

TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL¹

Francisco de Barros e Silva Neto²

RESUMO: O ensaio aborda a tutela provisória no novo Código de Processo Civil brasileiro, mediante uma abordagem analítica dos dispositivos legais e de uma análise crítica, baseada na comparação com o modelo anterior.

ABSTRACT: The essay deals with the interim protection in the new Brazilian Code of Civil Procedure by an analytical approach to the legal provisions and a critical analysis based on a comparison with the previous model.

O modelo processual civil brasileiro, tecido primordialmente a partir de uma matriz italiana, adotou no séc. XX uma separação rígida entre as funções de conhecimento, execução e de cautela, reservando a cada uma delas um desenho próprio de processo e de procedimentos.

No que diz respeito ao enfrentamento das situações de urgência, o Código de Processo Civil de 1973 dedicou-lhe todo o seu Livro III, arrolando diversas medidas cautelares específicas (típicas, nominadas) e completando o sistema com a previsão do poder geral

1. Palestra proferida em maio/2016, na Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco.

2. Mestre e Doutor em Direito (UFPE). Juiz Federal. Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Recife (FDR/UFPE).

de cautela. Por meio dessa técnica, preenchidos os pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, poderiam ser acauteladas situações de risco, ainda que não inseridas no âmbito de cabimento daquelas medidas típicas e nominadas.

Entretanto, ressalvadas as medidas liminares de alguns procedimentos especiais (como, por exemplo, nas ações possessórias), o Código de 1973 não previa, em sua redação originária, a possibilidade de concessão provisória de uma tutela satisfativa, destinada a enfrentar situações de urgência mediante a antecipação, total ou parcial, da eficácia produzida pela sentença de procedência do pedido autoral. A tutela cautelar poderia apenas “proteger sem satisfazer”, como nos casos paradigmáticos do arresto e do sequestro, em que se “guarda” o bem jurídico, para posteriormente entregá-lo ao vencedor da demanda.

Diante desse quadro, era visível a deficiência do modelo adotado em solo nacional, pois: a) há situações de urgência em que, malgrado seu enquadramento nas hipóteses abstratas de determinada medida cautelar típica e nominada, concretamente não foram preenchidos os requisitos exigidos em lei (por vezes mais rigorosos que os pressupostos gerais do poder geral de cautela), o que conduzia à supressão de direitos prováveis, à minguagem de uma tutela adequada; b) há situações em que o provimento cautelar não se mostra apto a afastar o risco de perecimento do direito, diante da impossibilidade de se debelar a urgência sem a antecipação de efeitos assimiláveis aos da sentença de procedência do pedido principal (são bons exemplos os casos de fornecimento de remédios ou tratamentos de saúde); c) ao atribuir às cautelares um modelo procedimental baseado no rito de conhecimento, o sistema duplicou o trabalho forense, tornando

necessárias duas petições iniciais, dois despachos iniciais, duas citações e assim por diante, para o trâmite de uma pretensão que dispensaria tamanha formalidade.

A reforma processual realizada em 1994 diminuiu os impactos negativos desse modelo, entronizando – agora em caráter geral – o instituto da antecipação da tutela, de modo a permitir a prolação de provimentos satisfativos e provisórios, destinados a combater situações de urgência. Registre-se, porém, que o sistema adotou dois modelos procedimentais diferentes: um para a concessão de medidas cautelares (com a abertura do processo cautelar, dotado de procedimento próprio), outro para a prolação de medidas satisfativas (concedidas incidentalmente, sem a necessidade de instauração de uma nova relação processual). A utilização equivocada de um procedimento, no lugar do outro, poderia prejudicar a tutela do direito em discussão, sobretudo a depender do grau de rigor adotado pelo juiz no caso concreto: assim como nas décadas anteriores, houve julgados inadmitindo medidas cautelares “satisfativas”, reservando a análise desse pleito para o processo “principal”.

Em 2002, mediante nova reforma, evitaram-se os malefícios dessa duplicidade de formas. Embora sem negar as diferenças estruturais entre os dois tipos de medida, a legislação permitiu aos juízes desconsiderar a falha procedimental, deferindo no curso do processo medidas de natureza cautelar, sem a necessidade de instauração de nova relação processual. Abriu-se a possibilidade, portanto, de medida cautelar concedida sem o processo cautelar. E parte expressiva da doutrina também admitia a hipótese inversa, qual seja, a concessão de provimentos satisfativos em processo autônomo e antecedente, operando-se uma espécie de “fungibilidade de mão

dupla” entre ambas as formas de enfrentamento da urgência.

Após a reforma, entraram em declínio as medidas cautelares incidentais, concedidas em processo autônomo, na pendência do processo “principal”, vez que a nenhum dos atores envolvidos era conveniente esse modelo: o pleito em caráter incidental, nos próprios autos do processo de conhecimento, mostrou-se uma opção mais econômica e menos trabalhosa, para todos.

Feito esse breve histórico, pode-se dizer que o Código de Processo Civil de 2015 representou mais um passo nessa caminhada, que busca a simplificação (e a eficiência) do sistema processual. Como sintoma dessa tendência simplificadora, basta dizer que o novo estatuto revogou todo o Livro III do Código anterior, substituindo-o por menos de vinte artigos.

Para tanto, a principal medida adotada consistiu na revogação das medidas cautelares típicas e nominadas previstas no Código anterior, como as medidas de arresto, sequestro, busca e apreensão, entre outras. O novo estatuto reuniu todas essas técnicas sob o denominador comum do poder geral de cautela, fundado na demonstração de direito provável (*fumus boni juris*) exposto a risco (*periculum in mora*).

Perceba-se que não desapareceram as técnicas em si (como a constrição patrimonial, o depósito, o arrolamento de bens *etc.*), mas apenas a previsão de pressupostos específicos para o deferimento desses pleitos, assim como de procedimentos específicos para a sua tramitação, unificando-se os pressupostos e o procedimento dessas medidas. Escaparam, apenas, os procedimentos cautelares típicos previstos na legislação esparsa, como a Medida Cautelar Fiscal, regulada pela Lei n. 8.397, de 1992.

Vale registrar, ainda, que o Código de 1973 havia inserido em seu Livro III institutos que não possuem função cautelar, mas aos quais se concedia estrutura procedimental equivalente à das cautelares. Daí serem chamados, por parte da doutrina, de “falsas cautelares”. Com o advento do novo Código, esses institutos foram remetidos aos capítulos pertinentes à sua real função, como a produção antecipada da prova (Capítulo XII – Das Provas) e as notificações, interpelações e protestos (Capítulo XV – Dos Procedimentos de Jurisdição Voluntária).

Por fim, desapareceram as medidas cautelares destinadas a atribuir efeito suspensivo a recurso, vez que tal providência passou a ser requerida diretamente ao relator, mediante mera petição nos próprios autos (art. 995, parágrafo único).

Outra medida tendente à simplificação do sistema consistiu na eliminação do processo cautelar autônomo, quer antecedente, quer incidental. Como adiante explicitado, ainda é possível, em caráter excepcional, o uso dessa técnica, mas o centro de gravidade do sistema consiste atualmente em um processo sincrético, capaz de permitir, na mesma relação processual, a prática dos atos necessários à cognição, execução e cautela.

É possível, portanto, que a parte autora formule inicialmente o pedido de tutela de urgência – em caráter antecedente – e, na mesma relação processual, em momento posterior, apresente o seu pedido de tutela final, que, uma vez deferido, conduzirá à abertura da fase de cumprimento. Tudo em um mesmo processo, reitere-se.

Racionaliza-se o trabalho de todos os participantes do processo, diminuindo-se a quantidade de atos em geral, dantes duplicados desnecessariamente. Diminui-se, também, o custo financeiro da

demanda, vedando-se a duplicidade na cobrança de custas (arts. 295, 303, §3º, e 308).

No mais, o novo Código manteve dispositivos do regime anterior, de modo a preservar características da tutela cautelar, como a possibilidade de ser revogada ou modificada (art. 296), e a abrir um leque de medidas adequadas à sua efetivação (art. 297).

Nesse modelo de simplificação, critica-se a falta de dispositivo – expresso – a respeito da concessão *ex officio* de provimentos cautelares.

Como cediço, sob a rubrica “poder geral de cautela” a doutrina procedeu a duas construções distintas: a) a pretensão da parte autora a uma tutela cautelar, genérica e inominada, que, no sistema anterior, atuaria no universo residual, não abrangido pelas medidas típicas e nominadas; b) a possibilidade de atuação *ex officio* do magistrado, em casos excepcionais, de modo a debelar situações de urgências, ainda que no silêncio das partes.

O primeiro item mantém-se como um dos pilares da atual concepção normativa do tema, mas sobre o segundo paira o silêncio legislativo. De qualquer modo, a ausência de dispositivo expresso não se mostra capaz de inviabilizar o fenômeno.

Registre-se que o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4-6, reconheceu expressamente que a prolação de medidas cautelares se enquadra entre os “poderes implícitos à jurisdição”, não dependendo de previsão legal expressa. Logo, ainda que o julgamento não se referisse especificamente à prolação *ex officio* desses provimentos, a premissa estabelecida pela Suprema Corte – “o poder de acautelar é imanente ao de julgar” (Min. Sydney Sanches) – conduz a essa

possibilidade, inclusive à míngua de expressa vedação legal.

Não se diga que a prolação *ex officio* de provimentos cautelares pode levar à ditadura da toga, vez que o problema do Brasil – ao menos na área cível – consiste mais na apatia que no excesso de utilização desses poderes.

Feitas tais considerações, o novo Código de Processo Civil utiliza-se de três binômios, como chaves de leitura para os demais dispositivos pertinentes à tutela provisória: esta pode ser (a) baseada em urgência ou na evidência; e a tutela de urgência pode ser (b) cautelar ou antecipada (satisfativa) e (c) antecedente ou incidental.

No que tange à tutela de urgência, o Código demanda a presença de elementos que evidenciem a “probabilidade do direito” e o “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (art. 300).

O texto legal evita as incongruências decorrentes da expressão “plausibilidade do direito”, por vezes utilizada nas decisões judiciais e nos ensaios doutrinários. A mera plausibilidade (ou possibilidade) da argumentação exposta na petição inicial é insuficiente para a concessão da tutela provisória, que demanda uma análise mais complexa do caso concreto.

Como o processo é um jogo de “soma zero”, o provimento deferido em prol de uma das partes produz, quase sempre, restrições à esfera jurídica do adversário, razão pela qual exige a superioridade das alegações de um sobre as do outro.

A menção à “probabilidade do direito” deixa claro que, nesse jogo, não se avalia apenas um dos polos da argumentação, mas se busca perceber, no seu confronto, aquele de base mais sólida e de maior valor diante da ordem constitucional vigente. Mesmo nos casos

de provimento *inaudita altera parte*, confrontam-se as alegações autorais com os atos pré-processuais da parte contrária.

A expressão “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, ao seu turno, também se mostra superior ao texto do Código revogado (“receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”), assaz restritivo, vez que o perigo a ser debelado muitas vezes advém de elementos estranhos ao comportamento das partes. Ademais, o texto atual acena para uma equiparação entre os perigos de tardividade e de infrutuosidade, unificando o seu regime.

Como cediço, após a reforma processual de 1994, alguns setores da doutrina apresentavam essa tipologia de *pericula in mora* como um critério distintivo, capaz de separar as hipóteses de tutela cautelar e de tutela satisfativa.

O perigo de infrutuosidade, ou seja, o receio de que ao final o processo reste inócuo (“infrutífero”), estaria associado aos casos de tutela cautelar, como na clássica hipótese do arresto, em que a dilapidação ou ocultação do patrimônio do devedor tem o condão de esvaziar a utilidade do processo executivo.

O perigo de tardividade, por sua vez, seria combatido mediante provimentos satisfativos, em situações nas quais a demora na realização do direito não esvazia o resultado útil do processo, mas causa danos ao seu pretense titular. Exemplo típico seria o das prestações de caráter alimentar, que podem ser pagas ao final pelo vencido, corrigidas e acrescidas de juros, mas cujo atraso causa de logo privações ao titular do direito.

A prática, porém, demonstrou que o perigo de infrutuosidade nem sempre pode ser combatido mediante provimentos cautelares,

demandando por vezes medidas satisfativas. Como dantes mencionado, a judicialização da saúde fornece bons exemplos, em que o processo pode restar inócuo se não houver o imediato fornecimento de remédios e/ou tratamentos médicos.

Em verdade, caso a tutela de urgência seja requerida em caráter incidental (juntamente com o pedido principal ou após a sua formulação), o próprio binômio tutela cautelar e tutela antecipada (satisfativa) perde a sua utilidade, pois atualmente são idênticos os requisitos para o deferimento da medida, assim como o procedimento para sua análise, deferimento e efetivação.

No novo Código, há apenas um item dirigido exclusivamente à tutela antecipada incidental que, em tese, não se aplicaria à tutela cautelar incidental: a exigência de reversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, §3º), herança clara do art. 273, §2º, do estatuto revogado.

Entretanto, o *periculum in mora* é uma via de mão dupla, quer nos casos de tutela cautelar, quer nos casos de tutela antecipada satisfativa. Diz-se, com isso, que o juiz deve proceder a um confronto entre os riscos a que estão (ou serão) submetidas ambas as partes: o risco ao direito da parte autora, caso não haja a concessão do provimento provisório, assim como o risco a que estará exposto o adversário, se concedido tal provimento.

É certo que a tutela satisfativa, por permitir à parte autora o gozo de determinado bem jurídico, costuma gerar um risco maior à esfera jurídica do réu, mas isso denota apenas uma maior intensidade do fenômeno e não a sua exclusividade. O arresto de ativos financeiros, por exemplo, com nítida função cautelar, pode expor a parte contrária a sérios danos, decorrentes do inadimplemento de obrigações cíveis

e trabalhistas, fato que também deve ser sopesado no caso concreto.

Em resumo, a reversibilidade exigida pelo art. 300, §3º, do novo Código, nem é peculiar à tutela antecipada satisfativa, nem se mostra como óbice absoluto à prolação desses provimentos de urgência. Apenas a análise do caso concreto poderá determinar qual o risco maior e qual o risco mais grave, a que estão sujeitas as partes, bem como poderá sinalizar, ainda, a necessidade de adoção de medidas de salvaguarda, como a oferta de caução idônea (art. 300, §1º).

Já no que tange à tutela de urgência requerida em caráter antecedente, o binômio tutela cautelar e tutela antecipada satisfativa preserva a sua importância, pois ambas seguem por caminhos distintos.

Esta talvez seja a maior crítica ao novo Código, no que diz respeito à estrutura da tutela provisória: o legislador não concluiu a sua missão simplificadora, preservando uma variedade de procedimentos que não se mostra útil ao sistema.

Reitere-se: o fato de serem institutos diferentes (a tutela cautelar uma forma de tutela dos direitos, a tutela antecipada satisfativa apenas uma técnica processual) não as torna infensas a um tratamento procedimental comum, que simplifique a atuação das partes e evite retrabalhos e nulidades. Ademais, subsiste uma área fronteira entre ambos os institutos, capaz de gerar dúvida objetiva e razoável sobre o procedimento a ser utilizado no caso concreto.

Por exemplo, é bastante discutida a suspensão da eficácia de determinado ato jurídico, coordenada com um pedido final de natureza anulatória. Há quem afirme que a suspensão de eficácia não é efeito assimilável ao da proclamação da nulidade, pois são planos

diferentes do ato jurídico. Seria cautelar, portanto, esse provimento. N'outra banda, há quem diga que, ao requerer a anulação do ato jurídico, a parte autora busca justamente evitar ou desfazer a produção de seus efeitos. A suspensão da eficácia do ato se enquadraria, então, nos casos de tutela antecipada. Em suma, ambos os argumentos têm seu mérito.

Diante da diferença entre os procedimentos previstos em lei, o Código atribui à parte autora, ao requerer a tutela de urgência em caráter antecedente, o encargo de enquadrar o caso em um dos polos desse binômio (tutela cautelar ou tutela antecipada satisfativa), sem prejuízo de que o juiz possa corrigir possível falha e determinar o procedimento que lhe pareça mais adequado (art. 305, parágrafo único).

Não fica claro se assiste à parte o direito de recorrer de imediato contra esse ato de correção, vez que o art. 1.015 parece permitir tanto interpretação ampliativa (qualquer questão relativa às tutelas provisórias) quanto restritiva (apenas contra o deferimento, total ou parcial, ou contra o indeferimento dessas medidas). Registre-se, porém, que a mera possibilidade de estabilização da tutela satisfativa (fenômeno que não se aplica à tutela cautelar) permite entrever o interesse recursal da parte autora, assim como a inutilidade do seu recurso, se protraída a análise para momento posterior à prolação da sentença.

Em ambos os casos, a tutela provisória antecedente deve ser pleiteada perante o juízo competente para a análise do pedido principal (art. 299), pois o processo tende a prosseguir futuramente com a abertura da fase de cognição.

Neste ponto, convém abrir um parêntesis: o Código falha

ao não prever a possibilidade de apresentação do pedido de tutela provisória antecedente em outro foro, alheio àquele competente para a tramitação do pedido principal.

Não obstante o avanço da tecnologia de comunicação, em situações de grave urgência o local de efetivação do provimento judicial seria mais adequado que o foro do domicílio do réu, por exemplo. A distância geográfica é uma variável que pode dificultar a realização da tutela e que, portanto, deve ser ponderada pelo sistema, facultando-se à parte autora demandar no local mais adequado ao combate da urgência.

Nos casos de incompetência relativa, considerando-se que o juiz não poderá declinar de logo da competência e que a decisão de urgência porventura proferida poderá produzir efeitos até ser reavaliada pelo juízo competente, a sistemática em vigor mostra-se suficiente para evitar lesões graves a direitos.

No caso de incompetência absoluta, ao seu turno, o Código atual não reproduziu o dispositivo do Código revogado, que reputava nulo o ato decisório proferido pelo juízo incompetente (art. 112, §2º, CPC/73). Pela regra atual, salvo decisão em contrário, a decisão se mantém eficaz, até ser submetida ao crivo do juízo competente (art. 64, §4º).

Este dado poderia conduzir à mesma conclusão do item anterior, relativo à incompetência relativa, mas há uma diferença sutil entre as hipóteses em comento: a) na primeira, o juízo é competente para conhecer do pedido de tutela de urgência, até que a incompetência relativa venha ser alegada pela parte contrária e acatada pelo magistrado; b) na segunda, o juízo é absolutamente incompetente para conhecer do processo e, assim, do pedido de urgência. Ainda

que se afaste de antemão a nulidade do provimento de urgência que venha a ser proferido, não há comando explícito que atribua àquele juízo o poder dever de apreciar o pedido de urgência.

É verdade que tal encargo pode ser dessumido do sistema constitucional vigente, pois não se mostra razoável o perecimento de direito, decorrente do mero erro no direcionamento da demanda ou da divergência interpretativa entre os atores processuais. Entretanto, uma abertura tão ampla poderia estimular manobras fraudulentas, ao permitir à parte autora escolher qualquer juízo – de qualquer canto do país – para apresentar o seu pedido de urgência (por exclusão, incompetentes são todos os juízos do Brasil, não vinculados ao feito).

Melhor seria, reiterar-se, que o Código adotasse solução semelhante à do cumprimento de sentença, onde se admite a tramitação do feito em foro diferente daquele indicado para a fase de cognição. Naquele capítulo, o Código reconhece que o foro mais adequado para essa atividade não é necessariamente o mesmo previsto para a fase de conhecimento, admitindo o deslocamento de competência (art. 516, parágrafo único).

Fechado este parêntesis, convém examinar o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

Na tutela antecipada antecedente, a petição inicial se diferenciará das demais por um aspecto principal: a parte autora indicará o pedido principal da demanda, mas não o formulará de logo. Em vez disso, consignará expressamente que pretende se valer da prerrogativa de apresentá-lo depois, obtendo mais tempo para reunir material probatório e para burilar sua argumentação.

Do ponto de vista redacional, a pretensão principal não estará inserida no capítulo relativo aos pedidos, mas no setor destinado

à fundamentação, juntamente com a demonstração dos elementos capazes de evidenciar o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. No capítulo final, a parte pleiteará apenas a tutela de urgência, com a ressalva de posterior apresentação do pedido principal.

Perceba-se que isso não torna desnecessária a indicação do pedido principal, que permanece como peça importante da narrativa, auxiliando em diversas funções no processo, como a composição dos polos ativo e passivo da relação processual, a definição da competência para processar a demanda, a indicação do valor da causa, a fixação dos limites da tutela provisória, entre outras.

Como toda petição inicial, a peça de tutela satisfativa antecedente deve preencher também os requisitos do art. 319 do Código de Processo Civil, sem prejuízo da possibilidade de emenda ou de retificação, caso se detecte defeito sanável (art. 321).

Ao receber a petição inicial, cabe ao magistrado analisar o pedido de urgência inaudita altera parte ou abrir previamente o contraditório, de modo a permitir ao réu se manifestar sobre os fatos da causa. Conquanto o Código se refira apenas à justificação prévia (art. 300, §2º), reportando-se à citação somente após a designação de audiência de conciliação e mediação (art. 303, §1º, II), nada impede que se traga de logo o réu ao processo, concedendo-lhe prazo para se manifestar e prestar esclarecimentos sobre o pedido de urgência.

Sendo o contraditório um direito de efetiva influência, a regra geral consiste na prévia oitiva dos interessados. A prolação de provimentos inaudita altera parte se justifica apenas em casos de grave urgência ou quando o réu, uma vez ciente do pedido formulado, puder tornar ineficaz a medida pleiteada (hipótese prevista expressamente no art. 804 do Código revogado, sem texto equivalente no estatuto

atual, mas que permanece válida como necessidade do próprio sistema de tutela de direitos).

O adiamento da análise do pleito de urgência não implica negativa do *periculum in mora*, como requisito para o deferimento da tutela provisória. Sob a rubrica da “urgência” se reúnem situações bastante díspares, que podem ser agrupadas em uma escala crescente de intensidade: desde o risco de eventos lesivos previsíveis para o médio prazo (considerando-se a impossibilidade, em regra, de a sentença de procedência produzir imediatamente os seus efeitos) a situações de risco grave e iminente, para os próximos dias ou mesmo para as próximas horas. A negativa de visualização de uma urgência tão grave e intensa, capaz de justificar o deferimento *inaudita altera parte* do pedido, nada diz sobre as demais tonalidades desse espectro de *pericula in mora*, que, reiterar-se, podem vir a justificar a concessão da medida.

Analisado o pedido de tutela antecipada antecedente, *inaudita altera parte* ou após a oitiva do réu, o procedimento a seguir varia a depender do deferimento ou não desse pleito.

Deferida a tutela satisfativa, o autor dispõe do prazo de quinze dias (ou outro maior, a critério do juiz) para aditar a sua petição inicial, nos próprios autos, confirmando o pedido de mérito, que dantes havia sido apenas esboçado. Este prazo, à míngua de norma específica, tem início com a intimação do autor acerca do deferimento da tutela e lhe permite, ainda, juntar novos documentos e complementar a sua argumentação (art. 303, §1º, I).

Embora o Código silencie a respeito, não há impedimento à formulação de novos pedidos de mérito nessa fase, desde que admitida a sua cumulação com o pedido originário. Ao autor não

convém, entretanto, substituir o pedido originário por outro, se isso vier a quebrar a identidade entre os efeitos da sua possível procedência e os efeitos que lhe foram antecipados no processo, pois tal conduta daria ensejo à cassação da tutela antecipada, imputando-se-lhe a responsabilidade pelos danos causados à esfera jurídica do adversário (sem prejuízo da continuidade do processo para que se julguem esses novos pedidos).

Há, ainda, um prazo específico para manifestação da parte autora, quando, após o deferimento da medida de urgência, o réu não for encontrado (art. 302). Pela dicção do Código, se a parte não apresentar os subsídios necessários à citação nesse lapso de cinco dias (respeitados os §§1º e 3º do art. 319), responderá pelos danos produzidos, subentendendo-se que a sua inércia levará também à revogação do provimento de urgência e à própria extinção do processo sem julgamento de mérito (pois este não poderia prosseguir sem a citação do réu, inviabilizada pela inércia do autor).

D'outro lado, indeferida a tutela satisfativa, o Código prevê “a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem julgamento de mérito” (art. 303, §6º).

A dicotomia utilizada pelo Código (aditamento, no caso de deferimento da tutela; emenda, nos casos de sua rejeição) pode conduzir a equívocos, vez que a emenda mencionada no art. 303, §6º, não se confunde com a prevista no art. 321 do Código. Trata-se de uma oportunidade para a apresentação de novos elementos capazes de convencer o magistrado acerca dos pressupostos da tutela de urgência, não de medida destinada à correção de vícios.

Vale dizer: (a) a petição inicial onde não se demonstraram

os requisitos da tutela de urgência não é inepta, assim como não o é a petição inicial de uma demanda julgada improcedente; (b) se a petição inicial fosse indeferida, após o decurso do prazo de emenda, pelo mero fato de ainda não dispor de pedido principal, assim também seria recusada a petição inicial da tutela de urgência deferida, quando decorrido o prazo de quinze dias sem a confirmação do pedido principal.

Ademais, se o magistrado passou à análise do pedido de tutela provisória, presume-se que a petição inicial estava plenamente hígida ou, pelo menos, não possuía defeitos capazes de impedi-la de cumprir a sua função de retirar o Judiciário da inércia. Dito de outro modo, em ambos os casos (deferimento ou indeferimento da medida) a petição inicial da tutela antecipada antecedente cumpriu o seu papel: permitiu ao magistrado conhecer do pedido formulado pela parte autora. Não há mais que se falar em rejeição da exordial, o que não impede a extinção do processo, sem julgamento de mérito, por outras causas.

Outrossim, embora o art. 303, §6º, não mencione a possibilidade de formulação do pedido principal nesse prazo de cinco dias, nada impede a parte autora de fazê-lo, de modo a aproveitar a relação processual em curso e a evitar o pagamento de novas custas.

Em resumo, deferida ou não a tutela antecipada antecedente, cumpre à parte autora aditar a sua petição inicial, confirmando o pedido principal, nos prazos previstos na legislação. Atendida a determinação legal, o processo deve seguir pelo rito comum (ou outro rito especial compatível com a tutela de urgência antecedente). Inerte a parte autora, o processo será extinto sem julgamento de mérito, cessando a eficácia da tutela se porventura concedida.

Cumpre avaliar a possibilidade ou não de reapresentação do pedido de tutela antecipada satisfativa, cuja eficácia cessou devido à inércia da parte autora.

O art. 302 do Código, que se aplica à tutela de urgência em geral, prevê a responsabilidade objetiva do autor nas hipóteses de cessação da eficácia “em qualquer hipótese legal”. O caput do art. 309, inserido no capítulo “do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente”, refere-se genericamente: “cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: I – o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal; II – não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias” etc. Apenas o parágrafo único do art. 309 se reporta especificamente ao problema da nova demanda, estabelecendo que “se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo novo fundamento”.

Parece-nos que não há *discrímen* plausível para se aplicar essa regra apenas à tutela cautelar, quando os efeitos deletérios produzidos pela tutela satisfativa em desfavor do réu são normalmente ainda mais intensos. Embora haja diferenças no plano procedimental, o Código unificou o regime processual das tutelas de urgência, aplicando a ambas, entre outros temas, o mesmo regime de responsabilidade.

Logo, num caso como n’outro, a cessação da eficácia da tutela de urgência impede o deferimento de novas medidas de idêntico teor, salvo se a parte demonstrar novo fundamento.

Outra inovação do Código consiste na estabilização da tutela antecipada antecedente, quando não for impugnada tempestivamente pelo réu. Talvez seja o tema mais controvertido deste capítulo.

Pela sistemática atual, deferida a tutela antecipada antecedente e não sendo interposto recurso, os efeitos desta medida se estabilizam,

extinguindo-se o processo sem julgamento de mérito (art. 304). Os efeitos, assim estabilizados, apenas poderão ser desfeitos mediante nova demanda, promovida no prazo de dois anos, contado da ciência da sentença de extinção (art. 304, §§ 2º a 6º).

Não se trata de coisa julgada material, quer por dicção legal expressa (art. 304, §6º), quer pelo fato de que tais efeitos foram produzidos a partir de cognição sumária, não de cognição exauriente. Embora seja um caso de estabilização, não se enquadra no conceito de coisa julgada material, ad instar da eficácia de intervenção, prevista para as hipóteses de assistência simples. Nem tudo que se torna estável no processo (ou que se projeta para fora dele) se reveste da autoridade da coisa julgada material.

De qualquer modo, resta estranho o sistema, ao permitir que uma conduta do adversário interdite o caminho do autor rumo à resolução do mérito da demanda, privando-o da possibilidade de obter pronunciamento “nos moldes tradicionais”, apto à formação de coisa julgada material.

Embora a estabilização dos efeitos possa satisfazer integralmente os interesses da parte autora, cumpre indagar se esta pode se opor à estabilização da tutela, pugnando pela continuidade do processo rumo ao exame do mérito.

Como o sistema processual permite ao autor, mesmo de posse de um título executivo extrajudicial, optar pelo ajuizamento de processo de cognição (ação monitória ou outra submetida ao procedimento comum), haveria uma grande incoerência em privá-lo da possibilidade de obter uma decisão judicial transitada em julgado: seriam dois pesos e duas medidas.

Por outro lado, o réu pode atuar estrategicamente ao não interpor

o recurso, preferindo a estabilização da tutela ao risco de julgamento de mérito desfavorável. Assim, inviabilizada a estabilização por ato superveniente da parte autora, sairia o réu em dupla desvantagem: perderia no momento a via recursal e restaria exposto ao risco de procedência da demanda.

Deve, portanto, o autor registrar, de logo, em sua petição inicial da tutela satisfativa antecedente, manifestação de vontade contrária à estabilização dos efeitos do provimento provisório, o que permitirá ao réu ponderar tal fato no seu juízo estratégico. A manifestação posterior da parte autora deve ser desconsiderada, se capaz de frustrar esta expectativa legítima do réu.

Outra situação estranha ocorrerá quando nem a parte autora proceder ao aditamento da petição inicial, nem o réu interpuser recurso contra a decisão liminar. Em ambos os casos o processo será extinto sem julgamento de mérito, mas, no primeiro, o sistema acena para a cessação da eficácia da tutela antecipada, enquanto, no segundo, determina a estabilização desses efeitos.

Considerando-se que os prazos em comento não terminam necessariamente no mesmo dia, prevalece o fenômeno que se verificar primeiro: a) caso o prazo de aditamento da inicial seja o primeiro a se esgotar, opera-se a cessação da eficácia da decisão liminar; b) caso o prazo recursal decorra in albis quando ainda seria tempestivo o aditamento, estabiliza-se a tutela de urgência. Vencendo ambos os prazos no mesmo dia, é mais plausível a hipótese de estabilização, pois permite se retirar do processo um maior proveito social.

Também se pode indagar se é lícito ao réu evitar a estabilização dos efeitos mediante outra via, que não a interposição de agravo de instrumento contra a decisão liminar. Imagine-se, por exemplo,

mero pedido de reconsideração nos próprios autos ou a utilização da esdrúxula via da suspensão de liminar, ou, ainda, o ajuizamento de reclamação constitucional.

Para responder à indagação, um ponto relevante consiste em se identificar o papel da vontade do réu no fenômeno da estabilização: estamos diante de um acordo de vontades, ao qual o réu anuiria de modo tácito, mediante silêncio eloquente exposto pela ausência de impugnação? Ou, ad instar da revelia, estamos diante de mero ato-fato, sem a necessidade de questionamentos acerca da vontade de praticá-la?

Admitida a tese do acordo de vontades, a congruência levaria a se rejeitar a estabilização quando, por qualquer via, o réu manifestasse sua insurgência em face da decisão judicial. À míngua, porém, de qualquer indicativo legal que torne relevante a vontade da parte ré para a estabilização dos efeitos do provimento de urgência, resta preferível tomar tal conduta como ato-fato, sem que se discuta o ânimo que a conduziu.

Por esse mesmo motivo, não há qualquer embaraço à estabilização de efeitos contrários à Fazenda Pública, pois não se cuida de acordo realizado com a parte adversária, a demandar análise da competência administrativa do advogado público atuante no feito.

O mecanismo funciona de modo semelhante ao das ações monitórias opostas à Fazenda Pública, em que o silêncio da defesa no prazo legal produz efeito relevante (a consolidação do título executivo judicial formado a partir da decisão monitória).

Todos os argumentos utilizados para se defender a impossibilidade de estabilização da tutela de urgência contrária à Fazenda Pública (desrespeito à remessa necessária, risco de fraudes,

proteção ao interesse público etc.) foram debatidos quando do cabimento da ação monitória e, como cediço, a jurisprudência os rejeitou, ao ponto de o novo Código incorporar dispositivo expresso sobre o tema (art. 700, §6º).

Assim, adotada tal premissa, o mero pedido de reconsideração ou qualquer outra manifestação nos autos, que não o agravo de instrumento interposto contra a decisão liminar, não se mostra apto a impedir a estabilização da tutela.

Do mesmo modo, conquanto a jurisprudência reconheça a autonomia da suspensão de liminar em face do recurso interposto contra a decisão provisória, trata-se de construção que deve ser revista em face do novo Código (e não de dispositivo do novo Código que deva ser interpretado com base na doutrina e jurisprudência de antanho).

Deferida a suspensão, pelo presidente do Tribunal ou pelo colegiado competente, antes que se opere o decurso do prazo para o agravo de instrumento, não há efeitos que possam ser estabilizados. A estabilidade é mera qualidade que se agrega a determinado ente: sem o ente, não há como se projetar esta qualidade.

Entretanto, decorrido *in albis* o prazo para recurso, a estabilização dos efeitos é consequência imposta automaticamente pela lei, que apenas permite o seu desfazimento mediante processo autônomo. Logo, não cabe mais ao presidente do Tribunal interferir incidentalmente no caso concreto.

Não se cuida, no caso, de uma inversão da competência funcional hierárquica, atribuindo-se primazia à decisão da primeira instância sobre a decisão do Tribunal, mas do reconhecimento de que a lei passou a impor novos limites temporais ao uso da suspensão de

liminar.

Embora não haja prazo expresso para a veiculação do pedido de suspensão, a estabilização da tutela presta-se como marco peremptório, a partir do qual o sucedâneo recursal não se mostra mais apto a interferir no caso concreto.

Não se diga, ademais, que tal perspectiva conduziria ao enfraquecimento das vias processuais de defesa do interesse público, pois a estabilização decorre de ato-fato atribuível ao próprio réu. O limite temporal é gerado pela própria Fazenda Pública, que pode demandar os integrantes de seus quadros em caso de dolo ou culpa.

Quanto à reclamação constitucional, por sua natureza de demanda autônoma, nada obsta que, mesmo após a ocorrência da estabilização, seja utilizada para veicular a pretensão anulatória prevista no §2º do art. 304 do novo Código, dentro do prazo legal, derogando-se apenas a regra de prevenção do juízo em homenagem às normas especiais de competência, próprias do processamento desta via. Conquanto no regime anterior ao novo Código a reclamação não garantisse a participação da parte adversária, o art. 989, III, do atual estatuto lhe confere estrutura adequada ao contraditório e, portanto, à tarefa de expungir os efeitos estabilizados.

Quanto ao prazo para o ajuizamento da ação prevista no art. 304, §2º, é necessária uma crítica ao texto legal. Consoante os §§ 2º, 3º, 5º e 6º, desse artigo, a demanda permite a veiculação de três pretensões diferentes: revisão, reforma e/ou invalidação da tutela antecipada estabilizada. Quanto às duas últimas pretensões, atacam erros in iudicando e/ou in procedendo que venham a macular o provimento antecipatório, sendo razoável, pois, que o prazo para o ajuizamento da demanda tenha início a partir da intimação da

sentença de extinção do feito.

Entretanto, não há logicamente como deflagrar o prazo para a demanda revisional antes do advento dos fatos que embasariam essa pretensão. Seria algo como se considerar em curso possível prazo para requerer a diminuição ou o aumento do valor de pensão alimentícia, antes do desemprego ou do aumento de salário do alimentante. Haveria o risco de tais fenômenos ocorrerem após o decurso do prazo e, assim, de restar frustrado o ajuste monetário.

Por tais razões, conclui-se que o §5º não se aplica integralmente à pretensão revisional, hipótese em que, em homenagem ao princípio da actio nata, o mencionado prazo flui apenas a partir (da ciência) dos fatos que venham a embasar a necessidade de revisão.

Para terminar estas breves considerações sobre o art. 304, registre-se que pela redação literal do seu §3º a tutela antecipada estabilizada apenas poderia ser afastada por “decisão de mérito”, o que, a contrario sensu, excluiria a possibilidade de suspensão dessa eficácia mediante nova tutela provisória, concedida na demanda em comento.

Entretanto, na tutela de urgência não cabem as expressões “sempre” nem “nunca”. A casuística da matéria é tão rica que facilmente vêm à mente situações em que, vedada a concessão de tutela provisória para suspender, total ou parcialmente, a tutela antecipada estabilizada, a demanda prevista no art. 304 não se mostraria capaz de evitar danos graves e injustos. Basta imaginar o contexto em que fatos supervenientes afetaram o equilíbrio imposto pela decisão judicial, ou que o juiz prolator da decisão objurgada estivesse em claro impedimento ou, mais ainda, sob indícios veementes da prática de delito criminal.

Como as demais hipóteses de vedação à tutela provisória (aumento de vencimentos de servidores públicos, compensação tributária, entre outras), o dispositivo deve ser recebido como preceito geral, demandando maior ônus argumentativo da parte (e do julgador), no sentido de demonstrar a excepcionalidade do caso concreto. Mas não deve ser visto como óbice absoluto. Não como um “nunca”.

No que diz respeito à tutela cautelar antecedente, um dado positivo é que, por não ter caráter satisfativo, não há que se falar na estabilização de seus efeitos (ninguém imagina se deixar bloqueado certo ativo financeiro, sem permitir movimentação pelas partes, até que nova demanda seja promovida para se decidir o seu destino). Isso torna o desenho desse instituto mais simples que o da tutela antecipada antecedente.

A crítica que pode ser feita ao Código, neste item, é o seu excessivo apego às disposições do estatuto revogado. Em geral, manteve-se o mesmo rito: petição inicial, citação, prazo de cinco dias para a defesa, contestação, e, em seguida, “contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum” (art. 307, parágrafo único).

Em regra, não haverá obrigatoriamente audiência de conciliação, pois o processo prosseguirá pelo rito comum em uma fase posterior à apresentação de defesa, mediante as providências preliminares (adequando-se o prazo de réplica para cinco dias, de modo a garantir a paridade de armas entre as partes), a produção de provas (no limite necessário à demonstração dos requisitos da tutela cautelar, sem invadir a análise do pedido principal) e a prolação de sentença.

Indeferida a medida liminar, à míngua de norma legal expressa, não é obrigatória a apresentação do pedido principal nos mesmos autos da tutela cautelar antecedente, embora seja permitido à parte autora fazê-lo, de modo a obter o máximo proveito desta relação processual.

Não sendo apresentado o aditamento, sobrevive no sistema um processo exclusivamente vocacionado à tutela cautelar, na contramão da tendência de adoção do processo sincrético. Melhor seria se, deferida ou não a liminar, o sistema instasse o autor a apresentar o pedido principal, sob o ônus da extinção do processo sem julgamento do mérito (cautelar), à semelhança do que fez quanto à tutela antecipada satisfativa. Vale novamente dizer: o fato de terem naturezas diferentes (a tutela cautelar e a tutela antecipada) não impede um regramento comum, capaz de simplificar o sistema.

De qualquer modo, concedida a tutela cautelar, o Código defere o prazo de trinta dias para apresentação do pedido principal (ou seja, para a cumulação dos pedidos cautelar e principal), admitindo a complementação da causa de pedir (art. 308, §2º). Há uma pequena diferença, neste ponto, entre a tutela antecipada e a tutela cautelar antecedentes: no primeiro caso, o aditamento confirma o pedido principal previamente indicado; no segundo, como a petição inicial não exigia a definição do pedido principal, contentando-se com a “indicação da lide e de seu fundamento” (art. 305), o sistema confere uma maior margem de liberdade ao autor na hora do aditamento.

Quanto à contagem do prazo, o Código menciona como termo inicial a efetivação da tutela cautelar (art. 308), reproduzindo a legislação revogada. Trata-se de um marco temporal impróprio, bastante vago, capaz de gerar insegurança no processo: quid juris,

quando a efetivação da tutela cautelar se estender por longo período de tempo? Ou quando não for noticiada tempestivamente nos autos do processo? Ou quando houver dúvidas sobre a integralidade da efetivação? São muitas as variáveis incidentes sobre o caso e, mesmo nas décadas de vigência do Código anterior, diversas perguntas restaram sem uma resposta uniforme da jurisprudência. Consoante os reclamos da doutrina, teria sido mais razoável se fixar como termo inicial do prazo para apresentação do pedido principal a intimação da parte autora acerca da decisão concessiva da tutela cautelar antecedente.

Caso decorra “in albis” esse prazo, o processo será extinto sem análise do mérito, cessando a eficácia do provimento liminar, com a responsabilização da parte autora pelos prejuízos causados ao adversário e a impossibilidade de repropositura da demanda, salvo se por novo fundamento. Mantêm-se novamente, pois, os ditames do regime revogado.

Caso seja tempestivamente apresentado o pedido principal, o Código remete a matéria ao procedimento comum, mas desta vez em uma etapa anterior, de modo a contemplar a audiência de conciliação ou mediação (art. 308, §3º). Parece-nos que a designação de audiência é medida que se impõe sempre que apresentado o pedido principal, quer nas hipóteses em que tal providência é obrigatória (concessão da tutela liminar), quer quando facultativa (indeferimento da tutela liminar), de modo a se manter o paralelo com as regras do procedimento comum. Ressalvam-se, por óbvio, as exceções previstas no art. 334 do Código.

Por fim, cumpre tecer algumas breves considerações sobre a tutela de evidência. Esta se afasta conceitualmente da tutela de

urgência ao dispensar o *periculum in mora* (art. 311), demandando, por outro lado, uma demonstração mais incisiva da probabilidade do direito alegado. Parte-se da premissa de que o tempo necessário ao desenvolvimento da relação processual traz em si um ônus, que não há de ser assumido necessariamente pela parte autora, mas por aquele a quem for oposta uma pretensão dotada de grande probabilidade de êxito. Redistribui-se o ônus do tempo do processo e, como isso, evita-se que o bem jurídico permaneça nas mãos de alguém cuja argumentação está provavelmente fadada ao insucesso. Justamente em face dessa estrutura peculiar e mais rigorosa, nada impede o deferimento da tutela de evidência nos casos em que se proíbe a concessão de liminar em mandado de segurança (art. 7º, §2º, da Lei n. 12.016, de 2009) ou de outros provimentos similares.

Registre-se que, no Código atual, foram arroladas quatro hipóteses que autorizam a tutela de evidência, evitando-se disciplinar o instituto com base apenas em termos abertos, como feito no tocante à tutela de urgência. Logo, é necessário não apenas demonstrar as boas chances de êxito do pleito, mas fazê-lo mediante o enquadramento do caso em uma das hipóteses legais, nas quais a evidência se considera presente *in re ipsa*.

Diante dessa diferença de esforço argumentativo, entre as duas categorias de tutela provisória, não é lícito ao magistrado receber o pedido de tutela de urgência como se de evidência fosse, salvo se excepcionalmente a petição lhe trazer considerações sobre a presença dos requisitos do art. 311 do CPC.

Perceba-se, ademais, que o rol do art. 311 foi concebido a partir das necessidades da fase de cognição, sem menção expressa, por exemplo, a hipóteses de uso na fase de cumprimento, na execução

de títulos extrajudiciais, entre outros. Nada impede, porém, que se ajustem tais incisos às necessidades daqueles outros feitos, permitindo-se, por exemplo, o redirecionamento de execuções fiscais em desfavor dos responsáveis descritos no art. 135 do Código Tributário Nacional, quando comprovada documentalmente a dissolução irregular da empresa (prova do não funcionamento no local indicado como sede), diante do entendimento sumulado do colendo Superior Tribunal de Justiça (enunciado n. 435).

De qualquer sorte, algumas das hipóteses descritas em lei possuem nítido paralelo com previsões do Código revogado e/ou da legislação esparsa.

A primeira hipótese, fundada no abuso do direito de defesa ou no manifesto propósito protelatório da parte, praticamente reproduz o art. 273, II, do estatuto anterior. Conquanto embasada em condutas descritas como ilícitos processuais, não se trata propriamente de uma sanção, mas, reitere-se, de uma medida de redistribuição do ônus do tempo do processo.

A tutela de evidência, no caso, decorre da presumível ausência de razão, que se indicia a partir das condutas abusivas e protelatórias, mas não assume a natureza de uma sanção contra a improbidade em si, ad instar das multas previstas a título de litigância de má-fé e ato atentatório à dignidade da Justiça.

É possível o cometimento de abusos ou protelações que não conduzam à aplicação desse dispositivo: basta se imaginar a má conduta daquele que aparentemente tem razão (por exemplo, daquele que navega a favor da corrente jurisprudencial, com argumentação fundada em precedente paradigmático das Cortes Superiores). Considerando que o cerne da medida consiste na evidência do direito

exposto, não se pode deferi-la em prol daquele que, presumivelmente, não tem razão, consoante parâmetros descritos no inciso II do mesmo artigo.

O inciso II, de fato, trata-se de uma ferramenta para a operacionalização do sistema de precedentes no direito brasileiro. Age nas situações em que não há controvérsia relevante sobre a matéria de fato (ou quando tal controvérsia puder ser aparentemente dirimida com a prova documental acostada aos autos) e, no campo das questões jurídicas, a matéria sub judice houver sido decidida em julgamento de casos repetitivos (vale dizer, em julgamento de recursos especial ou extraordinário repetitivos ou em incidente de resolução de demandas repetitivas).

Esta previsão guarda um paralelo com o julgamento de improcedência liminar do pedido: na tutela de evidência, o precedente paradigmático atua em favor da parte autora, enquanto no julgamento de improcedência liminar, contra o pedido autoral. É o mesmo fenômeno, mas em sentidos vetoriais inversos e com as adaptações procedimentais necessárias (não se poderia antecipar a própria sentença de procedência, sem a prévia abertura do contraditório em prol da parte ré).

Conquanto o dispositivo silencie, resta implícito que a tese firmada no julgamento paradigmático deve ser compatível com o caso concreto (ou seja, o caso não deve ser passível de distinção, formulada a partir de suas peculiaridades) e não pode ter sido superada pela Corte de origem. A distinção e a superação são técnicas a serem observadas em qualquer caso onde se pretenda a aplicação de precedentes judiciais.

A terceira hipótese legal de tutela de evidência possui estrutura

semelhante à da liminar da ação de busca e apreensão fundada em alienação fiduciária em garantia (art. 3º, Decreto-Lei n. 911, de 1969). Demonstrada a existência de contrato de depósito (e, a fortiori, o termo final do prazo para devolução da coisa depositada ou a notificação do réu para fazê-lo), decreta-se a ordem de entrega do objeto custodiado. O Código menciona a “cominação de multa”, mas as medidas de apoio ao cumprimento dessa ordem judicial devem ser ajustadas ao caso concreto; não se afasta, por exemplo, a hipótese de ordem de busca e apreensão do objeto, caso produza um resultado mais efetivo que a cominação das astreintes.

A quarta e última hipótese legal menciona a apresentação de prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Veda-se, no caso, o deferimento inaudita altera parte da medida, pois a previsão legal exige que se aguarde a defesa do réu, oportunidade em que poderá suscitar dúvida razoável tanto sobre os fatos constitutivos do direito do autor, quanto sobre a ocorrência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito.

Interessante registrar que esta hipótese legal: a) fundamenta-se em prova documental e b) não demanda o prévio amadurecimento das questões jurídicas debatidas no processo, mediante precedente paradigmático.

De um lado, o sistema abre mais uma concessão ao sistema de provas tarifadas, ao pontuar de modo qualificado apenas um dos meios probatórios legalmente admitidos. Por amor veritatis, registre-se que, ao julgar o mérito da demanda, o magistrado permanece sopesando integralmente o acervo probatório coligido aos autos, mas, para este fim específico, apenas o manuseio da prova

documental foi autorizado pelo legislador. O dispositivo mostra-se rigoroso, inclusive, quando confrontado com a atual disciplina da ação monitória, que evoluiu para aceitar a prova documentada e não apenas a documental (art. 700, §1º).

De outro lado, deve-se indagar: um processo no qual não houve controvérsia relevante sobre a matéria fática pode receber tratamento mais severo que aquele onde a controvérsia foi aparentemente resolvida pela prova documental?

No que tange aos mandados de segurança – em que o conceito de direito líquido e certo conduziu a questionamento semelhante – a doutrina e a jurisprudência há muito se inclinaram pela resposta negativa. Em ambas as demandas, admite-se o writ.

Mantida tal premissa, a incidência do instituto ganharia novos contornos, estendendo-se pelo âmbito de cabimento do julgamento antecipado da lide, com sensível diminuição do universo de sentenças submetidas ao efeito suspensivo da apelação.

A norma, portanto, não incidiria apenas no que se tornou evidente devido à apresentação de documentos na exordial e à não produção de provas relevantes no momento da defesa, mas também em todos os casos que dispensem a produção de outros meios de prova (desde que a defesa do réu não se mostrasse capaz de gerar dúvida convincente).

O tema, de qualquer modo, conduz a certa perplexidade, pois permite o retorno à mera utilização de termos abertos (sobretudo o conceito de “defesa capaz de, nas questões jurídicas, gerar dúvida razoável”), o que se procurou afastar da seara da tutela de evidência.

De todo modo, como diria certo jornalista lusitano, “é cauteloso duvidar de tudo que subjuguie a evidência”.