se consagra expressis verbis uma cláusula geral de tutela cautelar e os arts. 112ª e ss. do Cód. Proc. Trib. Adm. Referentes aos processos cautelares), mas também para impedir que a duração do processo origine prejuízos irreparáveis que não poderiam ser evitados ou corrigidos pela decisão judicial ulterior.” *Constituição da República Portuguesa Anotada-vol. I*, p. 417

definitiva, pois, sem ela, o direito à prestação jurisdicional seria totalmente ilusório e irreal, que sequer valeria a pena dar início ao processo de conhecimento ou de execução, já que não seria efetivo para dar uma resposta ao direito violado, objeto do acesso à Justiça por parte do lesado ou ameaçado⁴.

Adiante serão estudadas as tutelas provisórias como mecanismos para se atingir a efetividade da prestação jurisdicional, do ponto de vista temporal.

2. Conceito

No Brasil, a tutela provisória pode ser conceituada como a categoria de prestação jurisdicional concedida pelo Estado-Juiz ao lesado, por urgência ou evidência, antes da conclusão do devido processo legal, de caráter conservatório ou antecipativo, dada a situação de verossimilhança da controvérsia em favor do prejudicado. Caso se aguarde a concessão definitiva da tutela jurisdicional, corre-se o risco de inviabilizar a obtenção do bem da vida determinado na coisa julgada em favor do ganhador, ou ocorrer prejuízo para o desfecho do processo propriamente dito, afetando, em quaisquer das hipóteses, o resultado útil da tutela definitiva.

3. A tutela provisória no CPC de 1973 e no NCPC

Doravante, serão analisadas as várias espécies de tutelas provisórias existentes no CPC de 1973 e no NCPC de 2015.

As tutelas provisórias existentes no CPC de 1973 encontram-se espalhadas no seu corpo e na legislação processual civil extravagante e podem ser divididas em três espécies, a saber: a) tutelas cautelares; b) tutelas antecipadas; e c) tutelas diferenciadas.

O grande problema de efetivação das tutelas provisórias no CPC de 1973 é a forma confusa com que elas são tratadas, o que acaba dificultando o seu manejo por parte daquele que pretende exercer seu direito de acesso à Justiça, além de confundir aquele que dela necessita quanto à correta opção por determinada espécie.

4 Guillermo Ormazabal Sánchez. *Introducción al Derecho procesal*, p. 134.

A tutela cautelar exige processo e procedimento próprio, ambos complexos, distintos do processo principal em que será debatida a ação de conhecimento ou executiva ao qual estaria aquela vinculada, e encontram-se tratados no Livro III, do CPC de 1973, em seus arts. 796 a 889. Já a tutela antecipada está regulada no art. 273, do CPC de 1973, e, do ponto de vista procedimental, é bem mais simples de ser requerida, pois não exige processo próprio, podendo ser pleiteada no próprio bojo do processo referente à ação principal. Por fim, as tutelas diferenciadas surgem entre os arts. 890 a 1.102-C, do Livro IV (procedimentos especiais) do CPC de 1973, assim como na legislação extravagante (por exemplo, LF do Mandado de Segurança de nº 12.016/2009), e fazem parte do próprio procedimento relativo ao processo principal ao qual está aquela vinculada.

Já o NCPC de 2015, que entrará em vigor em um ambiente de bastante expectativa, porém de muitos embates doutrinários, quanto à real capacidade do novo diploma legal em modificar o estado de coisas que envolve a prestação jurisdicional no Brasil, em especial no que concerne à busca de sua efetividade frente aos efeitos da morosidade temporal no fornecimento da tutela definitiva, trará um novo regime jurídico para o tratamento do tutela provisória.

O NCPC de 2015 adotou as seguintes espécies de tutela provisória: a) tutelas de urgência, que são subdivididas em tutela antecipada e cautelar; b) tutelas de evidência; e c) tutelas diferenciadas. As tutelas de urgência e evidência encontram-se reguladas no Livro V, da parte geral do NCPC de 2015, em seus arts. 294 a 311. Já as tutelas diferenciadas aparecem entre os arts. 539 a 770 do título III (procedimentos especiais), do Livro I (do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença), da parte especial do NCPC de 2015, assim como na legislação processual extravagante.

Várias críticas estão sendo lançadas em relação ao NCPC de 2015, em especial no que diz respeito ao regime jurídico das tutelas provisórias. Algumas delas afirmam que a nova Codificação traz “mais do mesmo”, ou seja, que não houve alteração substancial do sistema processu-

al civil hoje vigente no Brasil⁵. Doravante, verificar-se-á se realmente o NCPC de 2015 alcançou seu objetivo de reger a contento o manejo das tutelas provisórias.

4. Espécies

4.1. Tutelas provisórias de urgência (tutela antecipada e tutela cautelar)

O NCPC de 2015, em seus arts. 300 a 310, apresenta primeiramente, como tutela provisória, a chamada tutela de urgência.

A tutela de urgência, por sua vez, é dividida pelo NCPC de 2015 em tutela antecipada, com o intuito de propiciar no todo ou em parte a prestação jurisdicional definitiva meritória a ser fornecida, e em tutela cautelar, de caráter conservatório.

Ocorre que, não obstante o NCPC de 2015 mencione a tutela antecipada e a tutela cautelar como espécies de tutela provisória, em nenhum momento o novo Codex preocupa-se em conceituar e distinguir uma da outra, muito embora tal distinção seja essencial, pois o jurisdicionado, ao fazer uso da tutela de urgência antecedente, deve utilizar um determinado instrumento quando for buscar tutela antecipada (arts.303 e 304) ou manejar outro, totalmente distinto, caso seja cautelar (arts. 305 a 310).

5 Cândido Rangel Dinamarco esclarece: “O resultado dessa inoportunidade e desse açodamento em legislar foi, em primeiro lugar, esse consistente na impossibilidade de realmente inovar, pondo em crítica o sistema sincrético vigente. A leitura do Projeto mostra com clareza que, não obstante as propostas sadias e inovadoras que contém, o modelo processual civil brasileiro permanece o mesmo que ainda temos – um processo individualista, eminentemente escrito e ainda muito formalista apesar do empenho da Comissão em deformalizá-lo, recursos em demasia etc. Outro inconveniente foi a impossibilidade material de amadurecer as ideias, não sendo possível a efetiva discussão do Projeto, envolvendo o universo dos muitos e talentosos processualistas brasileiros, como se deu na preparação do Código atualmente em vigor. Manifestação disso é o grande número de alterações do Projeto, trazido no substitutivo elaborado no Senado Federal. Não sejamos pessimistas, porém. Esperemos que, com muito talento interpretativo e sensibilidade aos verdadeiros anseios dos jurisdicionados, que são os destinatários finais do esperado novo Código de Processo Civil, saiba a doutrina harmonizar adequadamente as disposições que ele contém e também saibam os juízes extrair dessa fonte soluções capazes de permitir um processo justo, ágil, efetivo e sobretudo menos demorado.”. *Novo CPC: uma iniciativa inoportuna*, em *Jornal Carta Forense*, edição de novembro de 2011, p. B25.

Ante a lacuna legal de conceituação, caberá à doutrina distinguir o que vem a ser tutela antecipada e tutela cautelar; é o que se tentará realizar em seguida.

A tutela antecipada de urgência tem cabimento quando houver necessidade de pronta resposta do Poder Judiciário relativamente ao pedido de mérito formulado, face à situação de lesão ou ameaça sofrida pelo prejudicado que promoveu o acesso à Justiça. Nesse caso, não se pode aguardar o transcurso normal do processo até que ocorra o fornecimento da prestação jurisdicional definitiva, sob pena de perecimento do direito litigioso.

É a tutela antecipada que permite ao Magistrado a concessão, de imediato, do pedido ou de seus efeitos, no todo ou em parte, constante da petição inicial da ação de conhecimento ou execução, de forma precária, antes da prolação de sentença definitiva, como espécie de tutela provisória.

O Juiz, quando concede a antecipação de tutela, nada mais faz do que se debruçar no todo ou em parte sobre a mesma pretensão que seria objeto da sentença definitiva, de modo que a concessão da tutela antecipada não passa de uma forma de minimizar os efeitos do tempo na demanda, invertendo os ônus temporais do processo, que, como regra, seriam do Autor⁶. Isso ocorre, por exemplo, quando o autor, na condição de consumidor, pretende ver reconhecida nula cláusula inserida em contrato de seguro-saúde, que limita cobertura em relação a determinadas doenças infectocontagiosas, e o demandante, já tendo manifestado a doença, precisa de tratamento com urgência.

Por outro lado, a tutela provisória cautelar é instrumento de obtenção de jurisdição de urgência e precária, prestada com a finalidade de determinar providências ou a prática imediata de atos processuais que seriam realizados num desenrolar futuro de um processo principal de conhecimento ou execução, assegurando, assim, o resultado prático desses últimos.

⁶ Abraham Luis Vargas. “Teoria general de los procesos urgentes”, em *Medidas autosatisfactivas*, p. 90.

O que pretende o autor da ação que busca prestação jurisdicional cautelar não é que o Poder Judiciário apresente resolução (conhecimento) ou coerção (execução) específica para seu conflito de interesses, mas que adiante a realização de determinado ato processual ou providência que seriam praticados somente no futuro, quando do trâmite normal do processo principal de conhecimento ou execução, mas que, dada a situação fática presente, não pode aguardar o desenrolar normal da demanda principal, sob pena de ocorrência de dano em desfavor do litigante.

É certo, repita-se, que a tutela cautelar é atividade jurisdicional que tem como objetivo conferir segurança às partes contra os danos que possam sofrer em decorrência da demora na prática de um determinado ato processual, que seria realizado no transcorrer de um processo principal de conhecimento ou execução, garantindo um resultado útil a esses últimos, o que não ocorreria se não fosse adiantada a prática do ato processual em questão por intermédio da prestação jurisdicional provisória⁷.

Por exemplo, caso se ajuíze um processo buscando o pagamento de um crédito e, durante a pendência dessa demanda, o devedor vende ou transfere seus bens e direitos a terceiros, do que servirá a eventual sentença que o credor possa obter a seu favor? Seria totalmente impensável para execução, pois o devedor estaria sem bens que pudessem ser transformados em dinheiro. Por outro lado, se iniciado o processo ou, antes de iniciá-lo, o credor requer como medida cautelar um arresto de bens do devedor, tais bens arrestados quando da execução poderão ser convertidos em dinheiro, por meio de alienação judicial⁸.

Concluindo, a tutela cautelar de urgência será aquela que determina de imediato a realização de uma providência ou ato de um processo de conhecimento ou execução, quando a demora na sua prática puder levar à inviabilização da manifestação judicial definitiva.

As tutelas provisórias de urgência têm justificativa, pois a satisfação imediata de uma pretensão de conhecimento ou execução por parte do

7 Abraham Luis Vargas. “Teoría general de los procesos urgentes”, em *Medidas autosatisfactivas*, p. 91.

8 Guillermo Ormazabal Sánchez. *Introducción al Derecho procesal*, p. 134.

Poder Judiciário é materialmente impossível, face a necessidade de observância do devido processo legal, com os atributos do contraditório e ampla defesa. Assim, o ordenamento jurídico, prevendo que haverá situações concretas de litígio que não poderão aguardar o lapso temporal entre a propositura da ação e a edição da tutela definitiva de mérito, o que ocorre, por exemplo, com a dilapidação do patrimônio por parte do devedor, em contrapartida com o direito do credor de receber seu crédito, idealizou as tutelas provisórias de urgência para contornar o impasse em questão⁹.

A tutela provisória de urgência tem como escopo obstar, em última análise, que o direito litigioso, cujo reconhecimento ou aplicação se busca obter com um processo de conhecimento ou de execução, perca sua potencial eficácia por conta do tempo de trâmite do procedimento entre o seu início e a prolação da sentença que, de forma definitiva, resolva o mérito do litígio. Assim, a tutela provisória de urgência, em princípio, não tem vida autônoma, pois a sua finalidade se reduz a garantir o resultado prático e útil da tutela jurisdicional definitiva de conhecimento ou executiva¹⁰.

Dessa maneira, será hipótese de tutela provisória de caráter antecipatório, por exemplo, quando uma pessoa procede ao acesso à Justiça contra o seu seguro-saúde, buscando a realização de uma cirurgia de urgência, alcançando, assim, parte ou a íntegra de seu pedido de mérito, ou seus respectivos efeitos. Por outro lado, será cautelar a tutela provisória de caráter conservatório quando o lesado busca o acesso à Justiça para que se efetive o arresto de bens de pessoa que se coloca a dilapidar seu patrimônio, mesmo sendo devedor de título executivo, medida provisória essa que, se não concedida, poderá frustrar eventual execução a ser proposta, pois não haverá mais bens do executado a serem penhorados.

Por fim, há que se observar que, enquanto o CPC de 1973 exigia requisitos distintos para a concessão de tutela antecipada (prova inequívoca da verossimilhança das alegações do requerente, aliado à hipótese de urgência calcada na consolidação de dano) e de cautelar (perigo da

9 Lino Enrique Palacio. *Manual de Derecho Procesal Civil*, p. 771.

10 Lino Enrique Palacio. *Manual de Derecho Procesal Civil*, p. 77.

demora e fumaça do bom direito), o NCPC de 2015 unificou os requisitos para o deferimento das tutelas provisórias de urgência, estabelecendo que serão concedidas quando houver elementos que demonstrem a probabilidade de que o direito litigioso favoreça o prejudicado, além da demonstração do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, ou seja, caso presentes a “fumaça do bom direito” e o “perigo da demora”.

4.2. Tutelas provisórias de evidência

Aparece, ainda, como tutela provisória no NCPC de 2015, aquela escudada na evidência da pertinência da pretensão posta em juízo, e não na sua urgência.

É certo que o litigante poderá buscar a concessão da tutela de evidência perante o Poder Judiciário, no bojo de uma ação de conhecimento ou de execução, quando ocorrer uma das seguintes hipóteses:

a) indevida utilização do processo pelo litigante adverso, consubstanciada pelo abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, por exemplo, quando o réu pede para purgar a mor, em juízo, para evitar o despejo por falta de pagamento, e assim não procede;

b) quando as questões de fato objeto da demanda forem suscetíveis de serem demonstradas por prova exclusivamente documental e o debate que ampara o direito litigioso posto em juízo estiver escudado em julgamento de casos repetitivos (recurso especial ou extraordinário repetitivo e incidente de resolução de demandas repetitivas) ou em súmula vinculante do STF. Por exemplo, uma pessoa que efetivou acesso à Justiça para tomar posse em cargo público, recusada pelo ente político por falta de sujeição do candidato à realização de exame psicotécnico, mesmo não havendo lei impondo tal exigência, poderá se beneficiar da tutela de evidência, por se tratar de conduta em descompasso com a súmula vinculante nº 44, de lavra do STF;

c) em demanda que envolva pedido reipersecutório relativo a contrato de depósito, fundado em prova documental clara, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa, por exemplo, quando no contrato de alienação fiduciária de automóvel, o devedor deixa de efetuar o pagamento das parcelas mensais,

viabilizando que o proprietário fiduciário ajuíze ação de rescisão contratual, obtendo a imediata busca e apreensão do bem; ou

d) quando o acesso à Justiça for realizado pelo interessado, mediante petição inicial, instruída com prova documental exauriente e contundente sobre a veracidade dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu, em contestação, não oponha prova capaz de quebrar a contundência referida, por exemplo, quando o lesado ajuíza ação indenizatória buscando o recebimento de danos materiais e morais e o réu não impugna a ocorrência dos mencionados danos materiais.

Na tutela de evidência, a pessoa que promoveu o acesso à Justiça obterá parte ou a íntegra do pedido meritório ou, ainda, seus respectivos efeitos. Como se lastreia na manifesta pertinência da pretensão posta em juízo, dispensa para sua concessão a demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, pois este fica presumido pela irrefutabilidade do pleito trazido à apreciação do Poder Judiciário, na medida em que, nessa hipótese, quanto mais tempo demorar para o desfecho da prestação jurisdicional definitiva, maior será o ônus temporal para o prejudicado, mesmo sendo titular de direito evidente.

4.3. Tutelas diferenciadas

No Processo Civil brasileiro dentro do rol de tutelas provisórias encontra-se, ainda, a denominada tutela diferenciada. As chamadas tutelas diferenciadas são providências de caráter provisório criadas pelo legislador para atender a situações específicas em lide. Assim, a partir de um conflito de interesses que exija um tratamento específico, o legislador cria uma tutela provisória com requisitos e características distintos, no bojo de um procedimento especial de conhecimento ou executório, mas que: ou terá natureza de tutela antecipada, ou terá característica de tutela cautelar.

Há uma série de situações concretas de conflito de interesses com características diferenciadas que acabam demandando tutela provisória diversa daquela que consta das fórmulas gerais vistas anteriormente. Com o mundo globalizado, cada vez mais as pessoas acabam estabelecendo relações humanas das mais variadas formas e com os mais variados sujeitos, de modo que não se deve estranhar o surgimento de uma

série de novas tutelas diferenciadas na legislação extravagante, com o intuito de atender e conferir prestação jurisdicional efetiva, portanto, adequada às pessoas, com pretensões de características impensáveis até poucos anos atrás. Dessa forma, o fundamento da existência de tutelas diferenciadas, além daquelas em conformidade às situações genéricas de tutelas provisórias, reside na exigência da sociedade moderna de ter instrumentos processuais específicos que possam dar uma resposta jurisdicional adequada às novas relações humanas que se colocam em lide, dentro da chamada “aldeia global”¹¹.

Assim, se a tutela diferenciada tiver natureza de tutela cautelar, a esta será aplicado, na eventual omissão de regramento próprio do procedimento especial de natureza de conhecimento ou execução, o regime jurídico das cautelares. Por outro lado, se a tutela diferenciada possuir características de tutela antecipada, na falta de disciplina específica, será regida pelos ditames que regem esta última.

As tutelas diferenciadas encontram-se previstas nos arts. 539 a 770 do NCPC de 2015 ou em legislação extravagante e têm natureza de tutela antecipada ou cautelar.

Dito isso, por exemplo, se a tutela provisória que se busca é a de recuperar a posse sobre coisa imóvel que foi objeto de recente esbulho, o NCPC de 2015, em seus arts. 560 a 566, criou uma tutela diferenciada de caráter antecipatório, dentro de um procedimento especial relativo a um processo de conhecimento, denominado de ação de reintegração de posse nova, que permite, uma vez cumpridos os requisitos legais para tanto, sem que ocorra a oitiva do réu, que o Magistrado determine a expedição de mandado liminar de manutenção ou de reintegração de posse.

Por outro lado, se a pessoa busca providência consubstanciada na exibição de documentos para fins de tramitação de ação de conhecimento que vise à discussão de improbidade administrativa, a Lei federal nº 4.717, de 29 de junho de 1965, idealizou uma tutela diferenciada para

11 Jorge W. Peyrano. “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución”, em *Medidas autosatisfactivas*, p. 20 e 21.

tanto, de natureza cautelar, no dorso de um procedimento especial denominado de ação popular, previsto em seu art. 1º, §7º, permitindo que o Juiz requisite certidões e informações negadas pelo órgão público em favor do cidadão para instruir a ação em pauta.

4.4. Tutelas provisórias contra o Poder Público

Por fim, deve ser destacado que o NCPC de 2015 não proíbe a concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública, somente veda o seu deferimento nas mesmas situações excepcionais e pelas mesmas motivações, que já existiam no CPC de 1973.

As regras vistas acima, portanto, servem para as tutelas provisórias voltadas contra todas as pessoas, inclusive contra o Poder Público. A legislação processual civil em vigor, como regra, não proíbe a concessão de tutela de provisória contra as pessoas jurídicas de direito público (Fazenda Pública), vedando-a, porém, em situações excepcionais.

O NCPC de 2015, em seu art. 1.059, determina que à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei federal nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei federal nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, que impedem a concessão de tutelas provisórias contra o Poder Público, seja de que natureza for, sempre que tiverem como objeto: a) a compensação de créditos tributários; b) a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior; e c) a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

O objetivo do ordenamento jurídico é salvaguardar o interesse público em detrimento do interesse do particular. Fora as situações expressamente proibidas, é possível a concessão de tutela provisória de qualquer espécie contra o Poder Público, seguindo o regime jurídico específico, se tutela cautelar, antecipada, de evidência ou diferenciada, seja qual for a natureza da obrigação determinada pelo Magistrado, ou seja, ainda que envolva o cumprimento de obrigação de fazer, não fazer, dar ou pagar.

É sabido que na execução de obrigação de fazer, não fazer ou dar, a multa diária é o meio coercitivo direto à disposição do Poder Judiciário

para forçar o devedor ao cumprimento da prestação, sendo certo que doutrina e jurisprudência brasileiras são majoritariamente favoráveis à possibilidade de aplicação de multa diária contra a Fazenda Pública pelo descumprimento de obrigação de fazer, não fazer ou dar.

Destarte, em se tratando de tutela provisória contra as pessoas jurídicas de direito público que envolva obrigação de dar, fazer ou não fazer, o procedimento de execução seguirá os trâmites relativos ao adimplemento da respetiva prestação em pauta, em especial, a aplicação de multa diária. No caso de ineficácia desta coerção, poderá o Magistrado, de ofício ou a requerimento do credor, determinar todas as medidas necessárias que levem a prestação determinada, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial, dentre outras.

A coerção por multa diária é denominada execução indireta, pois tem por escopo forçar o executado a, por ato próprio, obedecer à obrigação de fazer, não fazer ou dar, imposta como prestação para execução da tutela provisória. Nesse caso, a multa é fator de pressão para que a devedor efetive a tutela provisória por vontade própria, não obstante encurralado pela providência coercitiva da punição diária. Além disso, ressalte-se que a multa diária não tem caráter moratório ou indenizatório, pois ainda que o devedor pague a multa, não se livra do cumprimento do quanto determinado em tutela provisória¹².

O problema quanto à efetividade das tutelas provisórias contra o Poder Público surge quando este não cumpre voluntariamente o fazer, o não fazer ou o dar, que lhe foi imposto. Isso porque, nesse caso, com a inércia do devedor quanto à implementação do fazer, não fazer ou dar, aparece a necessidade de execução da multa diária por parte do credor¹³, que irá, contudo, se submeter ao procedimento especial executório contra a Fazenda Pública que se dá mediante o regime de requisições de pequeno valor ou precatório, nesse último caso, um procedimento moroso.

12 Sérgio Seiji Shimura. Título executivo, p. 178.

13 Sérgio Seiji Shimura. Título executivo, p. 178.

Idêntico problema surge quando a obrigação de pagar é o próprio objeto da tutela provisória, a qual deverá ser buscada, da mesma forma, por intermédio do regime de pagamento por precatórios ao qual está submetido o Poder Público¹⁴.

A Constituição Federal, em seu art. 100, prevê a figura do pagamento por precatório, ou seja, por requisição judicial direcionada à pessoa jurídica de direito público. Foi estabelecido, portanto, tratamento diferenciado da Fazenda Pública em relação ao particular no trâmite processual nos casos em que o Poder Judiciário tenha que exercer coerção, visando à execução de quantia certa, já que inalienável e consequentemente impenhorável o bem público, o que torna inviável a utilização do rito comum executivo lastreado na penhora de bens¹⁵.

Além disso, as dívidas judiciais da Fazenda Pública devem ser honradas, identicamente, por conta do interesse público, a partir da existência de orçamento específico para tanto¹⁶ e aprovado previamente pelo legislativo, segundo impõe a CF. Daí nova razão para o tratamento diferenciado dado pelo art. 100, da CF, às pessoas jurídicas de direito público, criando o regime de precatórios que estabelece que o pagamento do passivo judicial do Poder Público deve ser feito mediante requisição do Poder Judiciário, encaminhada ao Poder Executivo, o qual deve inserir dito passivo na proposta de lei orçamentária a ser aprovada pelo Poder Legislativo, viabilizando a quitação do débito até 31 de dezembro do

14 Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, *Execução contra a Fazenda Pública*, p. 151-152.

15 ver Elpídio Donizetti: “[...] fato de serem os bens públicos inalienáveis, o que implica impenhorabilidade, torna a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública completamente distinta da execução comum, na qual se penhoram e se expropriam bens do devedor (por adjudicação, alienação por iniciativa particular, alienação em hasta pública ou usufruto de bem móvel ou imóvel), com vistas à satisfação do crédito.” *Curso didático de direito processual civil*, p. 1.003-1.004; e Araken de Assis: “A causa do procedimento especial repousa no regime especial dos bens do domínio nacional e do patrimônio administrativo. É disciplina usual em vários ordenamentos jurídicos. Em razão desse regime, a constrição imediata e incondicionada dos bens públicos se revela inadmissível, em princípio, e inoperante, por decorrência, a técnica expropriatória genérica prevista nos arts. 646 e 647 do CPC e aplicável aos particulares. E, de fato, conforme o art. 100 do CC-02, os bens de uso comum do povo e os de uso especial – definidos nos incs. I e II do precedente art. 99 – são inalienáveis, ‘enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar’. Ora, da inalienabilidade decorre a impenhorabilidade (arts. 648 e 649, I, do CPC).”, *Manual da execução*, p. 1.087.

16 Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, *Execução contra a Fazenda Pública*, p. 151-152.

exercício seguinte ao da referida requisição, isto é, todo o trâmite de pagamento pode levar até 18 (dezoito) meses¹⁷.

Dessa forma, sendo hipótese de execução de multa diária, seja por descumprimento da tutela provisória que determina ao Poder Público uma obrigação de fazer, não fazer ou dar, seja quando a execução da tutela provisória implicar pagamento de quantia em dinheiro, uma coisa é clara e cristalina: a CF, por meio de seu art. 100, não permite que o Estado pague qualquer valor em dinheiro decorrente de determinação judicial provisória ou definitiva que não seja por meio de precatório no bojo do procedimento especial executório contra a Fazenda Pública.

Contudo, como se viu acima, o pagamento de quantia em dinheiro pelo Poder Público mediante o sistema de precatórios pode levar até 18 meses, o que torna sem efeito a multa diária, como meio de coerção para garantir o cumprimento de tutela provisória que determine obrigação de fazer, não fazer ou dar, ou até inviabiliza a execução da própria tutela provisória que determina a entrega de quantia em dinheiro. Ocorre que, se por um lado não há que se falar em pagamento de quantia em dinheiro decorrente de execução de tutela provisória por parte da Fazenda

17 Neste sentido temos Mauro Spalding: “Sendo devedora a Fazenda Pública, entretanto, os procedimentos descritos de maneira simplista acima não podem ser utilizados, dadas algumas peculiaridades que impõem a necessidade de um procedimento próprio e especial que assegure a preservação do interesse público por ela representado em juízo. Diversamente do particular, os bens que integram o patrimônio público são impenhoráveis, não sendo possível valer-se de um procedimento que tem na penhora o verdadeiro alicerce e a garantia da efetivação da tutela executiva. Além disso, o erário não pode ser surpreendido com a existência de uma dívida não prevista previamente em lei orçamentária, sob pena de colocar em risco toda a estrutura econômica pública, afetando as finanças públicas com despesa sem o respectivo aporte de receitas. Portanto, torna-se imperioso, também, por esse motivo, criar-se um procedimento próprio que assegure a possibilidade de prévia inclusão em orçamento dos valores exequendos, de modo a preservar a segurança e estabilidade orçamentária do erário. Por fim, diversamente dos particulares, a Fazenda Pública é devedora de um sem-número de pessoas, sendo imperioso criar-se um sistema que fixe um critério, válido à luz da isonomia entre todos esses credores, que possibilite o recebimento dos créditos sem afronta ao princípio da igualdade.”, *Execução contra a Fazenda Pública federal*, p. 135; e Sérgio Shimura: “Sendo devedora a Fazenda Pública de obrigação de pagar quantia certa, a execução obedece ao procedimento previsto nos arts. 730 e 731, CPC, e art. 100, CF (com as alterações trazidas pelas Emendas 20, 30 e 37), ante a impossibilidade de expropriação forçada dos bens públicos, continuidade do serviço público, obediência à lei orçamentária etc., tudo desembocando numa única forma de pagamento (precatório). Se o modelo do precatório funciona, é outra questão a ser analisada em outro espaço, sob outras vertentes.”, *Título executivo*, p. 252.

Pública devedora, sem que ele se submeta à execução especial redundando na expedição de precatório, por outro lado, o ordenamento jurídico pátrio permite a concessão de tutela provisória contra o Poder Público, que restará inviabilizada, o que não é razoável.

Uma solução para o impasse supra-apontado está no texto do art. 139, inc. IV, do NCPC de 2015. Assim, poderia o Poder Judiciário, deferida a tutela provisória contra o Poder Público, logicamente quando permitida a sua concessão, dada a inércia da entidade pública no seu cumprimento, determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, desde que compatíveis com o art. 100, da CF, ou seja, confere ao Poder Judiciário a possibilidade de utilização de medidas de apoio assecuratórias para garantir a efetividade de eventual tutela provisória determinada, fazendo-o de maneira exemplificativa¹⁸.

5. Regime jurídico

O NCPC de 2015 tenta acabar com a complexidade no manejo das tutelas provisórias, realizando uma simplificação do seu regime jurídico.

A tutela provisória de urgência, seja na modalidade cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental em relação à ação de conhecimento ou de execução ao qual está vinculada. A tutela de evidência, por sua vez, será sempre incidental. A tutela provisória quando incidente será requerida ao juízo da causa, independentemente do pagamento de custas, no corpo do processo referente à ação de conhecimento ou execução, onde será prestada a tutela definitiva; e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal. Nas ações de competência originária de tribunal, nos recursos e na remessa necessária, a tutela provisória será requerida à câmara ou à turma do Tribunal competente para apreciar o mérito da respectiva ação, recurso ou remessa necessária retrorreferidas.

¹⁸ Nesse sentido, com raciocínio muito semelhante, temos os seguintes precedentes no Brasil: STJ – AgR REsp nº 935.083/RS, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 02.08.2007, DJ, de 15.08.2007; e STJ – AgR REsp nº 1.002.335/RS, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 21.08.2008, DJe, de 22.09.2008.

As tutelas de urgência, em regra, face à possibilidade de ocorrência de dano irreparável ou de difícil ou incerta reparação, deverão ser concedidas liminarmente, sem a cientificação da parte contrária, com o diferimento do contraditório para momento posterior, sempre que a sua oitiva prévia puder inviabilizar a efetivação da prestação jurisdicional provisória; ou após a comunicação da parte adversa, acerca dos termos do processo, realizando, se for o caso, audiência de justificação prévia que terá como finalidade demonstrar claramente ao Magistrado a pertinência da tutela provisória perseguida pelo litigante. Já a tutela de evidência deverá ser concedida, liminarmente, quando fundada em precedente ou contrato de depósito e, nos demais casos, após a oferta de contestação, durante o trâmite da ação de conhecimento ou execução.

A tutela provisória de qualquer espécie deve ser deferida pelo Juiz, uma vez presentes os requisitos legais para tanto, mediante fundamentação da formação do seu convencimento de modo claro e preciso, conservando sua eficácia durante todo o trâmite do processo de natureza cognitiva ou executiva, inclusive se suspenso, podendo a qualquer tempo ser revogada ou modificada, desde que alterada a situação fática ou jurídica em que foi formada a convicção do Magistrado no momento de sua concessão.

Anote-se que a tutela de urgência, de natureza antecipada, não deverá ser concedida pelo Magistrado quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, a exemplo do que ocorria no CPC de 1973. Ressalte-se, porém, que a doutrina e jurisprudência brasileiras entendem que essa disposição comporta exceções nos casos em que, a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, a preservação do patrimônio do devedor possa ser considerada como de menor importância em relação à preservação de outro bem da vida, como, por exemplo, a saúde do consumidor que justificaria a possibilidade de deferimento da tutela provisória para obtenção de tratamento de saúde de natureza tipicamente irreversível. É certo que, mesmo reversível a tutela antecipada, o Juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, sendo certo que a garantia poderá ser dispensada se a parte for pobre na acepção jurídica do termo, e não puder ofertá-la.

É certo que deverá haver, também, proporcionalidade entre a tutela provisória urgente que se busca e o bem da vida cuja tutela judicial definitiva se demanda. Por exemplo, caso em que se pretenda como tutela definitiva a entrega de dois apartamentos de um determinado prédio em construção e respectiva outorga de escritura, cujo contrato de compra e venda tenha sido quitado, mas o vendedor não o reconheça como válido. Nessa hipótese, não pode o consumidor pleitear como tutela provisória a vedação de alienação para terceiros de todo o prédio, mas somente daquelas unidades que supostamente seriam suas¹⁹.

A execução da tutela provisória de urgência antecipada ou de evidência poderá ser efetivada por todas as maneiras de coerção aplicáveis para busca da tutela definitiva, ou seja, tanto por intermédio das medidas primárias de execução: penhora de bens (obrigação de pagar) e multa diária (obrigação de fazer, não fazer ou dar); quanto pelas medidas de apoio secundárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, inclusive, se necessário, com requisição de força policial, dentre outra, suscetíveis de serem utilizadas caso frustrada a aplicação da referida multa diária.

Por outro lado, a tutela de urgência de natureza cautelar poderá ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bens ou qualquer outra medida idônea e proporcional que assegure o resultado útil do processo, como mecanismo de busca da efetividade da prestação jurisdicional, de modo a torná-la adequada. Interessante que o NCPC de 2015 não considera mais a produção antecipada de provas como uma medida cautelar típica, mas a classifica, agora, como um incidente probatório de procedimento próprio, conforme determinam os arts. 381 a 383 do NCPC de 2015, embora persista o seu caráter nitidamente cautelar.

Entre as medidas provisórias de urgência é aplicável a fungibilidade; isto é, se o interessado requerer uma tutela antecipada, poderá o Poder Judiciário conceder medida cautelar caso entenda que é hipótese de adoção desta em vez daquela e vice-versa, pois o objetivo é não deixar consolidar a situação de “perigo da demora”. Anote-se que, muito em-

19 Cristina Fernández Gil. *La ley de enjuiciamiento civil comentada*, p. 1421.

bora não conste de forma clara no NCPC de 2015, mas mera referência em seu art. 305, dispositivo legal aplicável às tutelas de urgência antecedentes, o Magistrado pode valer-se da fungibilidade entre as várias espécies de tutelas provisórias a fim de deferir outra que não aquela pleiteada pela parte, se entender ser este o caminho correto. Por exemplo, caso o Juiz entenda que a hipótese trazida ao Poder Judiciário para análise é de tutela antecipada e não de tutela de evidência como pleiteado pelo prejudicado, deve o Magistrado conceder aquela em vez desta, determinando que a parte faça eventuais correções procedimentais necessárias.

Além disso, a fungibilidade alcança também as formas de efetivação da tutela antecipada ou cautelar, ou seja, caso o interessado pleiteie uma determinada providência para executar a tutela provisória, pode o Juiz conceder outra, caso entenda menos gravosa ou adequada para levar ao resultado útil do processo, seja ela de natureza conservatória (cautelar) ou antecipatória (tutela antecipada)²⁰.

Cabe realçar que a efetivação da tutela provisória corre por conta e risco de seu favorecido, e este responde, na hipótese da referida tutela restar prejudicada, nos próprios autos em que ela foi concedida, pelos prejuízos causados à parte adversa. Considera-se prejudicada a tutela provisória quando: a) a tutela definitiva lhe for desfavorável; b) obtida por liminar, em caráter antecedente, o favorecido não fornecer os meios necessários para a citação da parte contrária no prazo de cinco dias; c) ocorrer a cessação da eficácia da medida por qualquer constante em norma; ou d) o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Além disso, caso o exequente da tutela provisória tenha agido de má-fé, responderá, também, por dano processual(arts. 79 a 81 do NCPC de 2015).

6. Procedimentos para a concessão das tutelas provisórias

6.1. Caráter incidente

As tutelas provisórias, como dito anteriormente, podem ser concedidas mediante observância de duas formas: pleito incidente ou pleito ante-

20 Cristina Fernández Gil. *La ley de enjuiciamiento civil comentada*, p. 1413.

cedente. O pleito antecedente ocorre por meio do exercício do direito de acesso à Justiça. Já o incidente ocorre na própria ação de conhecimento ou de execução a ser ajuizada ou que já esteja em curso.

Em caráter incidental, a tutela provisória pode ser formulada a qualquer momento pela parte prejudicada, desde que não tenha ocorrido, ainda, a concessão de prestação jurisdicional definitiva. Na grande maioria das vezes, o cenário caracterizador de tutela de urgência ou evidência já está consolidado no momento de acesso à Justiça por parte do prejudicado para ajuizamento da ação de conhecimento ou executiva, o que, como regra, leva a formulação do pleito provisório, no corpo da petição inicial, dando margem a concessão liminar da tutela em debate.

Por outro lado, nada impede que a situação autorizadora do pleito de tutela provisória apareça durante o trâmite da ação de conhecimento ou execução. Dessa forma, surgindo hipótese de busca de tutela de urgência (antecipada ou cautelar) ou de evidência, a parte prejudicada pode formular seu pedido por intermédio de simples petição no trâmite da ação de conhecimento ou execução. Imagine-se uma hipótese em que o consumidor procura o Judiciário para discutir a nulidade de uma cláusula contratual que restringe internação em Unidade de Terapia Intensiva, inserida em um pacto de seguro-saúde. Porém, durante o trâmite do processo, o interessado acaba tendo de ser hospitalizado e o lapso temporal contratual autorizador de internação em Unidade de Terapia Intensiva está por se esvaír. Nessa situação, pode o consumidor, mesmo estando o processo em sede de apelação em trâmite perante o Tribunal recursal, formular por petição simples, obviamente de maneira fundamentada, a necessidade de concessão da tutela provisória.

6.2. Caráter antecedente

6.2.1. Tutela antecipada e sua estabilização

Na hipótese de situação autorizadora do deferimento de tutela antecipada, consolidada antes da propositura da ação de conhecimento ou execução, a pessoa prejudicada poderá, em vez de pleiteá-la incidentalmente, proceder ao acesso à Justiça, restringindo expressamente o seu pedido à tutela provisória, indicando, porém, na petição inicial, qual seria a tutela definitiva cabível na hipótese, com a apresentação

da lide, do direito material aplicável à espécie e da situação de urgência que justifique a concessão da prestação jurisdicional de urgência, assim como indicando valor da causa condizente com o pedido de mérito sobre o conflito de interesse, e recolhendo as respectivas custas processuais sobre ele.

Dessa maneira, realizado e deferido o pedido de tutela antecipada antecedente, o prejudicado deverá aditar a petição inicial em 15 (quinze dias), de modo a delinear precisamente os termos da tutela definitiva perseguida, juntando novos documentos aos autos, se for o caso, sem a necessidade de recolhimento de novas custas processuais, sob pena de extinção do feito sem análise de mérito, prejudicando a prestação jurisdicional provisória concedida. Esse prazo de 15 (quinze) dias para aditamento é dilatatório, de modo que pode o interessado pleitear a sua prorrogação desde que justificado o seu pedido.

Paralelamente ao ato de intimação do Autor para aditamento da petição inicial, o réu será citado acerca dos termos da demanda e intimado acerca da liminar deferida, assim como para comparecimento em audiência de conciliação ou de mediação, que, caso reste frustrada, abrirá o prazo de 15 (quinze) para apresentação de contestação.

Contudo, se o Magistrado entender que não é hipótese de deferimento de tutela antecipada antecedente, deve determinar o aditamento da petição inicial, para que o prejudicado, em 5 (cinco) dias, formule precisamente os termos da tutela definitiva perseguida, juntando novos documentos aos autos, se for o caso, seguindo o processo, posteriormente, pelo procedimento comum, sem a necessidade de recolhimento de novas custas processuais, sob pena de extinção do feito sem análise de mérito.

A grande novidade trazida pelo NCPC de 2015 reside no fenômeno da estabilização da tutela antecipada antecedente, que ocorrerá na hipótese de o réu não interpor recurso de agravo de instrumento contra a decisão liminar que concedeu a prestação jurisdicional provisória. Nesse caso, não importa se a parte adversa contestou ou não o feito, ela deve obrigatoriamente ter recorrido da decisão concessiva da tutela provisória, sob pena de estabilização. A estabilização da tutela antecipada concede-lhe caráter satisfativo.

Isso ocorre quando a medida antecipatória coincide com o conteúdo executivo da sentença definitiva que, por ventura, seria editado em um determinado processo de conhecimento ou executivo, dispensando-se, portanto, o desenvolvimento destes últimos, até porque o bem da vida pretendido pelo prejudicado já foi alcançado com a tutela provisória antecipada, agora estabilizada face a inércia recursal do réu²¹.

A estabilização, como dito, consolida os efeitos da tutela antecipada e leva à extinção do processo, mas não gera coisa julgada. Assim, a tutela de urgência poderá ser revista, reformada ou invalidada, em ação própria ajuizada para tanto, por qualquer das partes, extinguindo-se tal direito após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que pôs fim ao processo em que a tutela provisória foi estabilizada. A parte que pretenda o ajuizamento de demanda para debater a estabilização da tutela antecipada pode desarquivar o processo em que ela foi deferida, com o intuito de extrair elementos e documentos para confeccionar ou instruir a petição inicial da ação impugnativa.

Durante o trâmite do processo que discute a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, seus efeitos serão conservados até a prolação de sentença de mérito na ação impugnativa. É certo, no mesmo sentido, que, caso não proposta ação impugnativa referida, ou se esta for julgada improcedente, os efeitos da estabilização da tutela antecipada restarão perenes.

A grande crítica que se faz ao procedimento de estabilização da tutela antecipada utilizado pelo NCPC de 2015 é que ele gera mais incertezas do que soluções. Tal afirmação é feita, pois, ao se retirar a condição de coisa julgada da decisão que extingue o processo por estabilização da tutela antecipada, permitindo-se a sua discussão num prazo de 2 (dois) anos, acaba-se criando um ambiente de instabilidade severo, já que a qualquer momento, aquele que se beneficiou da prestação jurisdicional de urgência pode acabar envolto no seu debate, mesmo tendo passado meses de sua concessão.

21 Abraham Luis Vargas. “Teoría general de los procesos urgentes”, em *Medidas autosatisfactivas*, p. 92.

No mesmo sentido, novamente o beneficiário da tutela antecipada, em certas situações, poderá se deparar com uma verdadeira armadilha jurídica, pois, caso tenha de pleitear eventual modificação (reforma) urgente dos termos da tutela provisória concedida e estabilizada, como visto, terá que fazê-lo, por intermédio de ação própria ajuizada para tanto, mas, enquanto isso, os efeitos da prestação jurisdicional estabilizada serão conservados até prolação de sentença de mérito da demanda impugnativa.

Imagine-se a situação em que o indivíduo pleiteia contra o Estado, como tutela antecipada, o fornecimento de um determinado medicamento. Se deferida e estabilizada a tutela provisória e, posteriormente, verificado que o remédio não foi eficaz para combater o mal que acomete o prejudicado, havendo necessidade de judicialmente buscar-se outro medicamento, o lesado só obterá o novo remédio com a prolação da sentença de mérito da ação revisional em debate. Tal situação causará a imprestabilidade da jurisdição a ser concedida, pois, por certo, o litigante terá sua doença agravada por não poder dispor imediatamente da nova medicação.

Dessa forma, conclui-se, por fim, que há grandes chances de que a utilização da tutela antecipada antecedente acabe caindo por terra, face ao seu desuso, prevalecendo a preferência da opção de sua formulação de forma incidental no próprio corpo da petição inicial da ação de conhecimento ou execução que discuta o pedido de mérito propriamente dito em relação à violação ou ameaça ao direito litigioso.

6.2.2. Tutela cautelar

A tutela cautelar pode ser também pleiteada de forma antecedente, sempre que seus requisitos autorizadores estejam presentes antes do ajuizamento da ação principal à qual deve vincular-se. Mas nunca dará margem à sua estabilização, pois a providência cautelar não vive sem a demanda principal. Não custa lembrar que, enquanto a tutela antecipada busca parte ou o todo do pedido de mérito de conhecimento ou executivo, ou ainda eventuais efeitos desses últimos, a tutela cautelar não se importa com o pleito meritório propriamente dito, mas com a prática de uma providência ou de um ato processual que viabilize a concessão

da prestação jurisdicional definitiva. Assim, por exemplo, busca-se o arresto cautelar antecedente dos bens do devedor, para que, quando da propositura da ação principal executiva, possa ser viabilizada a realização de penhora, com a alienação dos bens do devedor e o pagamento da dívida perante o credor.

Desta forma, o prejudicado deve ajuizar o pleito de tutela cautelar antecedente na petição inicial com a indicação da lide principal, seu fundamento fático e jurídico, indicando a providência assecuratória perseguida para o resultado útil do processo, além de esclarecer qual o perigo na demora, se não viabilizada a medida cautelar buscada.

Lembre-se que, da mesma forma que no pleito antecedente de tutela antecipada, o autor deve indicar valor da causa condizente com o pedido de tutela definitiva, recolhendo as respectivas custas processuais.

Na decisão inicial, o Magistrado apreciará a tutela cautelar, sendo que, concedida ou não, o réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestá-la, indicando eventuais provas que pretenda produzir. Após, será observado o procedimento comum para tramitação do pleito principal. Na contumácia do Requerido, ocorrerão os efeitos da revelia, restritos à discussão da tutela cautelar, ou seja, presumir-se-ão verdadeiros os fatos alegados pelo autor na exordial cautelar, devendo o Magistrado sentenciar em seguida.

Caso concedida a liminar cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor, no prazo de 30 (trinta) dias, com o respectivo delineamento fático e jurídico pertinente, nos próprios autos da medida cautelar antecedente, sem adiantamento de novas custas processuais.

Feito isso, as partes serão intimadas para comparecer em audiência de tentativa de conciliação e mediação, relativamente ao mérito da demanda, que, se restar frustrada, abrirá o prazo de 15 (quinze) dias para oferta de contestação, desta vez sobre o mérito da demanda.

É de se ressaltar novamente, que a tutela cautelar antecedente não se estabiliza e guardará eficácia até a prolação da prestação jurisdicional definitiva. Cessa, porém, a eficácia da tutela cautelar concedida em caráter antecedente se: a) o autor não deduzir o pedido principal no prazo de 30 (trinta) dias; ou b) não for efetivada pelo autor dentro de 30 (trinta) dias, contados da sua intimação acerca da decisão judicial concessiva.

Se por qualquer motivo restar ineficaz a tutela cautelar, a parte ficará proibida de reiterar o pedido, a não ser que haja novo fundamento fático ou jurídico para tanto.

Saliente-se que o indeferimento da liminar cautelar por parte do Magistrado não gerará impacto no julgamento da tutela definitiva, nem tampouco o autor ficará impedido de formular o seu pleito principal meritório, a menos que a motivação para o indeferimento da liminar resida no reconhecimento da decadência ou prescrição do pedido de mérito.

Por oportuno, registrem-se as respectivas críticas à via antecedente como opção de pleito da tutela cautelar. Isso porque, como mencionado acima, o procedimento de pleito incidental da cautelar é bem mais simples se comparado ao procedimento antecedente.

No procedimento incidente, na confecção da ação de conhecimento ou executiva principal propriamente dita, procede-se à inclusão do pedido cautelar, o que dará margem a uma única citação do Réu, com a apresentação de apenas uma contestação para impugnar a pretensão de urgência e a definitiva. Diferentemente do que ocorre com a medida cautelar antecedente, em que primeiro o Requerido é citado para contestar a tutela de urgência em 5 (cinco) dias e depois intimado a comparecer em audiência de conciliação e mediação, quando, se frustrado o acordo, deverá apresentar resposta em 15 (quinze) dias. No mesmo sentido, na cautelar antecedente há necessidade de aditamento da petição inicial para delinear as nuances fáticas e jurídicas do pedido principal, mas, na cautelar incidental, a petição inicial da ação de conhecimento e execução, já fornece os limites referidos.

7. Considerações finais

Realizada a análise de todo o regramento que envolve as tutelas provisórias no NCPC de 2015, é possível concluir que a nova legislação está distante de ser a salvação do Poder Judiciário e do jurisdicionado para se obter em tempo razoável a solução das demandas que lhes serão submetidas pelo exercício da garantia de acesso à Justiça, como o intuito de realizar a reparação do direito violado, face às existências de disposições normativas controvertidas e que gerarão infundável debate

jurisprudencial e doutrinário, tal como ocorrerá com a discussão sobre o regime jurídico da estabilização da tutela antecipada.

É certo que, ainda que fosse impecavelmente regrada a tutela provisória na nova Codificação, a mudança legislativa traz sempre, em um primeiro momento, uma turbulência interpretativa que acaba por prejudicar a boa técnica processual, levando à morosidade do trâmite procedimental, além dos graves e conhecidos problemas estruturais que envolvem a Justiça brasileira, que não consegue dar vazão à quantidade de lides levadas todos os anos a seu julgamento²².

De qualquer forma, ressalvadas eventuais críticas pertinentes, o NCPC de 2015 andou bem, quando reformulou o regime jurídico das tutelas provisórias, em especial, com a criação da tutela de evidência; unificação dos requisitos para concessão de tutela antecipada e cautelar; e com a extinção da necessidade de ajuizamento de processo próprio em apartado para a instrumentalização das cautelares, o que facilitou o manejo das tutelas provisórias, comparativamente com o CPC de 1973, sistematizando-as de maneira mais clara e menos complexa.

Referências bibliográficas

Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada – vol. I – artigos 1^o a 107*. São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 1^a edição brasileira e 4^a edição portuguesa revista, 2007.

Couture, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de f, 4^a edição, 2002.

Dinamarco, Cândido Rangel. *Novo CPC: uma iniciativa inoportuna*, em *Jornal Carta Forense*, versão impressa. São Paulo: Brasil, edição de novembro de 2011, p. B25.

Donizeti, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 14. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei n. 12.153. São Paulo: Atlas, 2010.

Fornaciari Júnior, Clito. *Já seria hora de respeitar o texto da lei*, em

²² Clito Fornaciari Júnior. *Já seria hora de respeitar o texto da lei*, em *Jornal “Tribuna do Direito”*, ano 16 – novembro de 2011 – n. 199, p. 793.

Jornal “Tribuna do Direito”, São Paulo: Brasil, ano 16 – novembro de 2011 – n. 199.

Gil, Cristina Fernández. *La ley de enjuiciamiento civil comentada*, Madrid: Tecnos, 2010.

Palacio, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 19ª edição, 2009, p. 77.

Peyrano, Jorge W. Peyrano. *La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución*, em Medidas autosatisfactivas, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.

Sánchez, Guillermo Ormazabal. *Introducción al derecho procesal*. Madrid: Marcial Pons, 4ª edição, 2010.

Shimura, Sérgio Seiji. *Título executivo*. São Paulo: Método, 2. ed. atual. e ampl., 2005.

Silva, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros. 1999.

Spalding, Mauro. *Execução contra a Fazenda Pública federal*. Curitiba: Juruá, 2008.

Vargas, Abraham Luis. “*Teoría general de los procesos urgentes*”, em Medidas autosatisfactivas, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.

editoração, impressão e acabamento

imprensaoficial
GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

