

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS EM DIREITO
NÚCLEO DE DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL TRIBUTÁRIO

LEANDRO LOPES GENARO

TUTELA PROVISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

São Paulo

2017

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

LEANDRO LOPES GENARO

TUTELA PROVISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Livre-Docente Renato Lopes Becho.

São Paulo

2017

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

TUTELA PROVISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Livre-Docente Renato Lopes Becho.

Aprovado em: ___/___/___.

Banca Examinadora

Professor Doutor Renato Lopes Becho (Orientador)

Instituição: PUC-SP

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

DEDICATÓRIA E AGRADECIMENTOS

À Deus, que me deu essa oportunidade incrível de vida.

À Jessica Mota,
cuja parceria e amor permitiram me jogar nesse desafio,
participando junto em todos os momentos.

Aos meus amados pais, ao meu abuelito, e toda minha família,
pelas lições de vida e estímulo de sempre.

Ao meu orientador, Professor Renato Lopes Becho,
responsável direto por grande parte do meu desenvolvimento
acadêmico, profissional e pessoal, com sua paciência e amizade.

Aos professores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
em especial aos Professores Roque Antônio Carrazza e Isabela
Bonfá de Jesus, que me guiaram nos estudos e aprendizados.

Aos meus amigos que sempre participaram e incentivaram nesta
jornada, em especial Gustavo Perez Tavares e Victor Augusto
Pereira Sanches. Meu obrigado, sempre.

RESUMO

A dissertação analisa a nova sistemática das tutelas provisórias decorrentes do Código de Processo Civil de 2015 e as suas implicações nas discussões judiciais envolvendo matéria tributária, analisando a evolução das tutelas provisórias, seu conceito e definição e as disposições trazidas pelo atual *Codex* processual, bem como a aplicação deste instrumento processual em face da Fazenda Pública, as limitações existentes e seus reflexos nas ações ajuizadas pelos Contribuintes para questionar matéria tributária, analisando situações concretas vivenciada no Poder Judiciário.

Palavras-chave: Código de Processo Civil. Tutelas Provisórias. Fazenda Pública. Restrições. Ações Tributárias.

ABSTRACT

The dissertation analysis the new procedures involving preliminary injunctions arising from the Civil Procedure Code of 2015, and its implications in tax matters, by means of tracing its historical evolution, concept and characteristics in the new Code. In addition, the dissertation analysis the use, by tax payers, of preliminary injunctions against the Public Treasury and Tax Authorities, its limitations and reflexes in concrete cases.

Key-words: Civil Procedure Code. Preliminary Injunctions. Public Treasury. Tax-related Actions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
I. DA TUTELA JURISDICIONAL.....	12
I.1. Tutela jurisdicional: Conceitos, Características e Espécies.....	12
I.2. O tempo e a efetividade da tutela jurisdicional.....	18
II. DA TUTELA PROVISÓRIA.....	22
II.1. Breves Notas Acerca da Evolução Histórica do Processo Civil.....	22
II.2. Breve Evolução Histórica da Tutela Provisória	29
II.3. Distinção entre a Tutela Cautelar e a Tutela Antecipada	38
II.4. As Tutelas Provisórias e o Processo Legislativo do Código de Processo Civil de 2015.....	50
II.5. Considerações Gerais sobre as Tutelas Provisórias no Código de Processo Civil de 2015	53
II.6. Tutela Provisória de Urgência.....	58
II.6.1. Tutela Provisória de Urgência de Natureza Cautelar Requerida em Caráter Antecedente.....	66
II.6.2. Tutela Provisória de Urgência de Natureza Antecipada Requerida em Caráter Antecedente.....	71
II.6.3. Estabilização da Tutela Provisória de Urgência de Natureza Antecipada Requerida em Caráter Antecedente.....	74
II.7. Tutela Provisória de Evidência.....	80
III. DA TUTELA PROVISÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA	85
III.1. Direito Processual Tributário e a Fazenda Pública	85
III.2. Justificativas das Prerrogativas da Fazenda Pública: a Isonomia e o Interesse Público	92
III.3. Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública Previstas no Código de Processo Civil de 2015	100
III.4. Limitações à Concessão de Tutela Provisória em face da Fazenda Pública e a sua Aplicabilidade às Lides Tributárias	105

IV. TUTELAS PROVISÓRIAS E SUA APLICAÇÃO DAS DIVERSAS AÇÕES EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA	111
IV.1. Tutela Provisória como Causa Suspensiva da Exigibilidade do Crédito Tributário	111
IV.2. Tutela de Evidência em Direto Tributário	114
IV.3. Tutela de Evidência em Mandado de Segurança	117
IV.4. Ações Ordinárias em Matéria Tributária e as Tutelas Provisórias de Urgência ..	121
IV.5. Estabilização da Tutela em Matéria Tributária	127
IV.6. Cautelar Antecipatória de Garantia para fins de Certidão de Regularidade Fiscal	130
NOTAS CONCLUSIVAS	135
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	143

INTRODUÇÃO

As tutelas provisórias estão, indubitavelmente, entre os temas mais polêmicos¹ do direito processual, sendo reconhecido como um dos mais complexos, em especial quando se analisa suas implicações em outras áreas do direito, como o tributário, e a própria praxe forense. E este é o tema central deste trabalho, analisar a nova sistemática das tutelas provisórias decorrentes do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) e suas implicações nas discussões judiciais envolvendo matéria tributária.

O tema em estudo causou forte controvérsia jurídica desde o início de sua sistematização pelos processualistas alemães e italianos, a partir do século XIX, e ainda causa grandes dificuldades, tanto acadêmicas quanto práticas.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 alterou significativamente a sistemática anterior, mas, possivelmente em razão de seu conturbado e, quiçá, inconstitucional processo legislativo, perdeu uma excelente oportunidade de pacificar a questão jurídica e harmonizar o nosso ordenamento, considerando a doutrina e jurisprudência mais abalizada acerca deste controverso assunto. Ao contrário, o novo Código de Processo Civil trouxe ainda maiores complicações e controversas à matéria, as quais vêm sendo objeto de estudo e terão de ser decididas pelo Poder Judiciário, inexistindo, ainda, uma jurisprudência consolidada acerca dos temas ora estudados².

Esta situação acaba se tornando ainda mais complexa quando trazemos os conceitos do Código de Processo Civil para as lides envolvendo matéria tributária, que contém suas especialidades e diferenças que tornam ainda mais discutível a utilização das tutelas provisórias, sendo este o objetivo deste estudo: analisar as implicações do Código de Processo Civil nas tutelas provisórias em ações judiciais envolvendo matéria tributária.

¹ DA SILVA, Ovídio Baptista. Do Processo Cautelar. 3ª Ed., Rio de Janeiro, Forense: 2001. p. 10.

² BECHO, Renato Lopes. Dos impactos do novo CPC no direito e processo tributário. Revista de Estudos Tributários, Ano XIX, nº 110, jul-ago.2016. p. 618.

Buscaremos, de início, delimitar as tutelas provisórias como espécie de tutela jurisdicional, decorrente de cognição sumária, marcada fortemente pelo fator tempo, em razão de seus gravosos efeitos às partes e à solução eficaz da lide.

Antes de analisar as tutelas provisórias no Código de Processo Civil de 2015, analisaremos brevemente o histórico da ciência do direito processual civil e das tutelas provisórias, bem como a sua evolução legislativa do tema dentro do processo legislativo que deu origem ao atual *Codex* processual. Entendemos que este levantamento nos auxiliará a compreender de forma mais completa e adequada o objeto em estudo, pois não se pode pensar no futuro se não analisarmos de onde viemos e onde estamos.

Identificaremos, após, a estruturação orgânica das tutelas provisórias, intrigada e ainda não solucionada questão jurídica, para verificar quais os limites e diferenças entre as tutelas provisórias de urgência de natureza cautelar e antecipada.

Na vigência da legislação anterior, a distinção entre ambas as espécies de tutela perdeu força na prática jurídica, permanecendo em foco apenas para questões acadêmicas. Entretanto, o novo Código de Processo Civil de 2015, ao invés de enterrar de vez esta questão, acabou por complicar ainda mais o seu estudo e utilização prática, unificando os requisitos, mas trazendo consequências e efeitos completamente distintos para ambas as espécies.

Definindo nossa premissa acerca da distinção entre tais espécies de tutelas provisórias, essencial para as conclusões posteriores, passaremos então a estudar a tutela provisória tal qual prevista no Código de Processo Civil de 2015, seguindo a sua atual estrutura, iniciando-se com o seu artigo 294 (disposições gerais) até o artigo 311 (tutela de evidência), passando assim a estudar as características genéricas das tutelas provisórias, as regras para as tutelas de urgência e suas espécies, inclusive a estabilização da tutela provisória, e finalizando o capítulo com a apreciação da nova tutela provisória de evidência.

No terceiro capítulo deste trabalho, buscaremos trazer a nova sistemática das tutelas provisórias para as ações judiciais envolvendo a Fazenda Pública, bem como quais as justificativas para as prerrogativas existentes, se tais justificativas encontram amparo em nossa Constituição Federal, bem como quais as alterações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015.

Analisaremos ainda as limitações à concessão da tutela provisória em face da Fazenda Pública, e qual a sua aplicabilidade às ações em matéria tributária, com especial enfoque no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4 pelo Supremo Tribunal Federal, comumente utilizada como fundamento de validade das restrições impostas à concessão das tutelas provisórias em face da Fazenda Pública envolvendo matéria tributária.

Exploraremos então situações concretas e específicas de como a nova sistemática das tutelas provisórias afeta as ações judiciais em matéria tributária.

Iniciaremos este capítulo analisando a possibilidade de as tutelas provisórias serem utilizadas como uma das hipóteses suspensivas da exigibilidade do crédito tributário, qual o seu fundamento legal, analisando-se na sequência a específica tutela provisória de evidência, inclusive em Mandado de Segurança.

Por fim, verificaremos as tutelas provisórias de urgência a serem utilizadas nas ações ordinárias envolvendo questões tributárias, observando qual a espécie cabível, se as tutelas de natureza cautelar ou de natureza antecipada, o que nos trará o próximo tema a ser analisado, qual seja, a possibilidade de estabilização das decisões provisórias de urgência envolvendo questões tributárias. Será ainda analisada a possibilidade de se garantir de forma antecipada a execução fiscal para obtenção da Certidão de Regularidade Fiscal pelos Contribuintes, direito este já reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça na legislação anterior, e que passou por mudanças com o Código de Processo Civil de 2015.

I. DA TUTELA JURISDICIONAL

I.1. Tutela Jurisdicional: Conceitos, Características e Espécies

Inicialmente, importante destacar que, em geral, as expressões “*tutela jurisdicional*” e “*prestação jurisdicional*” são utilizadas como se sinônimos fossem. Todavia, são institutos jurídicos distintos, e, assim, devem ser diferenciados.

A tutela jurisdicional, essencialmente, é a efetiva proteção e satisfação do direito perseguido pela parte no processo, cuja tutela é exclusiva do Estado, sendo vedada a autotutela pelos particulares e pela própria Administração Pública.

Por seu turno, a prestação jurisdicional consiste mais propriamente no serviço prestado pelo Estado por meio do Poder Judiciário, que se instrumentaliza através do processo para a solução da lide. Ou seja, a prestação jurisdicional é o serviço prestado pelo Estado para a concessão da tutela jurisdicional à parte.

Nesse sentido, as lições de Humberto Theodoro Júnior:

Urge não confundir tutela com prestação jurisdicional: uma vez que se tem como abstrato o direito de ação, a garantia de acesso do litigante à justiça lhe assegura um provimento jurisdicional, capaz de proporcionar a definitiva solução para o litígio, mesmo quando o autor não detenha de fato o direito que afirma violado ou ameaçado pelo réu. Na satisfação do direito a composição do litígio (definição ou atuação da vontade concreta da lei diante do conflito instalado entre as partes) consiste a prestação jurisdicional. Mas, além dessa pacificação do litígio, a defesa do direito subjetivo ameaçado ou a reparação da lesão já consumada sobre o direito da parte também incumbe à função jurisdicional realizar, porque a justiça privada não é mais tolerada (salvo excepcionalíssimas exceções) pelo sistema de direito objetivo moderno. Assim, quando o provimento judicial reconhece e resguarda *in concreto* o direito subjetivo da parte, vai além da simples prestação jurisdicional e, pois, realiza a tutela jurisdicional. Todo litigante que ingressa em juízo, observando os pressupostos processuais e as condições da ação, tem direito à prestação jurisdicional (sentença de mérito ou prática de certo ato executivo); mas nem todo litigante faz jus a tutela jurisdicional).³

³ THEODORO JR., Humberto. Tutela jurisdicional de urgência – Medidas cautelares e antecipatórias. 2ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 2.

Assim, a tutela jurisdicional implica na definição da lide posta em Juízo pelas partes, na obtenção do bem da vida, na realização *in concreto* do direito material⁴, e não efetivamente com a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado.

O vocábulo tutela comporta dois significados distintos, sendo o primeiro em sentido amplo, com a obtenção, pelo litigante que tem razão, daquilo que o direito material lhe assegura, e o segundo em sentido estrito, na qual a tutela está vinculada ao tipo de provimento que o sistema processual define como cabível no caso⁵.

A tutela jurisdicional, conforme previsto no Código de Processo Civil de 1973, poderia ser de conhecimento, cautelar ou executiva, estando, portanto, ligada ao provimento jurisdicional pretendido (pedido imediato) e não ao bem da vida perquirido (pedido mediato). O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, não dá autonomia ao processo cautelar, colocando-a ao lado da tutela antecipada como espécies do gênero da tutela de urgência, conforme restará demonstrado oportunamente.

Assim, ao se falar em tutela de conhecimento, provisória (cautelar, antecipada ou de evidência) ou executiva, trata-se da tutela em sentido estrito, como mecanismos processuais assegurados às partes litigantes para buscar os seus direitos, sendo o seu efetivo alcance pela parte que possui a tutela em sentido amplo.

Acerca da evidente relação entre tutela e o direito material buscado, ainda que sem ingressar na distinção entre a tutela em sentido estrito e amplo, Luiz Guilherme Marinoni afirma que “*a tutela deve expressar a necessidade do direito material e, em outros termos, reflete o bem da vida buscado pelo jurisdicionado.*”⁶

Essa vinculação entre a tutela e o direito material ganha ainda mais relevância nas tutelas provisórias, nas quais o direito material a ser protegido está diretamente relacionado com os meios processuais postos à disposição dos litigantes.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de tutela. 10ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 28.

⁵ FERREIRA, William dos Santos. Tutela antecipada no âmbito recursal. São Paulo: Ed. RT, 2000. P. 69/72.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 435.

As tutelas provisórias são espécie de tutelas jurisdicionais diferenciadas, em contraponto com a tutelas comuns.

Em linhas gerais, esta última é aquela que não apresenta especificidades e é adotada para a generalidade dos casos, sendo verdadeira tutela residual, na qual o Magistrado analisa profundamente a questão jurídica posta em discussão nos autos.

Já a tutela diferenciada é ligada à efetividade do processo, se caracterizando como o conjunto de técnicas e modelos para fazer o processo atuar de forma eficaz, garantindo adequada proteção dos direitos segundo o caso concreto⁷, por meio de uma análise perfunctória, e tem por objetivo evitar que o tempo comprometa o resultado do processo⁸.

A tutela provisória, como já dito, é uma das modalidades de tutelas diferenciadas, a qual é essencialmente marcada pelo fator tempo, permitindo a pronta atuação do Estado, o qual, por monopolizar a jurisdição, tem o dever de coibir os danos causados pelo transcurso do tempo para a efetivação da tutela jurisdicional. A tutela provisória se diferencia da tutela comum, assim, em razão da forte influência do fator tempo, possibilitando que a decisão seja tomada de forma mais célere e com cognição mais simplificada.

Cognição é o ato complexo do Magistrado, através do qual avalia, considera e valora as alegações de fatos e de direitos, bem como as provas dos autos, a fim de formar um juízo de valor sobre as questões que foram suscitadas por ambas as partes, a fim de tomar uma decisão acerca do bem da vida posto em litígio⁹ ou, então, das diversas questões incidentais que devem ser decididas no curso do processo por meio de decisões provisórias.

Acerca do conceito de cognição, Kazuo Watanabe, em clássica obra sobre o tema, afirma que cognição é:

⁷ LOPES, João Batista. Curso de direito processual civil – parte geral. São Paulo: Atlas, 2005. p. 25.

⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 26.

⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. v. 1. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1998. p. 249.

(...) prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.¹⁰

Já no caso das decisões provisórias, em razão da necessidade premente de uma tutela jurisdicional, pode o Magistrado decidir determinada questão jurídica com base na cognição sumária, ou seja, nos elementos que lhe foram apresentados até tal momento, sem um maior aprofundamento, o qual fica postergado, oportunidade em que, por meio da cognição plena, se decidirá a questão jurídica de forma mais completa. Novamente nos socorremos das lições de Kazuo Watanabe, para quem a cognição sumária:

(...) constitui uma técnica processual relevantíssima para a concepção de processo que tenha plena e total aderência à realidade sociojurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos.¹¹

Luiz Guilherme Marinoni defende, em linhas gerais, que a cognição sumária permite (a) assegurar a viabilidade de um direito, (b) realizar antecipadamente este determinado direito quando (b.1) restar demonstrada a existência de uma situação de perigo, (b.2) a ação ordinária principal demandar, por sua própria natureza, tempo excessivo, ou (b.3) se verificar abuso do direito de defesa da parte contrária.¹²

E, justamente por ser decidida com base em cognição sumária, a tutela provisória fica sujeita a posterior confirmação pelo Magistrado que a proferiu, o que será realizado por meio de decisão proferida com cognição exauriente, após o devido processo legal, princípio geral norteador das funções do Estado e instrumento de efetivação dos direitos fundamentais¹³.

Por esse mesmo motivo, aliás, é que as tutelas provisórias não ficam acobertadas pelo manto imutável da coisa julgada material.

¹⁰ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2ª. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 58/59.

¹¹ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2ª. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 145.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de tutela. 10ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 32/33.

¹³ GIOIA, Fulvia Helena de. O descumprimento do devido processo legal como causa da insegurança jurídica tributária: uma afronta à cidadania. Revista Tributária e de Finanças Públicas, nº 1169, mai.jun de 2014. São Paulo: RT. 2014. p. 252.

De fato, nas tutelas provisórias, o juiz se limita a reconhecer a plausibilidade ou probabilidade do direito invocado pela parte à luz dos elementos trazidos aos autos até aquele momento, se fundando apenas em juízos de probabilidade e de verossimilhança, afirmando, assim, o provável direito da parte com maior celeridade do que aquelas proferidas com cognição plena e exauriente.¹⁴

Aprofundada a cognição através do devido processo legal e seu conteúdo mínimo¹⁵, permitindo assim a análise completa de todos os fatos e provas constantes nos autos, deverá o Magistrado confirmar ou retificar a tutela provisória concedida em cognição sumária.

Cassio Scarpinella Bueno adverte que, quanto mais rápido o Magistrado tiver que decidir, menos tempo haverá para verificar os fatos e provas acostadas com o pedido de tutela e, justamente por isso, é que as tutelas provisórias podem – e devem – ser revistas¹⁶, o que ocorrerá em cognição plena, ao final do processo.

Ainda que a tutela provisória seja irreversível, isso não tem o condão de transformá-la em coisa julgada material¹⁷, pois, ainda que não seja possível a desconsideração da tutela provisória e o retorno ao *status quo*, pode vir a ser proferida nova decisão judicial no mesmo ou em outro processo¹⁸, alterando a situação em tela e possibilitando a reparação de eventuais danos por outras formas.

A tutela provisória, como gênero, é precária e fundada em cognição sumária, incapaz de formar coisa julgada, por demandar confirmação futura¹⁹, não vinculando o Magistrado e podendo ser revogada a qualquer tempo.

¹⁴ MARINONOI, Luiz Guilherme. Técnica de cognição e a construção de procedimentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 627.

¹⁵ BECHO, Renato Lopes. Responsabilidade tributária de terceiros: CTN, arts. 134 e 135. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 203.

¹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela Antecipada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 371.

¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 130.

¹⁸ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. 2ª. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 81.

¹⁹ JESUS, Isabela Bonfá de; JESUS, Fernando Bonfá de; JESUS, Ricardo Bonfá de. Manual de direito e processo tributário. 3ª. Ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 409.

Daisson Flach afirma que apenas a tutela decorrente da cognição plena e exauriente é capaz de resguardar os princípios constitucionais²⁰. A cognição sumária simplifica e acelera a prestação de tutela jurisdicional nas situações especificamente previstas na lei, redistribuindo assim o ônus do tempo no processo, conforme bem identificam Dierle Nunes e Érico Andrade:

A tutela de urgência tem, no âmbito do processo, fundamental importância: é uma das mais importantes técnicas por meio da qual se impede que o tempo necessário à duração do processo cause dano à parte que tem razão. Não se pode, hoje, pensar em um processo efetivo normativamente sem que exista a possibilidade de buscar medidas de urgência para combater o efeito nocivo do tempo, aliado a situações de perigo de perecimento do direito material, durante todo o curso do processo.²¹

Demonstrada, assim, uma das principais características das tutelas provisórias, quais sejam, a sumariedade da cognição, verdadeiro juízo de plausibilidade ou probabilidade do direito, e não de certeza, em razão dos efeitos perversos do tempo no processo.

²⁰ FLACH, Daisson. A estabilidade e controle das decisões fundadas em verossimilhança: elementos para uma oportuna reescrita. *In*: ARMELIN, Donaldo (coord.). Tutela de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 308.

²¹ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência da formação da coisa julgada. *In*: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada. vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 77.

I.2. O Tempo e a Efetividade da Tutela Jurisdicional

O fato tempo tem imenso valor no processo atualmente, cuja sociedade é caracterizada pela rapidez e alcance globalizado na troca de informações nas mais diversas relações, de modo que uma prestação jurisdicional tardia não satisfaz aqueles que buscaram a intervenção do Poder Judiciário na solução de seus conflitos.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII²², assegura a todos a duração razoável do processo e a livre utilização de todos os meios necessários para garantia da celeridade de sua tramitação. Ainda que seja necessária a interpretação sistemática com os demais princípios e normas constitucionais, como, por exemplo, o devido processo legal e o acesso à justiça, fato é que a Constituição Federal de 1988 buscou resguardar a pacificação social e encerramento da lide de forma justa e célere.

A eficácia e celeridade processuais, aliás, foram expressamente previstas pelo Código de Processo Civil de 2015 como uma de suas vigas essenciais, em conjunto com as demais normas fundamentais incorporadas na legislação²³.

Nesse cenário, a lentidão da justiça perpetua injustiças, aumenta a sensação de impunidade e também desprestigia o próprio Poder Judiciário, e somente beneficia a parte que não tem razão²⁴, o qual busca perpetuar a lide para continuar a fruir do bem da vida objeto da ação judicial, gozando do *status quo* o maior tempo possível, pois ciente da inevitável sentença desfavorável ao final do processo.

²² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

²³ JESUS, Isabela Bonfá de. Análise da escolha dos precedentes nos processos judicial e administrativo: redução do contencioso tributário. In: Medidas de redução do contencioso tributário e o CPC/2015: contributos práticos para ressignificar o processo administrativo e judicial tributário. BOSSA, Gisele Barra [et al.] São Paulo: Almeida, 2017. p. 470.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. 4 ed. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 20.

Além disso, essa morosidade acaba por favorecer os mais poderosos economicamente, que podem suportar os custos e manobrar o processo para sua procrastinação, em detrimento daqueles que buscam a tutela jurisdicional²⁵.

A perpetuação da lide por aquele que não tem razão e seus prejuízos para o processo foram bem apontados por Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

Além disso, seria ingenuidade supor que a morosidade da tramitação dos processos não interessa a ninguém. É óbvio que a perpetuação da lide interessa àquele que não tem interesse no cumprimento das normas, àqueles que, em última análise, não têm razão. Se é certo que em muitos casos o réu tem interesse em provar que o autor não tem razão no que alega, também é claro que noutras tantas ou mais numerosas hipóteses, o interesse do réu reside em simplesmente gozar do *status quo* o máximo de tempo possível, sabedor da inevitável solução final em seu desfavor. Olhando por esse prisma, o processo carrega uma evidente desproporção quanto ao ônus do tempo, na medida em que este (ônus) recai exclusivamente sobre as costas do autor que tem razão, gerando a demora, em si mesma considerada, danos e frustrações.²⁶

O decurso do tempo no processo, nas lições de Cândido Rangel Dinamarco, pode ser extremamente nocivo às partes litigantes de, ao menos, três formas distintas, quais sejam, quando (i) o provimento jurisdicional é emitido quando o bem da vida já está consumido e nada mais se pode fazer, (ii) a tutela jurisdicional é concedida após longa espera e muito sacrifício, ou (iii) o processo que deixa de alcançar o seu resultado em razão de alterações na realidade fática externa²⁷.

Evidente, assim, os danosos efeitos do tempo no processo.

Por outro lado, a relação entre tempo e efetividade do processo é evidente, sendo verdadeira a afirmação de que o processo é uma verdadeira luta contra o tempo, uma busca incessante para o equilíbrio entre os princípios constitucionais da segurança jurídica e da celeridade e efetividade da tutela jurisdicional, para encontrar a melhor solução ao conflito.

Para Luís Roberto Barroso, a efetividade da jurisdição:

²⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Eficácia das decisões e execução provisória. São Paulo: Ed, RT, 2000. p. 171/172.

²⁶ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 70.

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 56/57.

(...) significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão nítida quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.²⁸

Acerca da necessidade de busca de um equilíbrio entre a segurança e a celeridade, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro aponta que “[é] desse encontro de forças, aliado à busca, no plano processual, da exata realização de tudo aquilo que é garantido pelo direito material, que resulta a efetividade do processo”.²⁹

Assim, brevidade e segurança na decisão judicial são forças colidentes que todos aqueles que atuam no processo ou que estudam a ciência processual têm como missão a tentativa de conciliar de forma adequada, buscando a obtenção de uma decisão mais próxima da certeza e no menor tempo possível³⁰.

Todavia, sabemos que o almejado equilíbrio entre a garantia à segurança jurídica e a um processo célere e eficaz não é algo simples de ser alcançado pelo Poder Judiciário e pelas partes litigantes no caso concreto, cuja importância e harmonia acaba variando de acordo com as peculiaridades de cada sistema processual e de cada momento histórico³¹.

O processo, por mais que se busque a celeridade, demanda um tempo natural e inevitável, que varia conforme a complexidade do caso concreto. Para Fernando da Fonseca Gajardoni:

O processo é um instituto essencialmente dinâmico e, até mesmo por uma exigência lógica, não exaure o seu ciclo vital em único momento, sendo destinado a desenvolver-se no tempo. O tempo constitui elemento não só necessário, mas imprescindível em todo processo. Embora os atos processuais tenham uma certa ocasião para serem realizados, normalmente não se perfazem de modo instantâneo, mas, sim, desenrolam-se em várias etapas ou fases.³²

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 243.

²⁹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. 2ª. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 68.

³⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização procedimental. São Paulo: Atlas, 2008. p. 115.

³¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. *Juris Síntese* nº 70. mar./abr. de 2008. p. 229.

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 229.

Por este motivo, sempre se preocupou com a criação de expedientes e mecanismos que minimizem ou contornem os danos causados pelo tempo de duração do feito na espera de um pronunciamento definitivo no feito, sempre tendo como perspectiva essencial a tutela dos direitos dos litigantes e a administração da justiça.

Busca-se, dessa maneira, minimizar ou balancear o ônus do tempo no processo, ainda que não seja a solução definitiva para resolver o conflito entre a celeridade e a segurança, de modo que o fator tempo seja considerado não apenas na condução do processo, como também na edição das leis processuais.

Uma das técnicas processuais disponíveis é, justamente, a concessão da tutela jurisdicional por meio de tutela provisória. Nesse sentido, aliás, as lições de Teori Albino Zavascki:

[a]s medidas antecipatórias e as medidas cautelares têm objetivo e função constitucional comuns: são instrumentos destinados a, mediante a devida harmonização, das condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição. E é nesta função instrumental concretizadora que ditas medidas legitimam-se constitucionalmente.³³

E, de fato, as tutelas provisórias possuem evidente raiz na Constituição Federal, sendo um instrumento processual para equilibrar a tensão existente entre as partes e harmonizar a segurança jurídica com as demais garantias constitucionais, como a Dignidade da Pessoa Humana, o Estado Democrático de Direito, o Devido Processo Legal, o Acesso a Justiça, e a celeridade e eficiência processual, assegurando também o equilíbrio, a igualdade processual e a identidade de armas³⁴.

A tutela provisória é, portanto, a decisão judicial tomada por meio de cognição sumária, a qual, ainda que não resolva definitivamente a questão posta em juízo, objetiva assegurar o equilíbrio do fator tempo entre as partes, em consonância com a Constituição Federal e seus princípios norteadores.

³³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 70/71.

³⁴ PINTO, Nelson Luiz. A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual. *In*: Revista de Processo, nº 105, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 59.

II. DA TUTELA PROVISÓRIA

II.1. Breves Notas Acerca da Evolução Histórica do Direito Processual Civil

Antes de ingressar efetivamente no estudo da tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015, imprescindível a análise da evolução histórica deste instrumento processual no direito processual civil, com especial enfoque no direito brasileiro, pois, conforme lições de Bernardo Ribeiro de Moraes, que, embora relacionadas com o direito tributário, se aplicam perfeitamente ao tema sob estudo:

[a] história nos ajuda a compreender melhor o direito tributário. Em verdade, nos apresenta não apenas um quadro sistemático de feitos memoráveis, cronologicamente encadeados, e nem somente o relatório de fatos ordenados de acordo com as conveniências de seus autores. A história é muito mais. Além de narrar e constatar fatos do passado, indaga as origens e suas consequências. Aponta os fatos que precederam ou determinaram novas circunstâncias, buscando uma relação. Com o auxílio da história, a ciência que nos mostra “o homem em sua dimensão temporal”, podemos entender melhor os dias de hoje, mormente as instituições jurídicas ou jurídico-tributárias. A informação do passado, mostrando o que o direito tributário tem sido será poderosa auxiliar para esclarecer os inúmeros problemas que na certa se apresentarão no futuro. O bom intérprete da lei fiscal não pode abandonar essa ótica (histórica) que lhe traz importantes elementos elucidativos.³⁵

Historicamente, inexistia qualquer divisão entre os ramos do direito, motivo pelo qual, inicialmente, não se podia falar propriamente em direito processual³⁶, muito embora o Estado já se utilizasse do processo como instrumento de atuação do direito material para solução do conflito de interesse entre as partes litigantes³⁷.

Embora existente na Grécia antiga, o direito processual se desenvolveu no direito romano³⁸, momento em que diversas das características hoje existentes se originaram³⁹.

³⁵ MORAES, Bernardo Ribeiro de. Sistema Tributário da Constituição de 1969: Curso de Direito Tributário. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 29.

³⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2003. p. 8.

³⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, V. 1. 58ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 10.

Com a queda do Império Romano e o início da idade média, houve um atraso na evolução das relações jurídicas, tendo sido retomados os costumes e o direito primitivo dos povos⁴⁰, advindo, posteriormente, o avanço do poder da igreja católica e do direito canônico.

Com o avanço científico e comercial, espalhou-se pela Europa uma variedade de fontes de direito distintas, tendo o direito português original sido fortemente influenciado pelo direito canônico, direito romano, direito dos povos bárbaros germânicos e também dos povos primitivos da Lusitânia⁴¹.

Já em 1310, o Rei Afonso III retornou de Paris encantado com o sistema processual francês e trouxe à Portugal novos institutos processuais que se espalhavam pela França naquela época, iniciando-se a era das Ordenações Afonsinas⁴².

Ressalte-se, contudo, que as referidas Ordenações Afonsinas não eram uma efetiva codificação do direito normativo, mas sim uma complicação coordenada de normas, que se dividiam em 5 livros abrangendo matérias distintas, sendo o Livro III composto com as normas de direito processual.

Os institutos e recursos introduzidos nas Ordenações Afonsinas, com o passar do tempo, começaram a ser utilizados de forma indevida, atravancando e eternizando os processos, motivo pelo qual se iniciaram diversas reformas no direito processual português, o que, em 1512, originou as Ordenações Manuelinas⁴³, como consequência dos esforços do Rei Manuel I para unificar e organizar o sistema jurídico português e acelerar a marcha do processo.

³⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Fontes históricas das formas básicas de tutela cautelar. *Genesis Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 4, janeiro/abril de 1997. p. 74.

⁴⁰ PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. P. 25.

⁴¹ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual Civil Brasileiro*. 2ª Edição revista, aumentada e atualizada. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959. p.17.

⁴² VELASCO, Ignácio M. Poveda. *Ordenações do Reino de Portugal*. In *Revista de Direito Civil*. São Paulo: Editora RT, 1994.

⁴³ VELASCO, Ignácio M. Poveda. *Ordenações do Reino de Portugal*. In *Revista de Direito Civil*. São Paulo: Editora RT, 1994.

Já em 1603, com a função de duas leis criadas por Dom João III, formaram-se as chamadas Ordenações Filipinas⁴⁴, cabendo ao livro III regular o sistema processual civil português, cuja sistemática foi trazida ao Brasil na época do Império e aqui, assim como nas demais colônias portuguesas, perdurou por longo período.

Pontes de Miranda afirma que:

O direito processual civil brasileiro, como direito pátrio em geral, não pode ser estudado “desde as sementes”, porque “nasceu do galho de planta”, que o colonizador português – gente de rija êmprega, no ativo século XVI e naquele cansado século XVII em que se completa o descobrimento da América – trouxe e enxertou no novo continente.⁴⁵

E, de fato, em termos processuais, durante a maior parte de sua história⁴⁶, o Brasil se utilizou das mesmas normas existentes e vigentes no Império, que reproduziam *ipsis litteris* o sistema português, motivo pelo qual é inegável que o direito processual civil brasileiro tem fortes raízes no direito português.

Mesmo após a proclamação da independência, nos termos da Lei de 20 de outubro de 1823, ainda se utilizava da legislação portuguesa no Brasil, cuja sistemática processual permaneceu vigente até 1850, tornando-se, assim, a legislação com maior vigência no Brasil.⁴⁷

Nesta primeira fase do direito processual brasileiro, assim como no direito português previsto nas Ordenações Filipinas, existia grande liberdade para as partes disporem do processo como bem entendessem, inclusive quanto a parte probatória e a própria movimentação do processo, que só se movimentava por impulso das partes (princípio dispositivo), de modo que “[a]utor e réu eram os donos da lide.”⁴⁸

⁴⁴ COSTA, Lopes da. Manual Elementar de Direito Processual Civil. 3ª Ed. Atual. por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 51.

⁴⁵ MIRANDA, Pontes de. Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

⁴⁶ VELASCO, Ignácio M. Poveda. Ordenações do Reino de Portugal. In Revista de Direito Civil. São Paulo: Editora RT, 1994.

⁴⁷ VELASCO, Ignácio M. Poveda. Ordenações do Reino de Portugal. In Revista de Direito Civil. São Paulo: Editora RT, 1994.

⁴⁸ COSTA, Lopes da. Manual Elementar de Direito Processual Civil. 3ª Ed. Atual. por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 51.

Em 25 de novembro de 1850 sobreveio o Decreto nº 737, que alterou a sistemática processual das causas comerciais, sistematizando a matéria e trazendo diversas alterações, as quais passaram a ser aplicado às causas cíveis após a proclamação da República, nos termos do Decreto nº 763, de 19/09/1890.

Não obstante as mudanças trazidas pelo referido Decreto, Lopes da Costa sustentava que a nova legislação não trouxe efetiva evolução, pois, “*quanto à marcha do processo, conservou muitos dos defeitos das Ordenações.*”⁴⁹

A Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891 instituiu a dualidade da Justiça e, dessa forma, segregaram-se os processos federais e estaduais, de modo que, a partir deste momento, os Estados passaram a deter competência legislativa acerca de matéria processual, iniciando-se assim a era dos Códigos Estaduais, muitos dos quais foram elaborados justamente com base no referido Regulamento n 737.

Esta opção, contudo, acabou não se mantendo com o passar dos tempos, e, a partir de 1930, passou a ganhar força a ideia de retomada de um código processual nacional, unificado, conforme se observa inclusive da própria Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939⁵⁰, criado justamente “*contra a tendência descentralizadora da Constituição de 1891*”.

Nesse cenário, a Constituição Federal de 1934 reestabeleceu a unidade processual de competência privativa e exclusiva da União, em razão da ordem política e jurídica centralizadora de Getúlio Vargas e, também, com respaldo na doutrina estrangeira, motivo pelo qual, na própria Carta Magna, restou expressamente consignada a necessidade de um novo Código de Processo Civil.

⁴⁹ COSTA, Lopes da. Manual Elementar de Direito Processual Civil. 3ª Ed. Atual. por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 51.

⁵⁰ CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>. Acesso 05/03/2016.

Já sob o regime da Constituição Federal de 1937, sobreveio o Código de Processo Civil de 1939, verdadeira imposição da nova política brasileira que, segundo o Ministro da Justiça e membro da comissão especial de elaboração do código Francisco Campos, “*reclamava um instrumento mais popular e eficiente para administração da Justiça.*”⁵¹

Já naquela época havia forte crítica à “*crise do nosso direito judiciário*”, em razão da demora exacerbada na solução da lide e a possibilidade de procrastinação do feito por seus litigantes através do uso das armas processuais prevista, verdadeiro “*meio de protelação das situações ilegítimas*”, cujos “*benefícios eram maiores para quem lesa o direito alheio do que para que ocorre em defesa do próprio.*”⁵²

Muito embora o Código de Processo Civil brasileiro de 1939, em sua exposição de motivos, faça referência forte referência à doutrina e legislação estadunidense, Enrico Liebman afirma que sua influência vem eminentemente da cultura processual europeia do início do século XX, em especial de Franz Klein, que elaborou o código austríaco de 1895, de José Alberto dos Reis, autor do *códex* processual português de 1926, e também do processualista italiano Giuseppe Chiovenda.⁵³

Lopes da Costa afirma que, embora sujeito a críticas, o Código de Processo Civil de 1939 trouxe inquestionável avanço técnico ao processo brasileiro, por meio da criação de novos princípios e institutos processuais, como a publicidade e a oralidade, além de conferir ao Magistrado maiores poderes na condução do processo e sua instrução probatória, além de minimizar a utilização abusiva dos recursos⁵⁴.

⁵¹ CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>. Acesso 05/03/2016.

⁵² CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>. Acesso 05/03/2016.

⁵³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Il nuovo “código de processo civil” brasiliano. In: problemi del processo civile.* Milano: Morano, 1962. p. 484.

⁵⁴ COSTA, Lopes da. Manual Elementar de Direito Processual Civil. 3ª Ed. Atual. por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 54.

Em 1973, foi promulgada a Lei n 5.869, que ficou conhecido como o Código de Processo Civil de 1973, de autoria intelectual do Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, integrante da chamada “escola paulista”, fundada pelo italiano Enrico Tullio Liebman⁵⁵, fortemente influenciado pelo processualismo prevalecente na Europa na primeira metade do século XX, privilegiando o caráter público e social do processo, nos valores liberais, em contraposição do foco centralizado nos poderes do juiz do código anterior.

Para Alfredo Buzaid, o Código de Processo Civil de 1973 foi centrado na técnica e na neutralidade científica, verdadeiro “*instrumento jurídico eminentemente técnico, preordenado a assegurar a observância da lei.*”⁵⁶

Conforme lições de Lopes da Costa à época, “*analisando com vagar e frieza o novo diploma, examinadas as suas virtudes, que são inúmeras, e as deficiências, sobretudo de ordem prática, que são numerosas, chega-se à conclusão de que há em seu favor um saldo largamente positivo.*”⁵⁷

O Código de Processo Civil de 1973 permaneceu vigente por mais de 40 (quarenta) anos, mas, neste meio tempo, passou por diversas e significativas mudanças legislativas, que alteraram as regras processuais de tal forma que, em 2009, foi instituída uma comissão especial de juristas encarregada de elaborar um anteprojeto do novo Código de Processo Civil, o qual acabou aprovado em 2015.

Observa-se da exposição de motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil que um de seus fundamentos essenciais foi a busca de eficaz satisfação dos direitos pelo Poder Judiciário, buscando uma justiça mais célere e justa.

⁵⁵ COSTA, Lopes da. Manual Elementar de Direito Processual Civil. 3ª Ed. Atual. por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 52.

⁵⁶ BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos nº GM/473-B, de 31/07/1972. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em 06/03/2016.

⁵⁷ COSTA, Lopes da. Manual Elementar de Direito Processual Civil. 3ª Ed. Atual. por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 55.

Nesse sentido, consta expressamente na exposição de motivos do anteprojeto do Código de Processo Civil que:

sendo insuficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformaram em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico por meio do processo.

(...)

É que, aqui e alhures, não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O vaticínio tornou-se imediato: “justiça retardada é justiça denegada”, e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo. Esse é o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere.⁵⁸

Da mesma forma o entendimento da doutrina pátria, conforme pontuais lições de Teresa Arruda Alvim Wambier:

O objetivo de criar um sistema mais eficiente está por trás de muitas das regras do NCPC, pois um código de processo que não garanta a realização concreta de direitos, esvazia a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição.⁵⁹

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero pensam de forma semelhante:

Dentro do Estado Constitucional, um Código de Processo Civil só pode ser compreendido como um esforço do legislador infraconstitucional para densificar o direito de ação como direito a um processo justo e, muito especialmente, como um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos.⁶⁰

O Código de Processo Civil de 2015, portanto, tem como objetivo essencial a busca de celeridade e eficiência aos processos judiciais, em conjunto com a segurança jurídica, buscando, com isso, harmonizar e assegurar os princípios constitucionais, os quais foram inclusive positivados no novo *Codex* processual.

E, dentre as diversas medidas adotadas, para fins deste estudo, destacam-se as tutelas provisórias.

⁵⁸ Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 06/03/2016.

⁵⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 51.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC. Crítica e propostas. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 15.

II.2. Breve Evolução Histórica da Tutela Provisória

Muito embora sem qualquer fundo científico à época, verificam-se os primeiros registros históricos acerca de tutelas provisórias ou meios preparatórios de uma execução forçada, inclusive por meio da garantia do crédito, remontam a histórica Lei das XII Tábuas, na figura do *addictus* e do *nexus*⁶¹. Para Darci Guimarães Ribeiro:

(...) medidas cautelares tiveram origem na Lei das XII Tábuas, ou seja, é nesta lei que se considera a primeira expressão de tutela cautelar, através de dois meios preparatórios de uma execução forçada com caráter tipicamente privado, a figura do *addictus* e a figura do *nexus*. No *addictus* a pessoa do devedor consistia a garantia do crédito (...).

Portanto, enquadrava-se o *addictus* numa atividade de conservação com caráter eminentemente privatístico, aonde o Estado se fazia presente, a fim de evitar o excesso de autodefesa, mantendo com isso a paz social. Porém, mais especificamente cautelar, quer seja pela função ou aparência, era o *nexus*, um meio de garantia e não constituía uma relação obrigacional, mas que de certo modo era uma extensão da obrigação.⁶²

No direito romano, encontramos duas figuras que se aproximam ao conceito de provimento cautelar moderno, a *operis novi nuntiatio*, usada para impedir que o vizinho, com a construção de obra nova, pudesse evitar o curso natural da água, e o *cautio damni infecti*, utilizada no interdito proibitório e ordenação para a prestação de caução pela parte contrária⁶³.

Assim, em linhas gerais, tais instrumentos processuais seriam “*medidas cauteladores em favor do ofendido, assegurando bens para futura execução ou criando meios de defesa dos interesses de uma parte, com a interdição de obras.*”⁶⁴

Em termos científicos, o estudo das tutelas provisórias somente evoluiu a partir do século XIX na doutrina alemã, em especial de Adolf Wach⁶⁵, que entendeu pela necessidade de categorizar tais provimentos, sendo então concebida para proteção jurídica no caso de execução forçada⁶⁶, como um primeiro estágio para realização do direito.

⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Cumprimento da Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal: antecedente histórico da reforma da execução de sentença ultimada pela lei 11.232 de 22.12.2005. 2. ed. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2006. p. 101.

⁶² RIBEIRO, Darci Guimarães. Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada. Revista de Processo, Vol. 86, abr./jun./1997, São Paulo: RT. p. 56/57.

⁶³ MESQUITA, Eduardo Melo de. As tutelas cautelar e antecipada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 278/279.

⁶⁴ SHIMURA, Sergio Seiji. Arresto Cautelar. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2005. p. 50.

⁶⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. Considerações práticas sobre o processo cautelar. Revista de Processo, Vol. 53, Jan./Mar. De 1989, São Paulo: RT. p. 191.

⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 33.

Para a doutrina desta época, inexistia qualquer autonomia das medidas cautelares⁶⁷, pois estritamente vinculado com o direito material.

Entretanto, para Humberto Theodoro Júnior, a estruturação conceitual e científica da tutela cautelar teve seu profundo desenvolvimento com os grandes processualistas italianos, se iniciando com Giuseppe Chiovenda⁶⁸.

Distanciando-se da doutrina alemã da época, Chiovenda defendeu que a cautelaridade teria o sinônimo de provisoriedade e que os provimentos cautelares seriam uma ação autônoma, colocando-os ao lado das funções de cognição e de execução. As cautelares seriam “ações que visam a ‘prover com urgência à manutenção do status quo, como assegurar a futura satisfação de um possível direito de sua declaração.’”⁶⁹

Não obstante o desenvolvimento do provimento cautelar decorrente dos estudos de Chiovenda, o seu expoente maior foi o também italiano Piero Calamandrei, com sua obra clássica *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, de 1936⁷⁰.

Ao contrário de Chiovenda, Piero Calamandrei não desenvolveu sua teoria de tutela cautelar a partir do conceito de ação, mas, sim, a partir do ponto de visto do provimento jurisdicional. Assim, o provimento cautelar não foi considerado um terceiro gênero de ação, ao lado do conhecimento e da execução, mas sim como instrumento do instrumento (processo), sendo esta a sua característica essencial (a instrumentalidade)⁷¹.

Nas palavras de Daniel Mitidiero:

Piero Calamandrei viu na provisoriedade do provimento, tomado sob cognição sumária, o traço decisivo de caracterização da tutela cautelar. Para Calamandrei, o critério que fundamenta a separação do provimento cautelar, de um lado, dos provimentos satisfativos, de outro, não é o da atividade do juiz. Sob esse ponto de vista, o provimento cautelar não é uma “unità” – daí a razão pela qual a tutela cautelar não é considerada um *tertium genus*, suscetível de contraposição à tutela de conhecimento e à tutela executiva.⁷²

⁶⁷ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 34.

⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. 19ª ed. rev. e atual. Livraria Universitária de direito: São Paulo: 2000.

⁶⁹ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 24.

⁷⁰ Nesse sentido as lições de Andrea Proto Pisani, para quem a referida obra de Piero Calamandrei representa “tutt’oggi lo studio sistematico di maggior valor in tema di tutela cautelare.” (PISANI, Andrea Proto. Chiovenda e la tutela cautelare. Rivista di Diritto Processuale, Padova, Cedam, 1988. p. 30)

⁷¹ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 42.

⁷² MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 44.

Da mesma forma, Eduardo Scaparo afirma que Piero Calamandrei:

Não adotou a tese das cautelares como *tertium genus* porque sustentou que o processo que conduz a um provimento cautelar não tem característica e constante estrutura exterior que permita considera-lo formalmente como um tipo a parte. Não se estaria no mesmo plano lógico para contrapor cautelares, conhecimento e execução. (...)

Marca a noção cautelar a ideia que o provimento cautelar é constituído para ser exaurido no momento em que for prolatado o provimento de mérito, quando sua finalidade será alcançada. Em suma, Calamandrei caracterizou os provimentos cautelares tendo em conta a decisão proferida e, não, o processo no qual essa decisão era prolatada. (...)

Tais provimentos caracterizavam-se pela provisoriedade e instrumentalidade em face do processo principal, para os fins de salvaguardá-lo de possível ineficácia.⁷³

Provisório, para Piero Calamandrei, é aquilo que não é destinado a durar para sempre, sendo necessariamente substituído por algo definitivo no futuro.

Desta forma, para Piero Calamandrei, o provimento cautelar não poderia corresponder a um fim em si mesmo, mas sim a um meio, um instrumento, ao íterim necessário ao provimento jurisdicional definitivo. Existe, nos provimentos cautelares, mais do que o objetivo de aplicar o direito, mas sim a finalidade imediata de assegurar a eficácia do provimento definitivo, o qual servirá, por sua vez, a exercer o direito⁷⁴.

Para Daniel Mitidiero, “*a doutrina brasileira também sofreu grande influência da doutrina de Calamandrei*”⁷⁵, pois:

[]ê-se em geral que as medidas cautelares são regidas pela “provisoriedade”, são “acessórias”, que visam a evitar “males ao processo”, isto é, têm por objetivo “garantir o resultado útil da função de conhecimento ou de execução”, e que antecipação de tutela é espécie de tutela cautelar, atuando “apenas em função da garantia de provimento definitivo”, sendo impossível conceber por essa razão qualquer espécie de direito material à cautela.⁷⁶

⁷³ SCARPARO, Eduardo. A supressão do processo cautelar como *tertium genus* no Código de Processo Civil de 2015. In: BOECKEL, Fabrício dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (Orgs.). Estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 108.

⁷⁴ CALAMANDREI, Piero. Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares. Campinas: Ed. Servanda, 2000. p. 42.

⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 46.

⁷⁶ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 47.

Posteriormente à Calamandrei, o italiano Francesco Carnelutti também aprofundou o estudo dos provimentos cautelares, e reconheceu o processo cautelar como *tertium genus*, disciplinando-o ao lado do processo de conhecimento e do processo de execução⁷⁷.

Acerca da posição de Carnelutti, Eduardo Scaparo traz as seguintes lições:

A função mediata atribuída as cautelares por Carnelutti implica a existência de dois processos a respeito da mesma lide ou do mesmo assunto. O processo cautelar não é dotado de autonomia, visto que pressupõe o processo definitivo, podendo ser instrumental quando garante os meios do processo definitivo (como as medidas de instrução preventiva) ou final quando servem para garantir a praticidade do processo definitivo (como as medidas de conservação de bens para ulterior expropriação). O ponto decisivo para o desenvolvimento de seu pensamento está na distinção entre as atividades de cognição e execução daquelas que se realizam para os fins cautelares. Essas divergências são justificadas não apenas pelo procedimento, mas sim em razão do próprio processo, que constituiria um gênero próprio. O reconhecimento de ser o processo cautelar um *tertium genus* destacou sua autonomia do processo principal e também o distinguiu dos procedimentos especiais, próprios do processo de cognição.⁷⁸

Para Carnelutti, a compreensão do processo cautelar deve se basear em uma ideia de composição provisória da lide, para fins de preservação.⁷⁹

E todo esse desenvolvimento teórico sumariamente sintetizado acima pode ser observado na legislação processual brasileira.

De fato, entre as Ordenações Manuêlinas portuguesas, amplamente utilizadas no Brasil, e o Código de Processo Civil de 1939, não havia uma previsão de tutela provisória, embora algumas medidas de caráter preventivo, não sistematizadas, pudessem ser utilizadas na prática para essa finalidade⁸⁰, como, por exemplo, o arresto previsto no Decreto nº 737/1850⁸¹, que passou a ser aplicado às causas cíveis a partir do Decreto nº 763/1890.

⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 48.

⁷⁸ SCARPARO, Eduardo. A supressão do processo cautelar como *tertium genus* no Código de Processo Civil de 2015. In: BOECKEL, Fabrício dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (Orgs.). Estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 114-115.

⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 49.

⁸⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Tutela jurisdicional de urgência no Brasil: relatório nacional (Brasil). Revista de Processo, Vol. 219, Mai./20103. São Paulo: RT. p. 308.

⁸¹ LOPES, João Batista. Tutela antecipada no processo civil brasileiro – de acordo com o novo CPC. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Castro Lopes, 2016. p. 27.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1939, foram introduzidas medidas preventivas de natureza cautelar, regulamentadas pelos artigos 675 e seguintes.

Ainda que a doutrina tivesse recebido o artigo 676 do Código de Processo Civil de 1939 como uma espécie de “Poder Geral de Cautela”, os tribunais brasileiros foram resistentes a essa nova sistemática, restringindo o estreito âmbito do referido artigo⁸², retardando assim a evolução teoria e prática das tutelas cautelares.

Este cenário passou a mudar quando, em razão da segunda guerra mundial, o processualista italiano Enrico Tullio Liebman veio ao Brasil e transformou o estudo do direito processual, motivo pelo qual foi chamado por Alfredo Buzaid como o “*fundador da ciência processual brasileira*.”⁸³

Daniel Mitidiero traz com maestria a importância da vinda de Enrico Liebman ao Brasil e seus reflexos no desenvolvimento da ciência jurídica processual pátria:

Liebman deixa a Itália por conta das agitações oriundas do clima da Segunda Grande Guerra. Depois de passar um período em Montevidéu, Uruguai, em que foi acolhido por Eduardo Juan Couture, rumo para o Brasil, para lecionar primeiro por breve período na Universidade de Minas Gerais, em Belo Horizonte, para logo depois fixar residência em São Paulo, onde foi convidado para ensinar na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Chega ao Brasil no início da Segunda Guerra Mundial, nele permanecendo até 1946. (...)

Liebman chega ao Brasil com toda a cultura processualista europeia na bagagem. Já então professor “aureolado”, contando com a publicação de duas importantes e hoje clássicas monografias (*Le opposizioni di mérito nel processo d'esecuzione*, 1931, e *Efficacia ed autorità della sentenza*, 1935, ambas vertidas para o vernáculo), o aluno de Giuseppe Chiovenda na Universidade de Roma consagra-se como Chefe de Escola nas Arcadas de São Francisco, reunindo ao seu redor uma plêiade de cultores do recém ‘descoberto’ direito processual civil. (...)

Mais intimamente, na casa da Al. Min. Rocha Azevedo, sua residência no Brasil, Liebman começa a receber um grupo seletivo de jovens e dedicados estudiosos de processo civil para reuniões semanais. O grupo era composto por Luís Eulálio de Bueno Vidigal, Benvindo Aires, Bruno Affonso de André, José Frederico Marques e Alfredo Buzaid. (...)

Enquanto esteve no Brasil, Enrico Tullio Liebman leciona e escreve prodigiosamente. Por sua iniciativa, vieram a lume em 1942 as Instituições de direito processual civil, de Giuseppe Chiovenda, que acomoda ao foro brasileiro com notas de inegável valor histórico e dogmático. Em 1946, publica o Processo de execução, fruto de suas aulas na Faculdade de Direito de São Paulo. Em 1947 reúne produção bibliográfica esparsa de artigos, conferências, pareceres e comentários a acórdãos no volume Estudos sobre o processo civil brasileiro. Mesmo depois de ter

⁸² MARINONI, Guilherme. Técnica de cognição e a construção de procedimentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

⁸³ BUZOID, Alfredo. Introdução da obra: CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. 3ª Ed. vol. I, São Paulo: Saraiva, 1969. p. 7.

retornado à Itália, Liebman continua a cultivar os laços com a cultura processual brasileira. Além de ter publicado importantíssimo ensaio historiográfico sobre o processo civil brasileiro, a partir de 1968 passa a receber em Milão uma nova geração de processualistas brasileiros, dentro os quais se destacam Cândido Rangel Dinamarco, Ivan Right, Antônio Celso Ferraz e Joaquim Munhoz de Mello. Em 1977, por iniciativa de Cândido Rangel Dinamarco, Enrico Tullio Liebman recebe a Comenda da Ordem do Cruzeiro do Sul, a mais alta honraria que o Brasil agracia cidadãos estrangeiros, em justo reconhecimento de seus relevantes serviços prestados à doutrina processual civil brasileira e ao direito processual.⁸⁴

Inegável, assim, a forte influência que a vinda de Enrico Tullio Liebman acarretou na evolução do direito processual brasileiro e, em especial, em Alfredo Buzaid, jurista responsável por liderar o projeto de reforma que resultou no Código de Processo Civil de 1973, que, em matéria de tutela cautelar, se baseou fortemente as lições de Chiovenda e na sua classificação como *tertium genus*.⁸⁵

O referido *Codex* processual de 1973 dividiu as tutelas cautelares em dois capítulos, uma acerca de medidas inominadas e outro sobre os procedimentos cautelares específicos.

Segundo lições de Galeno Lacerda, a sistemática adotada pelo Código de Processo Civil de 1973 situava-se “(...) na vanguarda das codificações modernas, a que pode servir de modelo e exemplo, quanto ao método, nessa matéria”⁸⁶, pois foi o primeiro código que destinou um livro próprio para o processo cautelar⁸⁷, demonstrando a sua autonomia e dando à cautelar um tratamento sistemático e uniforme⁸⁸.

Embora o Código de Processo Civil de 1973 trata-se a tutela cautelar apenas como espécie de medida assecuratória do direito a ser pleiteado em futura ação principal, verifica-se da doutrina pátria a existência de diversas formas especiais de tutela antecipada (satisfativa) na legislação extravagante, inclusive antes da publicação e vigência do referido código.

⁸⁴ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. Revista de Processo, São Paulo: Ed, RT, 2010. p. 169/171.

⁸⁵ BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos nº GM/473-B, de 31/07/1972. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em 06/03/2016.

⁸⁶ LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. 3ª Ed., vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 3.

⁸⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974. p. 26.

⁸⁸ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de direito processual civil. 1ª Ed., Vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 601.

De fato, já em 1951, a Lei nº 1.533 (Lei do Mandado de Segurança), em seu art. 7º, II, autorizava ao Magistrado que determinasse a imediata suspensão do ato ilegal e abusivo objeto da impetração⁸⁹, configurando verdadeira espécie de tutela antecipada prevista na legislação extravagante.

Além disso, verifica-se da redação original do Código de Processo Civil de 1973 a instituição de uma tutela antecipada nas ações possessórias, nos termos de seu artigo 928⁹⁰.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n 8.078/1990), em seu artigo 84⁹¹, também trouxe a previsão de concessão de tutela antecipatória específica de fazer ou não fazer.

Além de tais hipóteses expressamente previstas na legislação vigente à época, verificou-se na prática que a pretensão antecipatória passou a ser concedida pelos Magistrados com base no Poder Geral de Cautela (artigo 798 do Código de Processo Civil de 1973⁹²), sob as vestes da medida cautelar inominada. Além de seu fundamento legal, a doutrina e jurisprudência também buscava fundamento constitucional neste tipo de decisão, conforme lições de Nelson Luiz Pinto:

Ainda que não houvesse expressa previsão legal no sentido de ser possível a concessão de tutela provisória, quer no âmbito cautelar, quer no âmbito da antecipação de tutela, ainda assim poder-se-ia cogitar a outorga do provimento jurisdicional equivalente, em função das regras pertinentes à inafastabilidade do Poder Judiciário quanto à apreciação da lesão ou ameaça de direito (CF, art. 5º, XXXV) e à garantia do exercício constitucional de petição, nele incluído o exercício do direito de ação (CF, art. 5º, XXXIV, *a*), invocando, inclusive, os princípios constitucionais da isonomia, assim entendida como a paridade de armas para que haja igualdade processual e, ainda, o princípio da proporcionalidade, na medida em que não seria razoável sacrificar o direito daquele que tem razão apenas e tão somente para se prestigiar o formalismo processual.⁹³

⁸⁹ “Art. 7º - Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

(...)

II - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.”

⁹⁰ “Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Parágrafo único. Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.”

⁹¹

⁹² “Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”

⁹³ PINTO, Nelson Luiz. A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual. In: Revista de Processo, nº 105, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Como assevera William Santos Ferreira, "*nessas ações o que o autor buscava era o próprio bem da vida pretendido, e não apenas e tão somente assegurar o resultado do processo de conhecimento ou do processo de execução, razão pela qual restou batizada de cautelar satisfativa.*"⁹⁴

A doutrina pátria, em sua maioria, passou a criticar esta situação verificada na praxe jurídica⁹⁵, por ausência de técnica processual⁹⁶ e confusão dos referidos institutos. Nesse sentido as lições de Luiz Guilherme Marinoni:

A necessidade de sumarização cognitiva, advinda da busca de uma tutela jurisdicional efetiva em face de situação de perigo, levou à utilização da tutela cautelar como instrumento destinado à satisfação antecipada da pretensão que só poderia ser veiculada através da "ação principal". Se tal fenômeno – denominado por Carpi, para o direito italiano, de força expansiva da tutela cautelar – foi realmente necessário, não cabe discutir nesse momento, importando, em verdade, saber se a tutela que satisfaz a pretensão no plano fático pode ser classificada como cautelar. (...)

A prestação jurisdicional satisfativa (não definitiva) sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar.⁹⁷

Buscando solucionar essa problemática, o Código de Processo Civil de 1973 foi alterado pela Lei nº 8.952/1994, a qual modificou o artigo 273 do referido *Codex* processual para instituir expressamente a possibilidade de o Magistrado conceder de forma antecipada a tutela requerida, satisfazendo, de plano e de forma provisória, a pretensão da parte⁹⁸.

⁹⁴ FERREIRA, Willian santos. Tutela antecipada. São Paulo: ed. Renovar, 1994, p. 167.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. O Projeto do CPC: crítica e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 11.

⁹⁶ "De consignar-se que, em rigor técnico, não se pode falar em cautelar satisfativa, uma vez que a cautelaridade se caracteriza pela não satisfatividade, isto é, quem acautela não satisfaz. Diante disso, falar em cautelar satisfativa é apagar as fronteiras que separam o processo cautelar do processo de conhecimento, o que não pode se admitido pela melhor técnica processual." (LOPES, João Batista. Tutela antecipada no processo civil brasileiro – de acordo com o novo CPC. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Castro Lopes, 2016. p. 102.)

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: RT, 1992. p. 602.

⁹⁸ "Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)"

A antecipação da tutela, para Humberto Theodoro Júnior, se justifica em razão do princípio da necessidade, a partir do momento em que o Magistrado verificar que a espera pela tutela jurisdicional resultaria em grave prejuízo à sua efetividade, sendo, assim, direito subjetivo da parte que demonstrar o preenchimento dos pressupostos exigidos pela lei⁹⁹.

Acerca desta nova legislação, as palavras de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia Almeida e Eduardo Talamini:

Por muito tempo a efetividade do processo civil não seria a adequada, senão aquela declarada por uma sentença. A concretização do direito material somente restaria formalizada em sua plenitude pelo ato final de um procedimento, mesmo que para ultrapassar suas fases seria necessário aguardar anos, culminando com a entrega da prestação jurisdicional tardiamente. Com a edição da Lei nº 8.951/1994, que alterou a redação do art. 273 do CPC, foi introduzido no sistema processual brasileiro o instituto da tutela antecipatória, visando a erradicar a ineficiência do processo diante da declarada e assumida morosidade do Poder Judiciário na solução dos conflitos. Afastando os efeitos da sentença, afastou-se o problema da inefetividade jurisdicional. Seu escopo é a de tornar a prestação jurisdicional efetiva sem, contudo, compatibilizá-la com o sentido de acautelamento. A necessidade dessa efetividade é a contrapartida que o Estado tem que dar à proibição da autotutela.¹⁰⁰

Posteriormente, o Código de Processo Civil de 1973 foi alterado pela Lei nº 8.952/1994, introduzindo-se a possibilidade de antecipação da parte incontroversa da demanda e a fungibilidade entre as tutelas de urgência¹⁰¹.

⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. Revista de Processo, Vol. 742. São Paulo: RT, Ago./1997. p. 45.

¹⁰⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flavio Renato Correia. TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. p. 346.

¹⁰¹ “Art. 273. (...)”

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

II.3. Distinção entre a Tutela Cautelar e a Tutela Antecipada

Conforme se observa da evolução das tutelas provisórias, verifica-se na doutrina pátria e também na estrangeira significativa divergência quanto à classificação das tutelas de urgência e seus efeitos, gerando uma interminável confusão entre ambos os instrumentos processuais. Sem a pretensão de esgotar o assunto, mas apenas contextualizar essa divergência e o Código de Processo Civil de 2015, passa-se a destacar brevemente o entendimento de alguns doutrinadores acerca deste tema.

Como já demonstrado acima, Alfredo Buzaid, autor intelectual do Código de Processo Civil de 1973, influenciado por Liebman, seguiu a classificação proposta por Francesco Carnelutti, adotando assim a divisão dos processos em conhecimento, execução e cautelar. A tutela cautelar, assim, é considerada como um *tertium genus* de processo, que contem “*a um só tempo as funções de processo de conhecimento e de execução*”, tendo por elemento específico a prevenção¹⁰².

Entretanto, a identificação do processo cautelar como terceiro gênero, a chamada teoria tripartite, não se caracteriza como um critério homogêneo de classificação, na medida em que, no processo cautelar, há inegáveis atividades cognitivas e executivas.

Para Cassio Scarpinella Bueno, no processo cautelar, há simplesmente um processo, sem qualquer qualificativo, assim como ocorre nos outros tipos de processos, bem como há também uma única ação, invariável, consistente no direito subjetivo do cidadão em socorrer-se do Poder Judiciário. Assim, o que poderia ser compreendido como sendo “*de conhecimento*”, “*execução*” ou “*cautelar*” é a tutela jurisdicional, e não o processo ou ação.¹⁰³

¹⁰² BUZOID, Alfredo. Exposição de Motivos nº GM/473-B, de 31/07/1972. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em 06/03/2016.

¹⁰³ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 150.

Teori Albino Zavascki, escorando-se nas lições de Piero Calamandrei, também criticava a tradicional classificação tripartite, pois, ao seu ver, a tutela cautelar é uma espécie da tutela provisória, contraposta à tutela definitiva¹⁰⁴. Da mesma forma, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que a tutela cautelar estaria melhor defendida como uma tutela acessória das demais, porem substancialmente não diferente daquela exercida nos processos de caráter satisfativo e definitivo, tendo em vista que também exige a pratica de atos cognitivos e executivos.¹⁰⁵

Nesse cenário, entendemos que não há qualquer importância na classificação de processos e suas ações, pois, em verdade, o que importa é a tutela jurisdicional pretendida. Assim, em um único processo, há diversas espécies de tutelas sobrepondo-se e atuando em conjunto.

Quanto à tutela jurisdicional pretendida, cumpre-nos retomar as lições do renomado processualista italiano Piero Calamandrei¹⁰⁶, cuja classificação, acaso adotada no Brasil, poderia solucionar facilmente as infundáveis discussões acerca do tema.

Para referido Autor, os provimentos cautelares podem ser separados em quatro grupos distintos.

O primeiro grupo proposto foi o dos *provimentos instrutórios antecipados*, que tem como característica ser meramente instrumental, visando assegurar produção probatória, ou seja, provimentos instrutórios de conservação ou de garantia da prova.

Os *provimentos dirigidos a assegurar a execução forçada* compõem o segundo grupo e, em linhas gerais, são provimentos que buscam auxiliar o resultado prático de uma futura execução, evitando o esvaziamento dos bens.

¹⁰⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 14-16.

¹⁰⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 186.

¹⁰⁶ CALAMANDREI, Piero. Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares. Campinas: Ed. Servanda, 2000.

No terceiro grupo encontram-se a *antecipação dos provimentos decisórios*. Neste tipo de provimento, seria autorizada a própria antecipação da decisão de mérito da questão principal em razão do perigo da demora, ou seja, da efetiva decisão antecipada e provisória.

Por fim, o quarto grupo sugerido por Calamandrei seriam as *cauções processuais*, provimentos que asseguram condições suficientes para o provimento judicial futuro, ou seja, a cautela da cautela ou contracautela.

Percebe-se, portanto, que, para Piero Calamandrei, o gênero seria o provimento cautelar, com quatro grupos distintos de provimentos, com características específicas, tornando inócua a classificação das tutelas de urgência como conhecemos atualmente. Nessa linha, pouco importa a satisfatividade do provimento para caracterização de sua função cautelar, pois, para Calamandrei, os provimentos cautelares poderiam ser tanto assecuratórios quanto satisfativos¹⁰⁷.

Em sentido contrário, Ovídio Baptista da Silva, com base na doutrina de Federico Carpi e Giovanni Arieta, afirma que a tutela cautelar apenas assegura a possibilidade de fruição eventual e futura do direito acautelado, ao passo que a tutela antecipada possibilita a imediata realização do direito¹⁰⁸. Assim sendo, a satisfatividade da tutela cautelar é efetivamente um “*requisito negativo da tutela cautelar*”¹⁰⁹.

Portanto, para Ovídio Baptista, a tutela cautelar é uma tutela sumária que busca combater o perigo de infrutuosidade do direito de forma temporária e preventiva. Em suas palavras:

A tutela cautelar faz parte do gênero tutela preventiva e tem por fim dar proteção jurisdicional ao direito subjetivo ou a outros interesses reconhecidos na ordem jurídica como legítimos, mas que não se identificam com os denominados direitos subjetivos.¹¹⁰

¹⁰⁷ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 44.

¹⁰⁸ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 53.

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: Ed. RT, 1992. p. 75.

¹¹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 17.

Já a tutela antecipada, para o processualista gaúcho, tem por função primordial combater o perigo de tardança do provimento jurisdicional, compondo de forma provisória a relação litigiosa existente entre as partes. Assim, a essência da tutela antecipada não seria a provisoriedade do provimento jurisdicional, mas sim a satisfação do direito.

Consolidando-se, assim, os dizeres de Ovídio Baptista:

Segundo nosso entendimento, a tutela cautelar, antes de mais nada, deverá ser apenas cautelar, sem implicar, jamais, realização antecipada – ainda que provisória – do direito acautelado. (...) para nós, tudo o que importe em realização, ainda que por tempo limitado, do direito a que se deveria conceder proteção apenas cautelar ultrapassa o nível da mera cautelaridade para tornar-se tutela satisfativa, sob alguma forma de execução provisória. Se a antecipação de algum efeito da futura sentença de procedência se der em virtude de *periculum in mora* – porque a demora na satisfação do direito coloca-o sob risco de perecimento –, então, esta espécie de execução provisória qualifica-se como “execução-para-segurança”.¹¹¹

Dessa forma, a tutela sumária passaria a ser compreendida como tutela de urgência, gênero no qual se inserem a tutela cautelar, a tutela satisfativa interina (tutela antecipatória) e tutela satisfativa de urgência autônoma¹¹². Confirma-se as três formas distintas apresentadas por Ovídio Baptista:

(a) Tutela propriamente cautelar; (b) tutela concedida através de liminares satisfativas, sob forma de medidas provisórias, de tipo interdital, a ser depois confirmadas ou revogadas pela sentença que vier a ser proferida no “processo principal”; (c) formas de tutela satisfativa autônoma, por dispensarem a propositura de uma demanda plenária subsequente, a ser ajuizada, como nas duas hipóteses anteriores, por quem haja obtido a tutela urgente satisfativa.¹¹³

Verifica-se, assim, que foi em razão dos estudos formulados por Ovídio Baptista que a doutrina e legislação brasileira passaram a distinguir de forma efetiva as tutelas cautelares da antecipação da tutela¹¹⁴.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina adotam classificação semelhantes das tutelas de urgência:

¹¹¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Do processo cautelar. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 55.

¹¹² SILVA, Jaqueline Mielke. Tutela de urgência: de Piero Calamandri a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

¹¹³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Do processo cautelar. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 87.

¹¹⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. Da antecipação da tutela. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17.

(a) Tutela propriamente cautelar; (b) tutela concedida através de liminares satisfativas, sob forma de medidas provisórias, de tipo interdital, a ser depois confirmadas ou revogadas pela sentença que vier a ser proferida no “processo principal”; (c) formas de tutela satisfativa autônoma, por dispensarem a propositura de uma demanda plenária subsequente, a ser ajuizada, como nas duas hipóteses anteriores, por quem haja obtido a tutela urgente satisfativa.¹¹⁵

Daniel Mitidiero, por seu turno, acaba por se afastar a provisoriedade e temporariedade das tutelas cautelares:

A tutela cautelar e a tutela satisfativa não são distinguíveis pela estrutura de seus provimentos – como supõe a doutrina em peso. Tanto a tutela cautelar como a tutela satisfativa são tutelas finais que visam a disciplinar de forma definitiva determinada situação fático-jurídica. Vale dizer: a tutela cautelar não é temporária e não é provisória.

A tutela cautelar é tão definitiva quanto a tutela satisfativa. Nas duas formas de tutela jurisdicional as decisões finais estão submetidas à cláusula *rebus sic standibus* – que marca os limites temporais de atuação e autoridade dos respectivos provimentos. Mesmo quando a tutela cautelar não se segue a tutela satisfativa e aquela perde sua eficácia, não se pode falar em temporariedade ou em provisoriedade, já que a não propositura da demanda para realização do direito acautelado constitui condição resolutiva que, não concretizada, apaga *ex tunc* a eficácia da tutela cautelar. Do ponto de vista da estrutura do provimento, portanto, ambos são definitivos. A diferença entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa sob esse ângulo de apreciação está em que as situações fático-jurídicas submetidas a primeira são naturalmente mais instáveis do que aquelas submetidas à segunda.

A tutela cautelar visa à proteção assecuratória de um direito submetido ao perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Dura enquanto durar o perigo – ou mais precisamente dura tendencialmente enquanto durar o perigo. Dura, em outras palavras, enquanto não se alterarem os pressupostos fático-jurídicos que suportaram a sua prolação. A tutela satisfativa visa à realização de um direito. Dura enquanto não se alterarem os pressupostos fático-jurídicos que determinaram a sua prestação. Dura enquanto durar a necessidade inerente à sua proteção.¹¹⁶¹¹⁷

José Roberto dos Santos Bedaque, de forma distinta, classifica as tutelas de urgência em definitivas, aptas a definir o litígio, e provisórias, as quais solucionam momentaneamente a questão jurídica, assumindo natureza cautelar. Em seus termos:

¹¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 128.

¹¹⁶ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 55.

¹¹⁷ Cabe destacar, contudo, que, para Daniel Mitidiero, a tutela antecipada é uma técnica de julgamento, entendido como simples meio para antecipação de resultados, o que não se confundiria com a tutela efetivamente concedida em caráter antecipado, esta entendida como o direito material concedido de forma antecipada. Assim, “a técnica antecipatória é um meio para prestação de tutela antecipada pelo juiz no processo.” (MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 74.)

Existem, ainda, as tutelas de urgência, precedidas de cognição sumária, que podem ser divididas em definitivas e provisórias. Aquelas, como as de cognição exauriente, são aptas a definir o litígio, no sentido de que representam a resposta final obtida no âmbito jurisdicional. Caracterizam-se, porém, pela sumariedade da cognição. As últimas, também precedidas de cognição sumária, são prestadas de forma urgente, mas constituem soluções provisórias, com função de mera segurança para o resultado final. Não são aptas a produzir esse resultado, mas contribuem para que ele possa se verificar com a maior dose de utilidade possível. Estas, apesar de especificidades quanto ao conteúdo, podem ser reunidas em uma única categoria, caracterizadas que são pela provisoriedade e pela instrumentalidade. Em síntese, as tutelas de urgência podem ser definitivas ou provisórias.¹¹⁸

Contrapondo este entendimento, o saudoso Teori Albino Zavascki defendia que as tutelas de urgência eram, necessariamente, provisórias, fundadas na cognição sumária e privilegiando a efetividade da tutela jurisdicional, cujas espécies seriam a tutela cautelar e a tutela antecipada, as quais se diferem quanto ao regime processual e procedimental¹¹⁹

Cândido Rangel Dinamarco também divide as tutelas de urgência em tutela cautelar e tutela antecipada, bem identificando cada uma de tais espécies:

A distinção é, portanto, esta: são cautelares as medidas com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o processo de algum meio exterior que poderia ser útil para correto exercício da jurisdição e consequente produção, no futuro, de resultados úteis e justos; e as antecipações de tutela aquelas que vão diretamente à vida das pessoas e, ainda pendente o processo, oferecem a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna ou algum benefício que a obtenção do bem poderá proporcionar-lhe. As primeiras são medidas de apoio ao processo e as segundas, às pessoas.¹²⁰

Acerca do tratamento doutrinário vigente à época, importante as palavras de Leonardo Greco, para quem:

Desde a reforma processual de 1994, o processo civil brasileiro passou a conviver com dois tipos de tutela provisória instrumental: a tutela cautelar e a tutela antecipada. A doutrina dominante assentou uma diferença substancial entre as duas. A tutela antecipada corresponde sempre a uma decisão interlocutória de acolhimento provisório, no todo ou em parte, do pedido formulado pelo autor, atendendo a requerimento expresso deste e tendo em vista a acentuada probabilidade da sua procedência, à luz dos fundamentos e provas produzidos pelo requerendo, acolhimento este que seria ratificado ou não na ulterior sentença final. A noção de satisfatividade foi utilizada para caracterizar a tutela antecipada. Já a tutela cautelar constituiria uma providência de proteção do próprio processo, para assegurar a eficácia da decisão final sobre o direito material, mas não uma medida de

¹¹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e tutela anticipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 259.

¹¹⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 40.

¹²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 58.

acolhimento do pedido principal. A tutela cautelar pode ter por conteúdo uma providência instrutória do processo em curso, como uma produção antecipada de prova, ou uma medida assecuratória de bens ou de situações jurídicas para assegurar a eficácia da decisão no processo principal, porque não se destina a antecipá-lo, mas a assegurar-lhe a eficácia.¹²¹

Acolhendo esta distinção, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, havia efetiva diferenciação entre os requisitos normativos para a concessão das tutelas cautelares e antecipadas, exigindo-se, para as primeiras, a demonstração do *fumus boni juris* e, para as segundas, a verossimilhança das alegações.

Conforme lições de Arlete Inês Aurelli:

No tocante ao *fumus boni juris* a diferença era estabelecida em função da redação do art. 273 do CPC de 1973, que exigia prova inequívoca da verossimilhança das alegações, o que não era exigido para cautelares. Assim, o *fumus* exigido para a tutela antecipada era mais robusto, forte e veemente do que aquele exigido para a concessão de medidas cautelares.¹²²

Da mesma forma, a concessão da tutela cautelar pressupunha o perigo de dano, ao passo que a tutela antecipada exigia a efetiva demonstração do referido perigo, conforme exposto por André Luiz Bäuml Eduardo Tesser, retomando as clássicas lições de Ovídio Baptista:

Assim, se é necessário realizar antecipadamente a satisfação de um direito porque, se isso não ocorrer de plano, o elemento *tempo* inexoravelmente atuará até a outorga final da tutela jurisdicional com a sentença, traduzindo-se efetivamente em *perigo de demora (di tardività)*, a equação pode ser representada da seguinte forma: ou se satisfaz o direito agora, ou não adiantará satisfazê-lo ao final do procedimento. É assim, por exemplo, naquela situação em que o indivíduo precisa de uma decisão urgente que o obrigue o plano de saúde com o qual mantém contrato a custear uma cirurgia cardíaca de emergência que pode salvar sua vida. Em outro sentido, se o que está em risco é a mera fruição regular de um bem juridicamente protegido (perigo de dano ou de *infrutuosità*), basta garantir que, quando os atos de execução possam atuar plenamente, exista condição material para isto, servindo simplesmente *assegurar a entrega desta prestação jurisdicional futura, com mero acautelamento*. Nesse caso, a equação se traduz em: ou assegura-se a futura execução, ou esta poderá ser infrutífera. Pense-se na hipótese célebre de tutela cautelar para garantia

¹²¹ GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada. Vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 197.

¹²² AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no novo CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares? In: BUENO, Cassio Scarpinella; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (Orgs.). Tutela provisória no novo CPC – Dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao novo CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 42.

de execução para pagamento de quantia certa (arresto) em que basta opor uma restrição judicial de ineficácia sobre os bens do devedor que sejam suficientes à garantia dos futuros atos executivos. Aliás, este é o binômio que Ovídio Araújo Baptista da Silva criou a partir da leitura atenta de Pontes de Miranda e que, na obra do mestre gaúcho, representa tão bem a diferença entre uma medida urgente cautelar e outra de caráter satisfativo. Enquanto nesta última existe “execução para segurança”, naquela primeira haverá “segurança para execução”..¹²³

Já na vigência do atual Código de Processo Civil, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, que em sua tese de doutorado defendeu a unificação do regime jurídico para as tutelas de urgência na vigência do Código de Processo Civil de 1973¹²⁴, adota dois critérios de classificação distintos, separando as tutelas de urgência em conservativas ou satisfativas, quanto à sua função, e antecedentes ou interinais, a depender do momento de seu ajuizamento:

Quanto à função, a tutela de urgência divide-se em *conservativas* e *satisfativas* e, quanto ao tempo da sua propositura, em tutelas de urgência *antecedentes* e *interinais*.

(...)

Conquanto por técnicas distintas (uma visa a proteger para permitir uma futura satisfação, enquanto a outra satisfaz desde já para proteger), é evidente que ambas representam dois lados da mesma moeda, daí se dizer que a tutela de urgência pode assumir *função* conservativa (acautelatória) ou antecipatória, dependendo do caso.

(...)

Com relação ao *tempo da sua propositura*, pode-se dizer que a tutela de urgência pode ser veiculada em caráter antecedente ou no curso do processo.¹²⁵

Para os irmãos Isabela, Fernando e Ricardo Bonfá de Jesus, no Código de Processo Civil de 2015, as tutelas provisórias se distinguem em três abordagens distintas: (i) quanto aos pressupostos para a sua concessão (evidência do direito ou probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo); (ii) pela essência da tutela pleiteada (cautelar ou antecipatória); ou (iii) pelo momento do requerimento (incidental ou antecedente)¹²⁶.

¹²³ TESSER, André Luiz Bäuml. Tutela cautelar e antecipação de tutela: perigo de dano e perigo de demora. São Paulo: RT, 2014. p. 91.

¹²⁴ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela jurisdicional de urgência: regime jurídico único das tutelas cautelar e antecipada. Tese de doutorado em Direito. São Paulo, PUC, 2010.

¹²⁵ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 90-92.

¹²⁶ JESUS, Isabela Bonfá de; JESUS, Fernando Bonfá de; JESUS, Ricardo Bonfá de. Manual de direito e processo tributário. 3. Ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 409.

Em sentido semelhante, Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, em análise ao artigo 294 do Código de Processo Civil de 2015, afirmam que as tutelas provisórias podem ser classificadas sob três enfoques distintos:

quanto à satisfatividade da decisão (antecipada ou cautelar); b) quanto ao momento da decisão (antecedente ou incidental); e, c) quanto à natureza da decisão (de urgência ou de evidência).¹²⁷

Especificamente quanto à satisfatividade das tutelas, tais Autores mantêm o entendimento da doutrina majoritária, no sentido de a tutela de natureza cautelar é assecuratória, ao passo que a tutela de natureza antecipada é satisfativa. Em seus exatos termos:

Tendo por traço distintivo a satisfação ou não do direito material, a primeira classificação apresenta duas espécies opostas de decisões, já que a tutela antecipada satisfativa realiza de algum modo a pretensão relativa ao direito material, enquanto a tutela antecipada cautelar (não satisfativa) apenas assegura o resultado de outro provimento jurisdicional. Nesse passo, quando se pede tutela antecipada para a realização de uma cirurgia, trata-se de uma tutela antecipada satisfativa, na medida em que o resultado que é objeto do provimento final terá sido alcançado, ainda que em sede de uma medida concedida liminarmente. Porém, quando se pleiteia uma medida cautelar de sequestro de um bem cuja propriedade se discute, depositando-o em mãos de um terceiro, apenas se estará assegurando que este bem não se perderá enquanto não advém a decisão que define com quem ele deverá ficar em definitivo..¹²⁸

Para fins deste estudo, e com base nas lições do renomado administrativista argentino Agustín Gordillo, no sentido de que “*não há classificações certas ou erradas, mas classificações mais úteis ou menos úteis*”¹²⁹, adotaremos a classificação subentendida do próprio Código de Processo Civil de 2015, no sentido de que as tutelas provisórias de urgência se subdividem em tutela de natureza cautelar e de natureza antecipada.

¹²⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de direito processual civil. 1ª ed. vol. 1. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 662.

¹²⁸ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de direito processual civil. 1ª ed. vol. 1. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 622.

¹²⁹ GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. Tomo 1. Parte geral. 8. ed. Buenos Aires: FDA, 2003. p. 3.

De fato, depreende-se do Código de Processo Civil de 2015 que a provisoriedade e a instrumentalidade são características fundamentais atribuídas à tutela provisória, como bem apontado por Leonardo Greco:

O Código de 2015 restabelece o entendimento da doutrina tradicional, segundo a qual a provisoriedade está sempre vinculada à instrumentalidade, de tal modo que a tutela provisória, de urgência ou de evidência, será sempre considerada em função acessória e em relação a uma outra modalidade de tutela, cognitiva ou executiva.¹³⁰

E, nesse sentido, muito embora os parágrafos primeiro e segundo do artigo 269 do Projeto do Senado¹³¹, sugerido pelo Ministro Athos Gusmão Carneiro, não tenha sido mantido na versão final do Código de Processo Civil, é inegável a sua utilidade para a distinção do conceito de ambas as espécies de tutela de urgência.

Com efeito, não obstante referido artigo não tenha permanecido na versão aprovada do Código de Processo Civil, Leonardo Greco defende que os conceitos destas espécies de tutela de urgência são extraídos da doutrina e jurisprudência já consolidada no Brasil e que, também, podem ser observadas de forma velada do próprio texto legal:

Assim, o artigo 301 estabelece que “a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea”, deixa claro o caráter assecuratório ou conservativo endoprocessual dessas medidas, ao concluir que sempre se destinam a “asseguração do direito”. Esse caráter endoprocessual da tutela cautelar também transparece na ausência de previsão de estabilização da medida provisória, com a previsão expressa, ao contrário, da sua caducidade se não proposta a ação principal (art. 309, inciso I). Já o caráter de julgamento provisório do pedido principal, na tutela antecipada, resulta necessariamente do artigo 303 que identifica o pedido de antecipação com o pedido principal, embora permita que este venha a complementar o primeiro, e do artigo 304, que prevê a estabilização da tutela provisória na regulação da relação jurídica de direito material entre as partes.¹³²

¹³⁰ GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada. vol. 4. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 190.

¹³¹ “Art. 269. *Omissis.*”

§ 1º. *São medidas satisfativas as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida.*

§ 2º. *São medidas cautelares as que visam afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo.”*

¹³² GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada. vol. 4. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 197/198.

Em sentido análogo, Arlete Inês Aurelli afirma que, “*em todos os momentos em que trata das tutelas de urgência, verifica-se que o legislador usa a expressão ‘realizar o direito’ para as tutelas antecipadas e ‘acautelar’ para as tutelas cautelares.*”¹³³

Dessa forma, para o atual Código de Processo Civil, as tutelas provisórias de urgência de natureza cautelares buscam assegurar o direito do Requerente, ao passo que as de natureza antecipada buscam satisfazer antecipadamente referido direito, conforme entendimento doutrinário majoritário vigente a partir de 1994 no Brasil.

No mesmo sentido os ensinamentos de Dierle Nunes e Érico Andrade:

A perspectiva da diferenciação vai residir exatamente na distinção que se tem no direito processual brasileiro a partir de 1994: como destaca a doutrina italiana, o critério distintivo deve estar na linha da satisfação do direito material, independentemente de maiores especulações teóricas, razão pela qual se o provimento provisório produz os mesmos efeitos ou efeitos praticamente análogos ao do pronunciamento final, ou seja, se a decisão satisfaz a necessidade de tutela do autor, poderá ser alocado como pronunciamento antecipatório. Por outro lado, o arresto, para garantir pagamento futuro de dívida é sempre a linha divisória do lado das medidas meramente conservativas ou cautelares, de modo que a conjugação das duas ideias permite traçar uma fronteira entre os dois tipos de tutela de urgência. Assim, vertendo as ideias para o direito brasileiro, a tutela cautelar é modalidade de tutela de urgência que protege o resultado útil do processo sem adiantar o gozo do direito material, enquanto que na antecipada ou antecipatória (satisfativa) se adianta propriamente o gozo do próprio direito material.¹³⁴

Concordamos, assim, com o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno:

Nessa perspectiva, a tônica distintiva, destarte, parece (ainda e pertinentemente) recair na aptidão de a tutela provisória poder *satisfazer* ou apenas *assegurar* o direito (material) do requerente. Satisfazendo-o, é antecipada; assegurando-o, é cautelar. Trata-se, nesse sentido, da lição imorredoura de Pontas de Miranda, cultuada e divulgada por Ovídio Baptista da Silva: execução para segurança e segurança para execução, respectivamente, ou, na linguagem do CPC de 2015, “*cumprimento de decisões veiculadoras de tutela jurisdicional*) para segurança e segurança para o cumprimento (de decisões veiculadoras de tutela jurisdicional). Assim, para evitar as discussões, riquíssimas e abundantes no CPC de 1973, mas que, em termos de prática de processo, isto é, de realização e proteção efetiva de direitos são de questionável utilidade e, com isto, celebrar o que é novo, indo além

¹³³ AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no novo CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares? *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (Orgs.). Tutela provisória no novo CPC – Dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao novo CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 39.

¹³⁴ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. *In*: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada. vol. 4. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 78/79.

da mera nomenclatura, a tutela provisória cautelar merece ser compreendida como as técnicas que buscam assegurar o resultado útil do processo. A tutela provisória antecipada, por sua vez, são as técnicas que permitem satisfazer, desde logo, a pretensão do autor.¹³⁵

Portanto, e a despeito do numeroso e discrepante entendimento doutrinário existente acerca da classificação das tutelas de urgência, para fins deste trabalho, adotaremos o conceito trazido pelo Código de Processo Civil de 2015 e defendida por parcela da doutrina, no sentido de que a tutela de natureza cautelar objetiva essencialmente assegurar o direito, ao passo que a tutela de natureza antecipada terá como fim a antecipação do direito.

¹³⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 259.

II.4. As Tutelas Provisórias e o Processo Legislativo do Código de Processo Civil de 2015

Acerca do Código de Processo Civil de 2015, importante analisar, inicialmente, o processo legislativo que culminou no referido código, em especial quanto às tutelas provisórias.

Após a ampla reforma promovida em 1994, a questão das tutelas provisórias somente veio a ser alterada pelo atual Código de Processo Civil, que sofreu significativas alterações ao longo de seu processo legislativo.

Como é cediço, em 2009, foi instituída uma comissão de renomados juristas, sob a presidência do Ministro Luiz Fux e relatoria de Teresa Arruda Alvim Wambier¹³⁶, para elaboração do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, através do Projeto de Lei nº 166/2010, o qual foi aprovado no Senado em dezembro de 2010.

Ao ser enviado para a Câmara, o projeto do novo Código de Processo Civil passou a tramitar sob o número 8.046/2010, sendo aprovado em março de 2014.

Por se tratar de substitutivo de projeto de lei em razão das modificações realizadas, nos termos do artigo 65, parágrafo único, da Constituição Federal¹³⁷, o texto aprovado retornou ao Senado que, em dezembro de 2014, aprovou o relatório apresentado (Parecer nº 956/2014).

Ocorre que, conforme bem apontado por Cassio Scarpinella Bueno, o texto aprovado pelo Senado Federal não encontra qualquer fundamento nos projetos anteriores¹³⁸, restando violado o próprio processo legislativo que originou o atual Código de Processo Civil.

¹³⁶ Disponível em: https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a_e_2a_Reuniao_PARA_grafica.pdf. Acesso em 11/11/2017.

¹³⁷ “Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar. Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.”

¹³⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. (In)devido processo legislativo e o novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/para-ler.html>. Acesso em 02/04/2016.

Em outras palavras, verifica-se a inconstitucionalidade formal da Lei nº 13.015/2016, em razão de o texto final aprovado pelo Senado Federal ser distinto do texto originalmente aprovado nesta casa do Congresso Nacional e também do texto aprovado na casa revisora, a Câmara dos Deputados.

Tais alterações podem ser verificadas quanto às tutelas provisórias, cuja sistemática originalmente construída pela Comissão de Juristas no anteprojeto é distinta da versão aprovada no Senado no Projeto de Lei nº 166/2010 que, por seu turno, é diferente do quanto previsto no Substitutivo da Câmara dos Deputados (Projeto nº 8.046/2010), sendo todos estes diversos do quanto foi efetivamente aprovado na Lei nº 13.015/2015.

A despeito da inconstitucionalidade formal do Código de Processo Civil, transcorridos mais de 18 (dezoito) meses da publicação da Lei nº 13.015/2016, entendemos que a situação está consolidada, o que, em casos análogos, foi suficiente para o Supremo Tribunal Federal entender pela ausência de violação ao artigo 65, parágrafo único, da Constituição Federal, como, por exemplo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.238, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, em que se discutia a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).¹³⁹

Além disso, ainda não houve qualquer questionamento judicial acerca da validade da nova legislação processual, tendo sido encontrada apenas a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5.492/RJ, ajuizada pelo Governador do Rio de Janeiro, ainda não julgada, e que busca o reconhecimento da inconstitucionalidade apenas de alguns dispositivos legais específicos, sem qualquer relação com o processo legislativo de aprovação da norma.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.238/RJ. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Votação por maioria. Brasília, 09/08/2007. Publicado no DJe de 11/09/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547193>. Acesso em: 27/11/2017.

Especificamente quanto ao tema em estudo, cumpre destacar que ocorrera algumas alterações no processo legislativo que foram bem recebidas pela doutrina pátria como, por exemplo, em relação aos pedidos incontroversos.

No projeto original do Senado, nos termos de seu artigo 285, havendo um ou mais pedidos cumulados ou parcela deles incontroversos, seria concedida a tutela de evidência. Ocorre que tal decisão constitui sentença de mérito, e não decisão interlocutória, tendo a versão final autorizado o julgamento antecipado parcial de mérito nessas hipóteses, nos termos do artigo 356 do Código de Processo Civil de 2015.

Não obstante tais questões positivas, também foram feitas fortes críticas ao processo legislativo relativo às tutelas provisórias, e que pode ser até mesmo questionada a constitucionalidade de tais mudanças.

Com efeito, a versão enviada pelo Senado Federal à sanção presidencial, e que posteriormente deu origem à Lei nº 13.015/2015, inovou quanto ao prazo de contestação do réu nas hipóteses de concessão da tutela provisória de urgência de natureza antecipada requerida em caráter antecedente e também no dispositivo em que estabeleceu que a tutela estabilizada não tem o condão de fazer coisa julgada.

Além disso, o anteprojeto elaborado pela Comissão de juristas propôs a denominação de “tutela de urgência e tutela da evidência”, o que foi mantido no projeto originário apresentado pelo Senado Federal (Projeto de Lei nº 166/2010). Contudo, o projeto da Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 8.046/2010) alterou a denominação para “tutela antecipada”, independente de sua natureza satisfativa ou assecuratória. Por fim, o Senado alterou a denominação para adotar o termo “tutela provisória”, o qual acabou sendo empregado no Código de Processo Civil aprovado. Como bem identificado por Cassio Scarpinella Bueno:

Para aqueles que entenderem se tratar de mera mudança de nome, quiçá, mais adequado para descrever a novel disciplina legislativa, não haverá maiores dificuldades de entender que as modificações ocorridas na última etapa do processo legislativo não esbarram no devido processo legislativo (art. 65, parágrafo único, da CF). Diferentemente, para quem entender que a nova disciplina legal vai além de

meras questões terminológicas, o vício no processo legislativo é conclusão irretorquível, a começar pelo nome dado ao instituto.¹⁴⁰

De fato, entendemos que não se trata de mera denominação da nomenclatura dada a este precioso instituto jurídico, em razão da discussão existente na sistemática anterior acerca das distinções entre as tutelas cautelares e as tutelas antecipadas.

Além disso, há críticas doutrinárias¹⁴¹ também acerca da provisoriedade das tutelas provisórias, as quais são temporárias, e não provisórias¹⁴², o que ganha maior repercussão na tutela provisória estabilizada, que assume “ares de definitividade”¹⁴³. Todavia, antes de ingressar neste tema específico, devemos entender a nova sistemática das tutelas provisórias no Código de Processo Civil de 2015.

¹⁴⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 213.

¹⁴¹ PIMENTEL, Alexandre Freire [et al]. Da – suposta – provisoriedade da tutela cautelar à “tutela provisória de urgência” no novo código de processo civil brasileiro: entre avanços e retrocessos. Revista de Processo Comparado. v. 3. Jan/jun de 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 19.

¹⁴² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil – Tomo XII – arts. 796 a 889. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 25.

¹⁴³ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2015. p. 110.

III.5. Considerações Gerais sobre as Tutelas Provisórias no Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 2015 disciplinou, sob a nomenclatura de tutela provisória¹⁴⁴, o conjunto de instrumentos processuais que possibilitam ao Magistrado prestar a tutela jurisdicional antes do julgamento de mérito, por meio de decisão provisória, tomada por meio de cognição sumária, que impõe sua posterior confirmação, apta a assegurar ou satisfazer a pretensão do autor antes do regular desdobramento do processo.

Nos termos do artigo 294, *caput*¹⁴⁵, as tutelas provisórias podem se fundamentar em urgência ou evidência, sendo que as tutelas de urgência se subdividem, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo legal¹⁴⁶, em tutelas de natureza cautelar ou de natureza antecipada, podendo ser requerida de forma antecedente ou incidental, esta última independente do pagamento de custas¹⁴⁷.

A tutela provisória concedida conserva sua eficácia no curso do feito¹⁴⁸, podendo ser revogada ou reformada a qualquer tempo, tanto pelo próprio magistrado quanto pelo órgão *ad quem*¹⁴⁹, mantendo-se a sistemática prevista no Código de Processo Civil de 1973.

Embora o Código de Processo Civil de 2015 não tenha previsto, de forma expressa, a possibilidade de concessão de tutelas provisórias com base no poder geral de cautela do Magistrado, que tal possibilidade ainda existe em razão interpretação sistemática do *Codex* processual.

¹⁴⁴ Quanto à denominação empregada, “*tutela provisória*”, vide capítulo II.3 “Evolução das Tutelas Provisórias no Processo Legislativo do Código de Processo Civil de 2015.”

¹⁴⁵ “Art. 294. *A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.*”

¹⁴⁶ “Art. 294. *Omissis*

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.”

¹⁴⁷ “Art. 295. *A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.*”

¹⁴⁸ “Art. 296. *A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.*”

¹⁴⁹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de direito processual civil. 1ª ed. vol. 1. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 624.

Com efeito, observa-se do *caput* do artigo 297 do Código Processual¹⁵⁰ a possibilidade de o Magistrado criar as condições efetivas para assegurar direitos ou satisfazê-lo de imediato, devendo ser entendido de forma ampla para possibilitar a observância do modelo constitucional do direito processual civil. É possível, assim, que o Magistrado adote todas as medidas necessárias para assegurar o direito das partes, concedendo a tutela provisória de forma ampla, não havendo qualquer restrição à proteção dos direitos essenciais das partes.

Para Cassio Scarpinella Bueno, “o *caput* do art. 297 faz as vezes, no plano *infraconstitucional*, do que, no CPC de 1973, era desempenhado pelo ‘dever-poder geral de antecipação’ (art. 173 daquele Código) e pelo ‘dever-poder geral de cautela’ (art. 798 daquele Código)”¹⁵¹

Não obstante, importante a crítica de Cassio Scarpinella Bueno acerca da antiga expressão poder geral de cautela do Magistrado:

Uma última observação merece ser feita: o emprego da expressão “dever-poder geral” do lugar do mais comum “poder-geral” deve-se pelas mesmas razões que exponho no item 5.1 do capítulo. Aqui só quero frisar a ideia de concepção de que o magistrado exerce função jurisdicional que, de acordo com o modelo de Estado criado pela Constituição Federal de 1988, merece ser compreendida como a síntese das finalidades a serem atingidas (“dever”) mediante os meios adequados e próprios para tanto (“poder”). Só há, destarte, “poder” enquanto vocacionado ao atingimento de um “dever”. E vivam Celso Antônio Bandeira de Mello e a escola de direito público que ele fundou na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo..¹⁵²

Em sentido semelhante, Carlos Augusto de Assis afirma que:

(...) ao empregar essa técnica, o legislador confere poderes mais largos ao juiz. Isso não significa, porém, que ele está completamente livre para implementar a tutela antecipada. Sua condução sempre estará vinculada à função constitucional, e sujeita aos ditames da proporcionalidade e razoabilidade inerentes ao devido processo legal.¹⁵³

¹⁵⁰ “Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.”

¹⁵¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 262.

¹⁵² BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 263.

¹⁵³ ASSIS, Carlos Augusto de. Reflexões sobre os novos rumos da tutela de urgência e da evidência no Brasil a partir da Lei 13.105/2015. In DIDIER Jr., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada. vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 626.

Ainda entre as disposições gerais das tutelas provisórias, o artigo 298 do Código de Processo Civil¹⁵⁴ reitera um dos pilares do novo *Codex* processual, qual seja, o dever de fundamentação das decisões judiciais, cuja previsão genérica e ampla encontra-se em seus artigos 11¹⁵⁵ e 489¹⁵⁶, reforçando, ainda mais, dever constitucional de fundamentação das decisões.

Dessa forma, as decisões provisórias que concedem ou negam as tutelas provisórias devem, necessariamente, serem fundamentadas, sob pena de nulidade, mantendo-se assim a harmonia do Código e ressaltando a sua relevância para a questão das tutelas provisórias.

A competência para apreciação do pedido de tutela provisória é, nos termos do artigo 299 do Código de Processo Civil de 2015¹⁵⁷, do órgão jurisdicional competente para “*conhecer do pedido principal*” quando requerida de forma antecipada ou, então do juízo perante o qual a ação tramita ou deve tramitar.

No caso da tutela provisória requerida no Tribunal, será o “*órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito*.” Em outras palavras, mantém-se as regras genéricas de competência do *Codex* processual anterior¹⁵⁸.

¹⁵⁴ “Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.”

¹⁵⁵ “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

¹⁵⁶ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

§ 2o No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3o A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

¹⁵⁷ “Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

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

¹⁵⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 260.

No tocante aos recursos cabíveis em face da concessão da tutela provisória, quando decidida em decisão interlocutória, deverá ser interposto agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, inciso I, do Código de Processo Civil¹⁵⁹. Se concedida já em sentença, o recurso cabível será o recurso de apelação¹⁶⁰, o qual não será recebido em efeito suspensivo¹⁶¹.

Caso o pedido de concessão da tutela provisória seja decidido no âmbito dos tribunais, “as decisões monocráticas (...) são recorríveis para o colegiado competente, por intermédio do recurso de agravo interno”¹⁶², previsto no artigo 1.021 do Código de Processo Civil de 2015¹⁶³. Caso a concessão seja por meio de acórdão, “a recorribilidade (...) não traz peculiaridades a não ser a inviabilidade de questões fáticas serem reexaminadas em sede de recurso extraordinário ou especial.”¹⁶⁴

¹⁵⁹ “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
I - tutelas provisórias;”

¹⁶⁰ “Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

(...)

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

(...)

§ 5º O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação.”

¹⁶¹ “Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

§ 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

(...)

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;”

¹⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 263.

¹⁶³ “Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.”

¹⁶⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 263.

II.6. Tutela Provisória de Urgência

As tutelas provisórias de urgência estão previstas nos artigos 300 e seguintes do Código de Processo Civil, iniciando-se com previsões gerais para o gênero e, após, disposições específicas para as tutelas requeridas em caráter antecedente de natureza antecipada e de natureza cautelar.

Acerca da urgência, Leonardo Greco afirma que:

É a urgência, situação de perigo iminente que recai sobre o processo, sobre a eficácia da futura prestação jurisdicional ou sobre o próprio direito material pleiteado, que torna necessária a tutela cautelar ou a tutela antecipada de urgência, tendo em vista a impossibilidade concreta de evita-la através do desenvolvimento e da conclusão normal da própria atividade processual cognitiva ou executiva.¹⁶⁵

Assim, as tutelas provisórias de urgência são cabíveis quando a demora no oferecimento da prestação jurisdicional representa para a efetividade da jurisdição e a realização do direito¹⁶⁶, ou seja, quando não é possível à parte aguardar pelo término do processo para obter a tutela jurisdicional, sob pena de sofrer um dano irreversível ou de difícil reversibilidade¹⁶⁷.

As tutelas provisórias de urgência de natureza antecipada e de natureza cautelar, quando requeridas de forma incidental, deverão ser formuladas na própria petição inicial ou então no curso do processo, ainda que em sede recursal, sendo possível, ainda, a sua cumulação¹⁶⁸.

¹⁶⁵ GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015. In DIDIER Jr., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada. vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 626.

¹⁶⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 611.

¹⁶⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. Da antecipação da tutela. 5 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 31.

¹⁶⁸ “O art. 308, § 1º, CPC, consagra a possibilidade de cumulação de pedido cautelar e não cautelar. Nada impede, então, que o autor deflagre demanda em que deduza, desde já, o seu pedido principal (satisfativo/definitivo) em cumulação com pedido cautelar.” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 585.)

Possível, ainda, que as tutelas provisórias de urgência sejam requeridas de forma antecedente, em simples petição, antes do ajuizamento da ação com o pedido principal a ser formulado em momento oportuno.

De fato, o fator tempo pode acarretar o perecimento do direito alegado pelo Autor, inviabilizando o ajuizamento da ação principal e documentação necessária, o que pode ser evitado através da apresentação prévia do pedido de tutela. Em determinadas ocasiões, a necessidade de tutela é praticamente imediata, sob pena de perecimento do direito alegado¹⁶⁹.

A lógica existente na instituição de um procedimento específico para as partes requererem a concessão de tutela em caráter antecedente é a urgência presente já no momento da propositura da ação, na qual a parte não dispõe de tempo hábil para obter toda a documentação e elementos necessários para a formulação de pedido de tutela definitiva, de modo completo e acabado.¹⁷⁰

É o caso, por exemplo, do paciente que necessita ser submetido a uma cirurgia de urgência, que, se não for realizada com urgência, a pessoa irá falecer, mas que o plano de saúde se recusa a aceitar e arcar com os custos.

Neste caso, inviável que a parte, seus familiares e advogados ingressem com todos os documentos e argumentos em curto prazo, hipótese em que pode se utilizar da tutela provisória de urgência requerida em caráter antecedente para obter tutela jurisdicional que obrigue ao plano de saúde arcar com os custos, permitindo a realização da cirurgia, para, depois, a parte apresentar seu pedido principal e prosseguir a discussão de mérito efetivamente cabível.

¹⁶⁹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de direito processual civil. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 640.

¹⁷⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 586.

Trata-se de procedimento sofisticado¹⁷¹, que acabou por gerar críticas na doutrina pátria, por entender desnecessária a previsão de um procedimento específico para a tutela antecipada antecedente, por se tratar da mesma ação de direito material e da mesma relação processual¹⁷², o que será melhor apreciado oportunamente.

Acerca da tutela provisória incidental, Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira explicam que:

A tutela provisória incidental é aquela requerida dentro do processo em que se pede ou já se pediu a tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento), independentemente do pagamento de custas (art. 295, CPC). É requerimento contemporâneo ou posterior à formulação do pedido de tutela definitiva: o interessado ingressa com um processo pleiteando, desde o início, tutelas provisória e definitiva ou ingressa com um procedimento pleiteando apenas a tutela definitiva e, no seu curso, pede a tutela provisória. É importante esclarecer que o pedido de tutela provisória incidental não se submete à preclusão temporal, podendo ser formulado a qualquer tempo (...) Nesse caso, o requerimento pode ser formulado: a) na própria petição inicial (contestação, petição de ingresso do terceiro ou de manifestação do Ministério Público); b) em petição simples; c) oralmente, em mesa de audiência ou durante a sessão de julgamento no tribunal – quando deve ser reduzido a termo; d) ou no bojo da petição recursal.¹⁷³

Independentemente do momento em que requerida a tutela provisória de urgência, percebe-se que o Código de Processo Civil estabeleceu que não é necessária a constituição de um processo apartado para tanto, simplificando assim o seu procedimento e a possibilidade de concessão da medida de urgência, tornando mais prático e célere a utilização desses instrumentos.

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

¹⁷¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 268.

¹⁷² COSTA, Adriano Soares da. Morte processual da ação cautelar? In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). Tutela provisória. Colação Grandes Temas do Novo CPC. vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 35.

¹⁷³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 585.

Percebe-se, assim, que o novo Código equiparou os requisitos para concessão da tutela antecipada e da tutela cautelar¹⁷⁴, encerrando-se artificial distinção até então existente¹⁷⁵, de modo que a concessão de quaisquer das tutelas provisórias de urgência demanda a comprovação da mesma probabilidade do direito e do mesmo perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo.

Ou seja, adotou-se um regime jurídico único para as tutelas de urgência, ao menos para as tutelas requeridas em caráter incidental¹⁷⁶, de modo que, na nova legislação processual, ambos os instrumentos são considerados como espécies do mesmo gênero (tutela de urgência), caracterizadas por cognição sumária, provisórias e revogáveis, buscando sempre neutralizar o ônus do tempo no processo.

Essa unificação dos requisitos das tutelas de urgências, dada a similitude existente entre as duas espécies, aliás, veio em boa hora¹⁷⁷, sendo bem recebido por parcela da doutrina¹⁷⁸, pois buscou encerrar uma antiga discussão muito mais teórica do que prática acerca da distinção entre o *fumus boni juris* e a prova inequívoca da verossimilhança das alegações, requisitos previstos na legislação anterior.

Isto porque não se mostra possível avaliar, com precisão matemática, qual grau de convicção do Magistrado acerca dos pedidos de tutela formulados, com base nas provas dos

¹⁷⁴ Em sentido contrário: “No âmbito da cognição sumária, o grau de aprofundamento exigido para uma tutela urgente não-satisfativa deve ser menor que o requerido para a concessão de uma tutela urgente satisfativa. A superficialidade da cognição pode ser adequada para o primeiro caso, mas não para o segundo. Ai também se deve fazer cuidadosa verificação da cognição adequada, num juízo de proporcionalidade inerente ao devido processo legal.” (ASSIS, Carlos Augusto de. Reflexões sobre os novos rumos da tutela de urgência e da evidência no Brasil a partir da Lei 13.105/2015. In: DIDIER Jr., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada. vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 58).

¹⁷⁵ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada. vol. 4. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 81.

¹⁷⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 264.

¹⁷⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 300.

¹⁷⁸ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 97.

autos, inexistindo assim um cálculo aritmético que possibilite verificar o grau de convencimento¹⁷⁹.

Dessa forma, de forma pragmática, a distinção entre a verossimilhança das alegações e a probabilidade do direito teria sentido apenas na seara acadêmica, inexistindo consequências na prática forense, motivo pelo qual acertou o legislador ao unificar os requisitos legais para concessão de tutela provisória, quais seja, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

A probabilidade do direito, para Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, pode ser assim conceituada:

A probabilidade do direito a ser provisoriamente satisfeito/realizado ou acautelado é a plausibilidade de existência desse mesmo direito. O bem conhecido *fumus boni juris* (ou fumaça do bom direito). O magistrado precisa avaliar se há “elementos que evidenciem” a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante (art. 300, CPC). Inicialmente, é necessária a verossimilhança fática, com a constatação de que há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor. É preciso que se visualize, nessa narrativa, uma verdade provável sobre os fatos, independentemente da produção de prova. Junto a isso, deve haver uma plausibilidade jurídica, com a verificação de que é provável a subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos.¹⁸⁰

Já perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, o que justificou a opção pela denominação das tutelas de urgência pelo legislador¹⁸¹, também conforme lições de Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, pode ser entendido como:

(...) perigo de dano: i) concreto (certo), e não hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; ii) atual, que está na iminência de ocorrer, ou esteja acontecendo; e, enfim, iii) grave, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito.¹⁸²

¹⁷⁹ Em sentido contrário, explorando a doutrina estadunidense denominada “*Law and Economics*”, vide: BODART, Bruno Vinpicius da Rós. Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2015. p. 78/83.

¹⁸⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 608/609.

¹⁸¹ TESSER, André Luiz Bäuml. As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada. vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 31.

¹⁸² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 608/609.

Mantendo-se sistemática semelhante ao código anterior, também no Código de Processo Civil de 2015 a tutela provisória pode ser concedida mediante a exigência de prestação de caução, ressalvada expressamente a situação do hipossuficiente economicamente¹⁸³¹⁸⁴, bem como sem a oitiva da parte contrária ou após a justificação prévia¹⁸⁵.

Além disso, nos termos do artigo 300, § 3º, do Código de Processo Civil, “*a tutela de urgência, de natureza antecipada, não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.*”

Trata-se de situação semelhante ao *periculum in mora* reverso, sendo pressuposto negativo da concessão da tutela, e significa a “*possibilidade de se retornar ao estado anterior ao deferimento e cumprimento da medida.*”¹⁸⁶

Bruno Vinícius da Rós Bodart, apoiando seu entendimento em julgado do Supremo Tribunal Federal¹⁸⁷, bem sintetiza a irreversibilidade dos efeitos da decisão como pressuposto negativo para concessão da tutela de urgência:

¹⁸³ “Art. 300. (...)”

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

¹⁸⁴ “Trata-se de verdadeira inovação constante do novel diploma, a qual é verdadeira manifestação do princípio da ubiquidade. Não pode a exigência de caução impedir o acesso à justiça.” (AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no novo CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares? In: BUENO, Cassio Scarpinella; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (Orgs.). Tutela provisória no novo CPC – Dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao novo CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 14.

¹⁸⁵ “Art. 300. (...)”

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

¹⁸⁶ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. In: DIDIER Jr., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada. vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 81.

¹⁸⁷ “Por ausência de *periculum in mora*, o Tribunal, por maioria, indeferiu medida liminar em ação direta ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio – CNC contra a Lei 3.542/2001, do Estado do Rio de Janeiro, que obriga as farmácias e drogarias localizadas no Estado a conceder desconto na aquisição de medicamentos para consumidores com mais de 60 anos, cujo descumprimento ensejará a aplicação de multa pela Secretaria de Estado da Saúde (de 60 a 65 anos – 15% de desconto; de 65 a 70 anos – 20% de desconto; maiores de 70 anos – 30% de desconto). Entendeu-se caracterizada a ocorrência do *periculum in mora* reverso, visto que a irreparabilidade dos prejuízos recairia sobre os idosos, e não sobre as farmácias e drogarias, cujo eventual dano é passível de reparação posterior por mecanismos de mercado.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.435/RJ. Relator:

A princípio, a equação que conduz à adequada gestão do ônus dromológicos processuais leva em conta apenas o risco de morosidade na prestação jurisdicional (que milita em desfavor do autor) e o risco de erro judicial, resultante da cognição incompleta (a pender contra o réu). Entretanto, em situações excepcionais, ainda que o autor embase a sua pretensão com as melhores razões e a defesa aduza argumentos de remota procedência, pode ser que o julgador, atento às implicações futuras da sua decisão, tenha razoáveis motivos para manter as coisas como estão. A depender da gravidade da consequência, não importa quão diminuta a probabilidade da sua ocorrência – deverá o juiz rejeitar a solução, pois o seu erro pode ser fatal.¹⁸⁸

Essa regra já encontrava previsão no Código de Processo Civil de 1973 e na Lei nº 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança), e, para a doutrina pátria, não é absoluta, sendo possível seu temperamento no caso concreto. Nesse sentido nos ensinam Dierle Nunes e Érico Andrade:

(...) mesmo sob a égide do CPC-73, a doutrina e a jurisprudência aceitavam o deferimento em hipóteses de irreversibilidade recíproca (quando for irreversível para o réu, caso haja o deferimento, e irreversível para o autor, caso haja o indeferimento), aplicando-se, entre outros critérios interpretativos, o princípio da proporcionalidade (devido processo legal em dimensão material – previsto nos arts. 8º e 489, § 2º, CPC-2015) para verificar qual esfera de direitos (às vezes fundamentais) deve merecer acautelamento, do autor ou do réu. Assim, em algumas hipóteses, caso o juiz não defira a liminar antecipatória em determinadas situações de irreversibilidade o direito do autor pereceria (por exemplo, pedido de tratamento médico de urgência). Nesses moldes, existem vários julgados dos tribunais, mesmo sob a égide do CPC-1973, autorizando a concessão da medida quando ocorrerem essas hipóteses de irreversibilidade recíproca (para ambos, autor e réu ao mesmo tempo), devendo o juiz verificar, em conformidade com os elementos trazidos no processo, qual irreversibilidade (para o autor ou para o réu) deve prevalecer, de acordo com os direitos em discussão e o grau de dano potencial em comento.¹⁸⁹

O artigo 301 do Código de Processo Civil¹⁹⁰ estabelece que a tutela de urgência cautelar, pode ser efetivada através de quaisquer medidas idôneas necessárias, reforçando, assim, o “Poder Geral de Cautela” dos Magistrados¹⁹¹, com as ressalvas acima trabalhadas.

Ministra Ellen Gracie. Votação por maioria. Brasília, 13/03/2002. Publicado no DJe de 31/10/2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347593>).

¹⁸⁸ BODART, Bruno Vinicius da Rós. Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2015. p. 81.

¹⁸⁹ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. In: DIDIER Jr., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada. vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 81.

¹⁹⁰ “Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.”

Por fim, o artigo 302 do Código¹⁹² é regra genérica que deve ser observada independentemente da espécie de tutela provisória requerida e estabelece as hipóteses em que o requerente da tutela de urgência responderá pelos danos causados à parte contrária.

Não obstante as diversas previsões legais comuns para as tutelas de natureza cautelar e de natureza antecipada, em atitude muito criticada pela doutrina pátria¹⁹³, o Código de Processo Civil de 2015 acabou por diferenciar o procedimento para requerimento de tais tutelas de forma antecedente.

¹⁹¹ SCARPARO, Eduardo. A supressão do processo cautelar como *tertium genus* no Código de Processo Civil de 2015. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick. SCARPARO, Eduardo (Orgs.). Estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 127.

¹⁹² “Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

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

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

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

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

¹⁹³ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 257.

II.6.1. Tutela Provisória de Urgência de Natureza Cautelar Requerida em Caráter Antecedente

Importante esclarecer, inicialmente, que, embora regulamentada por artigos localizados posteriormente à tutela antecipada antecedente, iniciaremos nossos estudos pela tutela cautelar antecedente, por fins didáticos.

Sob a vigência do Código de Processo Civil de 2015, as cautelares “preparatórias” passaram a ser identificadas como tutelas cautelares “antecedentes”, por não ser um requisito prévio obrigatório para ajuizamento de ação discutindo o pedido principal, conforme bem observado por Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira:

No que toca a estrutura do título, a primeira alteração que se observa foi a relativa à correção da denominação que se dá ao procedimento utilizado, que antes era conhecido erroneamente como cautelar preparatória. Isto porque o termo “preparatória” é próprio para uma medida que visa preencher um requisito necessário ao exercício de uma pretensão, como acontece no caso da necessidade de notificação para por fim ao comodato por prazo indeterminado e, com isso, permitir a propositura de ação de reintegração de posse, ou, no caso de uma medida que possa comprovar a mora para que se possa propor a ação de busca e apreensão do bem objeto de alienação fiduciária. Como uma medida de natureza cautelar não é requisito para que seja formulado o pedido principal, então não é possível denominá-la preparatória. Daí o acerto da denominação cautelar antecedente, indicando que a classificação se refere a critério meramente cronológico, isto é, trata-se de uma medida antecedente porque foi pleiteada antes do momento em que se formulou o pedido principal.¹⁹⁴

Para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

A tutela provisória cautelar antecedente é aquela requerida dentro do mesmo processo em que se pretende, posteriormente, formular o pedido de tutela definitiva, cautelar e satisfativa. Seu objetivo é: i) adiantar provisoriamente a eficácia da tutela definitiva cautelar; e ii) assegurar a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa.¹⁹⁵

¹⁹⁴ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 626-627.

¹⁹⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de direito processual civil. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 650.

Assim, quando a urgência for contemporânea ao ajuizamento da ação¹⁹⁶, é cabível ingressar apenas com a tutela provisória de urgência de natureza cautelar requerida em caráter antecedente, ou seja, antes de requerer seu pedido principal.

Como já defendido¹⁹⁷, trata-se do meio processual adequado para aquelas situações limites, onde não há tempo hábil para elaboração da ação principal e levantamento de toda a documentação necessária, como, por exemplo, na necessidade de uma cirurgia médica de urgência negada pelo Plano de Saúde ou no caso de uma licitação iminente.

Nos termos do artigo 305 do Código de Processo Civil de 2015¹⁹⁸, além dos requisitos genéricos previstos no artigo 319 do *Codex* processual como requisitos da petição inicial, o Autor ainda deverá indicar diversos elementos da lide principal e os requisitos do artigo 300 para concessão da tutela de urgência, em especial a relação jurídica controvertida e o fundamento do pedido principal.

O Autor deverá demonstrar os elementos necessários para o Magistrado verificar a competência para julgamento do pedido principal e os elementos mínimos necessários para processamento de tal pedido, bem como a urgência existente no caso concreto.¹⁹⁹

Importante previsão consta no parágrafo único do referido artigo 305²⁰⁰, no sentido de que, uma vez requerida a tutela cautelar em caráter antecedente, entendendo o Magistrado que sua natureza seria satisfativa (antecipatória), poderá assim recebê-la, adotando-se o rito previsto no artigo 303 do Código²⁰¹.

¹⁹⁶ JESUS, Isabela Bonfá de; JESUS, Fernando Bonfá de; JESUS, Ricardo Bonfá de. Manual de direito e processo tributário. 3. Ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 411.

¹⁹⁷ Vide tópico II.6 “*Tutela Provisória de Urgência*”

¹⁹⁸ “Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”

¹⁹⁹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de direito processual civil. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 650-651.

²⁰⁰ “Art. 305. *Omissis*”

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.”

²⁰¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 277.

Ajuizado o pedido de concessão de tutela de urgência de natureza cautelar requerida em caráter antecedente, nos termos do Código de Processo Civil de 2015, poderá o Magistrado, em juízo de admissibilidade,

(...) indeferi-la (art. 330), determinar a sua emenda (art. 321) ou recebe-la e mandar citar o réu para oferecer contestação no prazo de 05 (cinco) dias, conforme reza o art. 306 do CPC. Além destas três possibilidades, ainda poderá o magistrado, presente a hipótese do art. 332, decretar a improcedência liminar do pedido cautelar ou receber a petição inicial e processá-la na forma dos art. 303 e 304, aplicando a regra da fungibilidade, desde que entenda que o pedido formulado pleiteia, em verdade, ao invés de uma tutela cautelar, uma tutela antecipada (art. 305, parágrafo único).²⁰²

Entendendo o Magistrado por receber a inicial, será apreciado o pedido de concessão de tutela *inaudita altera parte*, ou seja, sem a oitiva da parte contrária, ou mediante justificação prévia do Réu, o qual também poderá, se assim quiser, contestar o pedido cautelar (não, portanto, o pedido principal a ser formulado em momento posterior²⁰³) e indicar as provas a serem produzidas²⁰⁴, bem como, acaso concedida a liminar, interpor o competente agravo de instrumento.

Além disso, o artigo 307 do Código de Processo Civil²⁰⁵ estabeleceu de forma expressa que a ausência de contestação implicará à revelia do Réu e a presunção de veracidade dos fatos narrados na inicial, o que, entendemos, seria de todo desnecessário, tendo em vista a previsão genérica de revelia constante no artigo 344 do *Codex* processual²⁰⁶.

Não obstante o quanto afirmado acima, são necessárias três observações acerca deste dispositivo legal, as quais foram corretamente sintetizadas por Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

²⁰² DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 626-627.

²⁰³ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 224.

²⁰⁴ “Art. 306. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.”

²⁰⁵ “Art. 307. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias.”

²⁰⁶ “Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.”

(...) a primeira é que o juiz só dará tal decisão se estiver convencido, sendo certo que a revelia não necessariamente conduzirá à procedência do pedido; a segunda, é que se trata de uma decisão interlocutória e não sentença, salvo se reconhecer a prescrição ou decadência do direito do autor, sujeita, portanto, ao recurso de agravo de instrumento; a terceira é que a decisão está limitada à tutela cautelar e não diz respeito ao pedido principal, ressalvando-se novamente a hipótese de reconhecimento da prescrição ou decadência do direito do auto.²⁰⁷

Apresentada a contestação no prazo legal²⁰⁸, será observado o procedimento comum para a continuidade da ação²⁰⁹.

Concedida e efetivada a tutela cautelar, o Autor deverá formular o pedido principal no prazo decadencial²¹⁰ de 30 (trinta) dias, nos mesmos autos em que concedida a tutela cautelar, independente do pagamento de novas custas processuais.²¹¹

Ao formular o pedido principal, poderá o Autor alterar a causa de pedir do pedido principal, possibilitando uma discussão “*mais ampla possível com cognição exauriente e nova contestação*”²¹². Após a apresentação do pedido principal, serão as partes intimadas para realização de audiência de conciliação ou mediação²¹³ e, não ocorrendo a autocomposição das partes, iniciar-se-á o prazo para contestação ao pedido principal²¹⁴, prosseguindo o feito normalmente, através do procedimento comum²¹⁵.

²⁰⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 225.

²⁰⁸ “(...) não há possibilidade de reconvenção no caso da tutela cautelar antecedente, embora essa possa ser ofertada depois de formulado o pedido principal. Isso porque não há como o direito alegado em sede cautelar ser plausível tanto para o autor, quanto para o réu; e, porque a inserção do procedimento da reconvenção no curso do procedimento da tutela cautelar antecedente atenta contra a estrutura do próprio procedimento cautelar, que exige celeridade na sua solução.” (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de direito processual civil. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 651.)

²⁰⁹ “Art. 307. *omissis*.”

Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.”

²¹⁰ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de direito processual civil. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 653.

²¹¹ “Art. 308. *Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.*”

²¹² SAMPAIO JÚNIOR, José Helval. Tutela cautelar no novo CPC. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 313.

²¹³ “Art. 308. *Omissis*”

§ 3o *Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.”*

²¹⁴ “Art. 308. *Omissis*”

A eficácia da tutela cautelar concedida de forma antecedente permanecerá vigente até (i) o julgamento desfavorável da tutela satisfativa a ser pleiteada no pedido principal ou (ii) se a parte não deduzir o referido pedido principal no prazo legal ou, então, (iii) se não for efetivada no prazo de 30 (trinta) dias, sendo vedado à parte a reiteração do pedido de tutela cautelar em tais hipóteses, exceto em caso de novo fundamento²¹⁶.

Destaca-se, contudo, que, na hipótese de a tutela não ser efetivada no prazo de 30 (trinta) dias por culpa alheia ao Requerente, não se pode cogitar a perda de sua eficácia, como bem apontado por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

Concedida em caráter antecedente, a tutela provisória cautelar terá de ser efetivada no prazo de trinta dias, sob pena de não mais poder sê-lo, operando-se a cessação de sua eficácia, na forma do art. 309, II, CPC. Deve-se entender que o prazo de trinta dias é para que o requerente busque a efetivação da medida; se ele buscou e fez o que era necessário para tanto, mas a medida não se efetivou porque, por exemplo, o oficial de justiça não citou/intimou o requerido, ou ainda porque este, mesmo citado/intimado, não cumpriu a ordem, não há que se falar em cessação de sua eficácia. Decorrido o prazo sem efetivação da pedida, e desde que isso seja imputável ao próprio requerente, presume-se que desapareceu o risco e que a parte não deseja a medida cautelar.²¹⁷

Por fim, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Civil de 2015, ainda que o Magistrado entenda por indeferir o pedido de concessão de tutela cautelar antecedente, tal fato não tem o condão de obstar a apresentação do pedido principal nem tampouco pode exercer qualquer influência no julgamento deste²¹⁸, exceto, claro, se motivado pelo reconhecimento de decadência ou de prescrição do direito do Autor.

§ 4o Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.”

²¹⁵ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 629.

²¹⁶ “Art. 309. 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;

III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.”

²¹⁷ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 627.

²¹⁸ “É o reconhecimento da independência entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa pretendida no pedido principal. Isso se dá porque a tutela cautelar não visa a satisfazer o direito substancial discutido em juízo (objeto do pedido principal), senão reflexamente, garantindo sua eficácia. O que se objetiva é a segurança em si mesma considerada, limitada a assegurar a eficácia e a utilidade do resultado buscado pela tutela principal,

II.6.2. Tutela Provisória de Urgência de Natureza Antecipada Requerida em Caráter Antecedente

Ao contrário das tutelas cautelares, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, inexistia a possibilidade de ajuizamento de pedido “preparatório” ou antecedente para obtenção de tutela de natureza satisfativa (antecipada)²¹⁹. Nesse cenário, tornou-se usual a utilização das cautelares preparatórias para a veiculação de pedido de concessão de tutela antecipada, de natureza satisfativa, em razão da inexistência de previsão legal específica.

Para Cândido Rangel Dinamarco, a utilização de cautelares preparatórias para requerimento de tutela de natureza satisfativa decorria não apenas da garantia constitucional de acesso à justiça, mas também em atenção ao Pacto de San José da Costa Rica:

Uma das medidas antecipatórias de uso mais frequente na experiência forense de todo dia, a “sustação de protesto cambial”, só tem utilidade quando concedida imediatamente, considerando que o prazo para a efetivação do protesto é de quarenta e oito horas e, se fosse necessário aguardar a instauração do processo principal, a medida seria inócua. Sustações dessa ordem eram concedidas muito antes da Reforma e continuaram a sê-lo depois dela, sempre na crença de que se tratasse de medida cautelar. Basta ver que sustar o protesto não é meio de resguardar o processo mas as pessoas e seu patrimônio, para se ter a percepção de que a natureza dessa medida é outra: na linha do que vem sendo exposto, não é cautelar, mas antecipação de tutela, o provimento que se destina a oferecer, na vida comum das pessoas, aquela situação favorável que elas poderão obter depois, quando o mérito da demanda vier a ser apreciado. Essa observação empírica concorre para demonstrar a admissibilidade da antecipação da tutela em caráter preparatório e não só incidentemente, depois de instaurado e pendente o processo principal. Se o objetivo é impedir que o decurso do tempo corra a direitos, constitui imperativo da garantia constitucional do acesso à justiça (Const., art. 5º, XXXV) a disposição dos juízes a conceder a antecipação antes ou depois da propositura da demanda principal, sempre que haja necessidade e estejam presentes os requisitos de lei (art. 273, *caput* e I). O cumprimento integral dessa garantia exige que, no plano infraconstitucional e na prática dos juízes, haja meios suficientes para obter a tutela jurisdicional efetiva e tempestiva; não é efetiva nem tempestiva, e às vezes sequer chega a ser tutela, aquela que vem depois de consumados os fatos temidos ou sem a capacidade de evitar o insuportável acúmulo de prejuízos ou de sofrimentos. Negar sistematicamente a tutela antecipada em caráter antecedente, ou preparatório, é ignorar o art. 8º, I, do Pacto de San José da Costa Rica, portador da severa recomendação de uma tutela jurisdicional “dentro do prazo razoável”.²²⁰

seja ela cognitiva ou satisfativa.” (RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 227).

²¹⁹ REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. Revista de Processo, vol. 244. São Paulo: RT, jun./215. p. 168-169.

²²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 73-74.

Todavia, a utilização das cautelares para fins de obtenção de tutela de natureza satisfativa, ainda que admissível na praxe forense em razão da inexistência de outros meios processuais, significa falta de tecnicidade processual, motivo pelo qual o Código de Processo Civil de 2015 instituiu a possibilidade de requerimento da tutela antecipada em caráter antecedente²²¹.

Nesse sentido, as palavras de Athos Gusmão Carneiro, ainda no curso do processo legislativo de elaboração do novo código:

(...) sublinhamos a premente necessidade de dispor sobre as medidas antecipatórias de tutela que necessitam ser requeridas antes da propositura da demanda, ou seja, como medidas “antecedentes”. Atualmente, à falta de outra alternativa procedimental, vem sendo utilizado para tal fim o rito das cautelares antecedentes, ditas “preparatórias”, o que implica “desvirtuamento” da fundamental distinção conceitual entre a função nitidamente cautelar e aquela que consiste na antecipação ao demandante do próprio bem da vida objeto de sua pretensão. Pelo esboço legislativo (...) o “processo antecedente” abrangerá tanto as medidas cautelares como as medidas antecipatórias dos efeitos da tutela.²²²

Além de suprir a deficiência do Código de Processo Civil anterior, a possibilidade de se requerer a concessão de tutela antecipada antecedente também se justifica em razão da opção legislativa de paridade entre as tutelas de urgência, não se justificando as tutelas antecedentes se restringirem apenas às hipóteses de tutela cautelar²²³.

Nos termos do artigo 303 do Código de Processo Civil²²⁴, poderá o Autor formular uma “petição inicial simplificada”²²⁵, apenas para veicular seu pedido de tutela provisória de urgência de natureza antecipada requerida em caráter antecedente, na qual demonstrara a

²²¹ “Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.”

²²² CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutelas diferenciadas. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa. In: ARMELIN, Donald (Org.). Tutelas de urgência e cautelares. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 191.

²²³ CAVALCANTI NETO, Antônio de Moura. Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 196.

²²⁴ “Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.”

²²⁵ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 222.

existência de seus requisitos (probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo) e indicar o pedido principal, a ser confirmado no aditamento da petição, que independe do pagamento de novas custas e deverá ser realizado em 15 (quinze) dias ou prazo maior fixado pelo Magistrado, sob pena de extinção do feito sem resolução do mérito.

Percebe-se, assim, que, nas hipóteses em que a urgência for contemporânea à propositura da ação principal, pode a parte se valer da tutela provisória de urgência de natureza antecipada requerida em caráter antecedente para, limitando-se a este pedido e preenchidos os requisitos legais, obter a tutela jurisdicional de imediato e antecipar a obtenção do bem da vida a ser questionado judicialmente²²⁶.

No aditamento da inicial, o Autor poderá esmiuçar a sua tese jurídica, adequar a petição inicial aos requisitos do artigo 319 do Código de Processo Civil e, também, juntar novos documentos, possibilitando assim a ampla dilação probatória e juntada dos documentos que não instruíram a petição inicial²²⁷, excetuando-se o previsto no artigo 320 do *Codex* processual²²⁸.

Concedida a tutela provisória antecedente e realizado o aditamento da exordial, a ação prosseguirá pelo procedimento comum.

²²⁶ JESUS, Isabela Bonfá de; JESUS, Fernando Bonfá de; JESUS, Ricardo Bonfá de. Manual de direito e processo tributário. 3. Ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 412.

²²⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 223.

²²⁸ “Art. 320. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.”

II.6.3. Da Estabilização da Tutela Provisória de Urgência de Natureza Antecipada Requerida em Caráter Antecedente

O artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015²²⁹ trouxe interessante e controversa novidade no sistema processual brasileiro, qual seja, a estabilização da tutela provisória de urgência de natureza antecipada requerida em caráter antecedente.

Em linhas gerais, sendo concedida a tutela antecipada antecedente e não seja interposto o recurso cabível, haverá a chamada estabilização da tutela antecipada, a qual conservará os seus efeitos e não poderá ser revista no próprio processo, o qual será extinto.

Em outras palavras, concordando ambas as partes com a tutela antecipada concedida, ainda que provisória, tomada em cognição sumária e sem fazer coisa julgada material, a estabilização da tutela permite encerrar a lide já nesta fase²³⁰, extinguindo-se o processo e satisfazendo o direito pleiteado, assegurando-se, com isso, a eficácia e celeridade processual.

Trazendo para a prática forense, imaginemos uma ação ordinária ajuizada para assegurar a manutenção de um contrato entre dois particulares, que estaria para ser rescindido sem justo motivo. O Magistrado concede a tutela antecedente requerida e a parte contrária, ciente das razões do Autor, decide por não recorrer. Nessa hipótese, o contrato será mantido e haverá a estabilização da decisão que concedeu a tutela provisória.

²²⁹ “Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

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

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

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

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

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

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

²³⁰ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 224.

Ainda que extinto o processo principal em razão da estabilização da tutela, qualquer das partes pode ajuizar ação buscando rever, reformar ou invalidar a referida tutela antecipada, nos termos do parágrafo segundo do artigo 304, cujo prazo é de 2 (dois) anos a partir da ciência da decisão que extinguiu o processo (parágrafo quinto).

Retomando o exemplo acima, a empresa Ré, posteriormente à estabilização da tutela provisória, entende que a manutenção do contrato é prejudicial às suas atividades e deseja prosseguir na discussão judicial. Nessa hipótese, deve ajuizar, em até 2 (dois) anos, a ação cabível a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela provisória anteriormente concedida e, com isso, afastar a tutela jurisdicional que determinava a manutenção do referido contrato.

Por se tratar de instrumento processual novo, situação agravada pela atecnicidade legislativa, a estabilização da tutela gerará diversas discussões acadêmicas e judiciais. Sem a pretensão de esgotar esse rico assunto, abordaremos algumas destas possíveis questões.

Por opção legislativa, a estabilização da tutela alcança apenas as tutelas de natureza antecipada, não se estendendo às tutelas de natureza cautelar, o que nos parece correto, pois, como bem sintetizado por Adriano Soares da Costa:

Dada a natureza conservativa da tutela cautelar, a concessão de medida liminar acautelatória não se estabiliza em hipótese alguma, porque (a) a sua finalidade é simplesmente acessória da pretensão assegurada (não do processo, notem bem!); (b) se não houver o exercício da pretensão assegurada, a pretensão a assegurar se extingue; (c) a sua natureza é sempre temporária e nunca se tende à definitividade.²³¹

Ainda que tenha ocorrido a unificação dos requisitos necessários à concessão das tutelas provisórias de urgência de natureza cautelar e antecipada, a estabilização da tutela requerida em caráter antecedente ocorre apenas nas tutelas de natureza antecipada, que, como já demonstrado, satisfazem o direito da parte, sendo inaplicáveis nas tutelas conservativas²³².

²³¹ COSTA, Adriano Soares da. Morte processual da ação cautelar? *In*: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 313.

²³² RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 225.

Por outro lado, não compreendemos a escolha legislativa de limitar a estabilização apenas na tutela antecedente, pois não verificamos qualquer diferença substancial na estabilização da tutela concedida em caráter antecedente ou na incidental, requerida pela parte no curso do feito, pois em ambos os casos a tutela provisória de natureza antecipada tem como base os mesmos requisitos e possuem os mesmos efeitos e finalidade²³³.

Da mesma forma, também entendemos que deveria ser cabível a estabilização da tutela provisória de evidência, fundada na grande probabilidade do direito do autor, evitando-se, com isso, o prosseguimento do feito caso não seja interposto recurso pela parte contrária²³⁴.

Todavia, verificamos que parte da doutrina aceita a limitação da estabilização da tutela antecipada antecedente ou na tutela de evidência, em razão da interpretação literal da lei²³⁵.

Outra questão polêmica acerca da estabilização da tutela é a necessidade de interposição do “*respectivo recurso*”, nos exatos termos do *caput* do artigo 304 do Código de Processo Civil. Para parte da doutrina, em uma interpretação literal do referido dispositivo legal²³⁶, não basta que o Réu manifeste sua discordância com a tutela provisória concedida²³⁷, por meio de contestação ou requerimento para realização de audiência de conciliação ou mediação, por exemplo, sendo imprescindível a interposição de agravo de instrumento²³⁸.

²³³ THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. Revista de Processo. v. 206, São Paulo: Ed. RT, abril.2012. p. 13.

²³⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 564

²³⁵ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência da formação da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada. vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 95.

²³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. _____. Curso de direito processual civil, V. 1. 58ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 663.

²³⁷ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência da formação da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada. vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 83/84.

²³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao artigo 311 do Código de Processo Civil. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coordenador). Comentários ao Código de Processo Civil. v. 1 (arts. 1º a 317). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 944.

Já para outros autores, deveria ser admitida qualquer forma resistência do réu²³⁹ para impedir a estabilização da tutela provisória, ainda que não interposto o recurso respectivo²⁴⁰, e motivar a continuidade do exercício de ação²⁴¹.

Entendemos que a interpretação literal do referido dispositivo legal não é a mais adequada, devendo ser admitida qualquer forma de oposição pelo Réu²⁴², sob pena de sobrecarregar ainda mais o Poder Judiciário com centenas de milhares de Agravos de Instrumentos em face de tais decisões provisórias²⁴³, que seriam interpostos não pela discordância veemente do Réu, mas apenas para não extinguir o feito e permitir seu julgamento de mérito.

Além disso, entendemos que é possível que a tutela antecipada antecedente seja deferida apenas pelo Tribunal, com a interposição de Agravo de Instrumento pelo Autor em face de eventual decisão que não a tenha concedido em primeira instância. Nesse caso, ainda que o Réu já tenha oposto sua contestação, ainda assim estaria obrigado a interpor Agravo Interno ou Recurso Especial em face da decisão proferida no Tribunal, a despeito de sua clara e inequívoca resistência ao pedido do Autor.

Outra questão controversa é a coincidência dos prazos para aditamento da inicial pelo Autor e interposição de recurso pelo Réu, ambos de quinze dias, que acaba obrigando o Autor a aditar a sua petição inicial ainda que o Réu possa concordar com a tutela provisória concedida, pois até o final de seu prazo o Autor não saberá se o Réu recorrerá, ou não, de tal decisão.

²³⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 565.

²⁴⁰ MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação de tutela no novo Código de Processo Civil. *In*: Revista Eletrônica TRT – PR. v. 4, nº 39, abr./2015.

²⁴¹ SCARPARO, Eduardo. Estabilização da tutela antecipada no Código de Processo Civil de 2015. *In*: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 336.

²⁴² BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 274.

²⁴³ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 226.

Ou seja, tendo sido concedida a tutela provisória de urgência de natureza antecipada requerida em caráter antecedente, o Autor tem o dever de aditamento no prazo de 15 (quinze) dias. Entretanto, o prazo para o Réu contestar o pedido de tutela provisória é superior, motivo pelo qual o Autor deve emendar a inicial antes mesmo de saber se o Réu concordou com a decisão e entendeu por estabilizá-la, não prosseguindo na lide. Entendemos que a única solução seria a ampliação do prazo de emenda da inicial pelo Magistrado, com fundamento no modelo cooperativo do processo trazido pelo Código de Processo Civil de 2015²⁴⁴.

Importante destacar, ainda, a opção legislativa pela inexistência de coisa julgada na tutela antecipada, prevista no artigo 304, parágrafo sexto, do Código de Processo Civil, e a possibilidade de rediscussão da questão jurídica após o referido prazo de 2 (dois) anos para ajuizamento de ação para revisão, reforma ou invalidade da tutela estabilizada.

Para Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, transcorrido referido prazo, nada impede a rediscussão da questão jurídica, tendo em vista a inexistência de coisa julgada²⁴⁵. Cassio Scarpinella Bueno defende o que estabiliza são os efeitos da tutela antecedente, sendo possível o questionamento do direito material de fundo²⁴⁶.

Por outro lado, Bruno Garcia Redondo defende que, transcorrido o prazo de dois anos, há efetiva formação de coisa julgada material²⁴⁷. Para Daniel Mitidiero defende a impossibilidade de modificação da decisão estável, a despeito da inexistência de coisa julgada²⁴⁸. Para Dierle Nunes e Érico Andrade, transcorrido o prazo de 2 (dois) anos, a tutela estabilizada não pode ser modificada em razão da prescrição e decadência²⁴⁹.

²⁴⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 274.

²⁴⁵ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 230.

²⁴⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 274.

²⁴⁷ REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. In: Revista de Processo v. 244. p. 189.

²⁴⁸ MITIDIERO, Daniel. Breves comentários ao novo código de processo civil. Coord. Teresa Arruda Alvim Ambier *et al.* São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 790.

²⁴⁹ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência da formação da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela

Entendemos que a tutela estabilizada somente pode ser revista, reformada ou invalidada acaso uma das partes ajuíze a ação cabível, prevista no artigo 304, parágrafo segundo, do Código de Processo Civil.

Não ajuizada referida ação no prazo legal de 2 (dois) anos, a decisão se torna imutável e não mais pode ser modificada, em razão da decadência do direito da parte de ajuizar o remédio previsto na legislação para modificação da decisão, de modo que serão conservados seus efeitos como se coisa julgada fosse.

Portanto, ainda que este novo instrumento processual possa trazer celeridade e eficiência processual, reduzindo a litigiosidade, fato é que a atual redação do referido artigo 304 e seus parágrafos admite diversas e contrárias posições que irão sobrecarregar o Poder Judiciário de discussões processuais até a maturação da estabilização da tutela.

II.7. Tutela Provisória de Evidência

Embora já existisse instrumento processual com algumas semelhanças no Código de Processo Civil de 1973, o novo *Codex* processual sistematizou e regulamentou as chamadas tutelas provisórias de evidência, cuja característica essencial, como o próprio nome diz, é a evidência do direito pleiteado pela parte.

Direito evidente, para Luiz Fux, seria aquele “*cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impossíveis de contestação séria.*”²⁵⁰ A tutela de evidência, para Leonardo Greco, é “*a tutela antecipada que acolhe no todo ou em parte o pedido principal do autor para tutelar provisoriamente, independentemente da urgência, provável direito cuja existência se apresenta prima facie indiscutível.*”²⁵¹

De forma mais abrangente, Bruno Vinícius da Rós Bodart, em seu trabalho de conclusão do mestrado na Universidade Estadual do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), conceituou tutela de evidência como a “*técnica de distribuição dos ônus decorrentes do tempo no processo, consistente na concessão imediata da tutela jurisdicional com base no alto grau de verossimilhança das alegações do autor, a revelar improvável o sucesso do réu em fase mais avançada do processo.*”²⁵²

De forma semelhante, Cassio Scarpinella Bueno afirma que:

A evidência que dá nome à técnica aqui examinada não merece ser interpretada literalmente. O correto é entendê-la como aquelas situações em que o requerente da medida tem direito mais provável que o do seu adversário, no sentido de que suas afirmações de direito e de fato portam maior juridicidade, a impor proteção jurisdicional imediata (...) independentemente de urgência.²⁵³

²⁵⁰ FUX, Luiz. Tutela de Segurança e Tutela de Evidência (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 321.

²⁵¹ GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015. In: DIDIER Jr., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada. vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 204.

²⁵² BODART, Bruno Vinícius da Rós. Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2015. p. 158.

²⁵³ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 282.

Apesar da origem latina do termo evidência, Flávio Luiz Yarshell e Helena Abdo trazem interessante contraponto com a palavra da língua inglesa *evidence*:

Apesar da origem latina – e para alguns, também grega – do vocábulo *evidência*, não se pode descartar a possível influência do significado da palavra inglesa *evidence* na concepção da tutela de evidência, em especial aquela prevista pelo novo Código de Processo Civil brasileiro. *Evidence*, em inglês, quer dizer *prova*. Aparentemente, não é mera coincidência de que, como será abordado adiante, 3 (três) das 4 (quatro) hipóteses previstas nos incisos do art. 311 do Código exigem *prova documental* como requisito essencial para concessão da tutela de evidência²⁵⁴

Esclarecedores as palavras de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

A evidência é fato jurídico processual que autoriza que se conceda uma tutela jurisdicional, mediante técnica de tutela diferenciada. Evidência é um pressuposto fático de uma técnica processual para a obtenção da tutela. Somente há sentido e utilidade em falar da “tutela da evidência” como técnica processual. É uma técnica processual, que diferencia o procedimento, em razão da evidência com que determinadas alegações se apresentam em juízo. (...) É técnica que serve à tutela provisória, fundada em cognição sumária: a antecipação provisória dos efeitos da tutela satisfativa. Aqui surge a chamada tutela provisória de evidência. Nestes casos, a evidência se caracteriza com conjugação de dois pressupostos: prova das alegações de fato e probabilidade de acolhimento da pretensão processual. Dispensa-se a demonstração de urgência ou perigo. Por isso, há quem prefira compreender a tutela provisória de evidência simplesmente como aquela para cuja concessão se dispensa a demonstração de perigo. Seu objetivo é redistribuir o ônus que advém do tempo necessário para transcurso de um processo e a concessão da tutela definitiva. Isso é feito mediante a concessão de uma tutela imediata e provisória para a parte que revela o elevado grau de probabilidade de suas alegações (devidamente provadas), em detrimento da parte adversa e a improbabilidade de êxito em sua resistência – mesmo após uma instrução processual.²⁵⁵

Nos termos do artigo 311 do Código de Processo Civil²⁵⁶, a tutela de evidência deverá ser concedida, independente do perigo de dano, em caráter punitivo ou, então, quando há prova das alegações que determinam a probabilidade de acolhimento da pretensão posta²⁵⁷.

²⁵⁴ YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela de evidência. Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015 – Coordenação de Cassio Scarpinella Bueno [et al.]. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 455.

²⁵⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 608/609.

²⁵⁶ “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

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

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

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

A tutela de evidência punitiva, quando demonstrado abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório – primeira hipótese prevista no referido dispositivo legal – não se configura efetivamente de uma novidade em nosso ordenamento jurídico, pois havia previsão semelhante no Código de Processo Civil de 1973²⁵⁸. Trata-se de uma sanção a parte que age em má-fé no processo, adotando atitudes não condizentes com o que se espera dos litigantes.

Seu fundamento, para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, consiste na:

(...) maior probabilidade de veracidade da posição jurídica da parte requerente, que se coloca em estado de evidência em relação à situação litigiosa, vez que a parte adversária é exercente de defesa despida de seriedade e consistência, e por isso, deve ser apenada com o ônus de provar que a sua posição é digna de tutela jurisdicional.

(...)

Quando se observar que a parte está exercendo abusivamente o seu direito de defesa, lançando mão de argumentos e meios protelatórios, no intuito único de retardar o andamento do processo, presume-se a falta de consistência e desvalia evidente da sua atuação; em contrapartida, configura-se a probabilidade de veracidade do que afirma o adversário e a evidência do direito respectivo. Isso autoriza o juiz a antecipar provisoriamente os efeitos da tutela.²⁵⁹

Prosseguem ainda os citados Processualistas, distinguindo as causas que podem ensejar a aplicação da tutela de evidência punitiva:

As expressões “abuso de direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório” têm sentidos distintos: aquela abrange atos praticados dentro do processo, em defesa, o que inclui os atos protelatórios praticados no processo; esta última se refere aos comportamentos da parte, protelatórios, adotados fora do processo (ex.: simulação de doença, ocultação de prova etc.)²⁶⁰

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

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

²⁵⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 633.

²⁵⁸²⁵⁸²⁵⁸ “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca da verossimilhança da alegação e:

(...)

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.”

²⁵⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 633-635.

²⁶⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 634.

A atitude abusiva ou procrastinatória não se limita, apenas, às peças processuais de natureza de defesa (contestação, contrarrazões, entre outros), mas, essencialmente, na conduta da parte, inclusive fora dos autos²⁶¹, como, por exemplo, retirando os autos de cartório de forma reiterada para atrasar o regular prosseguimento da lide.

Demonstrada a postura inadequada da parte contrária, em situação semelhante à litigância de má-fé, é cabível a concessão desta espécie de tutela provisória de evidência²⁶², para que seja imediatamente concedido o direito da parte prejudicada.

Já nas hipóteses previstas no inciso II do referido artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015, a tutela provisória de evidência busca assegurar o respeito aos precedentes firmados, em harmonia com os princípios informadores do novo código²⁶³. Nesta hipótese, a parte deve demonstrar a comprovação dos fatos através de prova documental, esta entendida de maneira ampla, e a pacificação da tese jurídica em julgamento de recurso repetitivo ou súmula vinculante.

Importante ressaltar que, a despeito da literalidade do artigo 311, inciso II, do Código de Processo Civil, além dos recursos repetitivos e súmulas vinculantes, a tutela de evidência também pode ser concedida com fundamento nos demais precedentes previstos no artigo 927 do Código de Processo Civil²⁶⁴, como súmulas persuasivas e decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, pois tais decisões justificam o julgamento liminar do pedido, nos termos do artigo 332 do *Codex* processual, autorizando assim não apenas a tutela definitiva, mas também a tutela provisória de evidência²⁶⁵.

²⁶¹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 195.

²⁶² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização). 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 355.

²⁶³ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 282.

²⁶⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 635.

²⁶⁵ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 197.

O inciso III do artigo 311 trata de hipótese bem específica, quando há prova documental de contrato de depósito e, com a recusa na restituição do bem, há pedido de tutela provisória de evidência para a devolução do bem, sob pena de multa.

Nos termos do artigo 627 e 629 do Código Civil²⁶⁶, o depositário se obriga a devolver ao depositante o bem recebido em guarda tão logo exigido. Havendo recusa do depositário, pode o depositante se utilizar da tutela provisória de evidência, a qual substituiu a antiga ação de depósito prevista no artigo 902 da legislação anterior.

Por fim, a tutela provisória de evidência pode ser concedida, nos termos do inciso IV do artigo 311 do Código de Processo Civil, quando houver prova documental idônea para comprovação dos fatos constitutivos alegados pelo Autor e o Réu, ouvido, não consiga apresentar prova capaz de gerar dúvida razoável, ou seja, que a defesa seja inconsistente²⁶⁷ e não abone a prova documental apresentada na exordial.

Ao contrário das demais espécies de tutela provisória, a tutela de evidência somente pode ser requerida em caráter incidental, nunca antecedente²⁶⁸, e a sua concessão *inaudita altera parte*, sem a prévia oitiva da parte contrária²⁶⁹, somente ocorrerá nas hipóteses dos incisos II e III, nos termos do parágrafo único do artigo 311 do Código de Processo Civil.

²⁶⁶ “Art. 627. Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame.

(...)

Art. 629. O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acréscidos, quando o exija o depositante.”

²⁶⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 198.

²⁶⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 282.

²⁶⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 284.

III. DA TUTELA PROVISÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

III.1. Direito Processual Tributário e a Fazenda Pública

Não obstante o Código de Processo Civil nos forneça diversas informações acerca das tutelas provisórias, não se pode olvidar que o direito processual civil deve ser “*lido, interpretado, aplicado e sistematizado levando em conta o direito material*”²⁷⁰, motivo pelo qual, para os objetivos deste trabalho, é imprescindível que trazer as peculiaridades do direito material tributário aos instrumentos processuais²⁷¹, o que a doutrina passou a denominar de Processo Tributário²⁷² ou, para Cassio Scarpinella Bueno, Direito Processual Tributário²⁷³.

Nas lides envolvendo a Administração Pública – como ocorre, por exemplo, nas causas tributárias – o processo civil não pode ser aplicado da mesma forma que nas lides de direito privado, entre particulares²⁷⁴.

Ainda que o direito processual civil seja um dos ramos do direito público, verifica-se que a sua origem e sistematização decorrem dos conflitos de direito privado, motivo pelo qual, aliás, a maioria das obras de direito processual civil tem esse enfoque privatista²⁷⁵.

As particularidades do direito material garantem sua autonomia²⁷⁶ e influenciam diretamente na interpretação e eficácia dos institutos processuais, sendo de rigor a sistematização das normas processuais à luz do sistema tributário constitucional brasileiro.

²⁷⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Coisa julgada em matéria tributária: reflexões sobre a súmula 239 do STF. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/028.pdf>. Acesso em 31/05/2015.

²⁷¹ MARINS, James. Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial). 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2014. p. 09/23.

²⁷² CAIS, Cleide Previtalli. O processo tributário. São Paulo: RT, 2007.

²⁷³ BUENO, Cassio Scarpinella. Coisa julgada em matéria tributária: reflexões sobre a súmula 239 do STF. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/028.pdf>. Acesso em 31/05/2015.

²⁷⁴ SUNFIELD, Carlos Ari. Introdução ao direito processual público, o direito processual e o direito administrativo. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella. Direito processual público, a Fazenda pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 23.

²⁷⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. A emergência do direito processual público. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella. Direito processual público, a Fazenda pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 33.

Não estamos, de forma alguma, sobrepondo o direito tributário ao direito processual civil. Ao contrário, busca-se encontrar a harmonia entre ambas as áreas da ciência jurídica, pois é impossível discutir direito processual tributário sem a análise conjunta de ambas as áreas, pois, como constata Lourival Vilanova, “*norma primária e norma secundária (oriunda de norma de direito processual objetivo) compõe a bimebridade da norma jurídica: a primária sem a secundária desjuridisciza-se; a secundária sem a primeira reduz-se a instrumento, meio, sem fim material, a adjetivo sem o suporte do substantivo.*”²⁷⁷

Afirmamos, assim, que o Direito Processual Tributário é a ciência que estuda o conjunto de normas processuais que regulam a atividade jurisdicional para solução de conflitos existentes entre a Administração Pública e os Contribuintes em razão do exercício das competências tributárias constitucionalmente previstas aos Entes tributantes, que pode ocorrer judicialmente ou, então, administrativamente²⁷⁸. Para Renato Lopes Becho:

Há processos administrativos e judiciais específicos para as causas tributárias, assim como a solução de conflitos decorrentes da tributação utiliza todo o arsenal oferecido pelo direito processual: ações de conhecimento, cautelar, executiva e mandamental. Mas elas vão além, como se comprovam os destaques – e desenvolvimento – do direito processual tributário, em duas vertentes igualmente importantes: processo administrativo e processo judicial.²⁷⁹

Embora existam regras processuais específicas para a área tributária, tanto no Código Tributário Nacional, conforme, por exemplo, seu artigo 185-A, que autoriza o bloqueio *online* de ativos financeiros, como também na legislação esparsa, como, exemplificativamente, a Lei das Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/1982) e a Lei da Medida Cautelar Fiscal (Lei nº 8.397/1992), em regra geral, aplicam-se às lides tributárias as disposições do Código de Processo Civil e demais regras gerais das lides envolvendo a Fazenda Pública.

²⁷⁶ SILVA, José Afonso da. Fundamentos do Direito Tributário e Tributos Municipais. São Paulo: José Bushatsku, 1978. p. 39.

²⁷⁷ VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 190.

²⁷⁸ De fato, em matéria tributária, verifica-se a atividade jurisdicional atípica exercida por órgãos judicantes da Administração Pública, quais sejam, os Tribunais Administrativos Tributários, como, por exemplo, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, responsável pelo julgamento dos Processos Administrativos Fiscais em âmbito federal.

²⁷⁹ BECHO, Renato Lopes. Lições de direito tributário. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 61.

De fato, as lides tributárias, por sua essência, envolvem, necessariamente, a Fazenda Pública, expressão que comporta dois conceitos distintos.

Na acepção administrativa, indica o órgão da Administração Pública que se destina à gestão das finanças públicas e do Erário, bem como de suas políticas, representando o seu aspecto financeiro.

Para Leonardo José Carneiro da Cunha:

A expressão Fazenda Pública identifica-se tradicionalmente como a área da Administração Pública que trata da gestão das finanças, bem como da fixação e implementação de políticas econômicas. Em outras palavras, Fazenda Pública é a expressão que se relaciona com as finanças estatais, estando imbricada com o termo Erário, representando o aspecto financeiro do ente público. Não é por acaso a utilização, com frequência, da terminologia Ministério da Fazenda ou Secretaria da Fazenda, para designar, respectivamente, o órgão despersonalizado da União ou do Estado responsável pela política econômica desenvolvida pelo Governo.²⁸⁰

A expressão Fazenda Pública também pode ser analisada sob o seu enfoque processual, hipótese em que significa a presença em juízo de um ente público, ou seja, os órgãos da Administração Pública direta ou indireta, para defesa de seus interesses. Para Hely Lopes Meirelles:

A administração Pública, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de Fazenda Pública, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda.²⁸¹

Percebe-se, assim, a principal característica da Fazenda Pública em juízo: é o patrimônio público, o erário, que sofrerá as consequências e encargos decorrentes das demandas judiciais ajuizadas pela ou em face da Administração Pública, esta entendida como a pessoa de direito público, qualquer dos Entes federativos (União, Estados, Municípios ou Distrito Federal), além de suas autarquias ou fundações públicas, agências reguladoras, executivas e associações públicas de direito público.

280 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 9ª. ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 15.

281 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 590.

Além de tais, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos foi equiparada à Fazenda Pública, por explorar serviço de competência da União, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 765/RJ, cujo acórdão vencedor foi de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Não se incluem, sob o conceito de Fazenda Pública, as sociedades de economia mista e empresas públicas²⁸², pois, embora possuam capital público (parcial ou total, respectivamente), são criados para o exercício de atividades econômicas em livre iniciativa²⁸³ e concorrência²⁸⁴ com a iniciativa privada, sendo constitucionalmente vedada a instituição de quaisquer privilégios, inclusive fiscais²⁸⁵.

Importante destacar que, para parte da doutrina, os advogados públicos não *representam* em juízo o Ente público ao qual estão vinculados, mas, ao contrário, os fazem presentes em juízo²⁸⁶.

Isto porque, tecnicamente, a representação processual pressupõe a existência de duas pessoas distintas, o que não ocorre no caso da advocacia pública, pois a Procuradoria (e, assim, os seus procuradores) são órgãos da própria Administração Pública, inexistindo duplicidade de pessoas, motivo pelo qual não haveria representação, mas, sim, apresentação, ou seja, faz presente em juízo²⁸⁷.

²⁸² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 18.

²⁸³ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(..)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

²⁸⁴ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência;”

²⁸⁵ “art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§ 2º. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.”

²⁸⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 1. São Paulo: RT, 2000. P. 96.

²⁸⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 21.

A representação judicial da Fazenda Pública, nos termos do artigo 75 do Código de Processo Civil²⁸⁸, será feita pelos advogados públicos, cuja capacidade postulatória decorre da própria legislação de cada Ente público e do vínculo que une o procurador, aprovado em concurso público, à Administração Pública, sendo desnecessário, assim, a juntada de instrumento de mandato²⁸⁹.

Até 1988, o Ministério Público Federal era o órgão responsável pela defesa do Ente federado e também o detentor da titularidade da ação penal, o que era muito criticado pela doutrina à época²⁹⁰. A partir da Constituição Federal de 1988, a União passou a ser representada pela Advocacia-Geral da União, diretamente ou mediante algum órgão vinculado, é responsável pela assessoria jurídica e consultiva de tal Ente, nos termos do artigo 131 da Constituição Federal²⁹¹, regulamentado pela Lei Complementar nº 73/1993.

E, nos termos do artigo 131, § 3º, da Constituição Federal, as causas de natureza fiscal da União são de competência da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, órgão integrante da Advocacia Geral da União, conforme artigo 2º da Lei Complementar nº 73/1993²⁹², e

²⁸⁸ “Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

I - a União, pela Advocacia-Geral da União, diretamente ou mediante órgão vinculado;

II - o Estado e o Distrito Federal, por seus procuradores;

III - o Município, por seu prefeito ou procurador;

IV - a autarquia e a fundação de direito público, por quem a lei do ente federado designar;”

²⁸⁹ PEREIRA, Hélio do Valle. Manual da Fazenda Pública em juízo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 82.

²⁹⁰ SOUTO, João Carlos. A União Federal em juízo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 25.

²⁹¹ “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.”

²⁹² “Art. 2º - A Advocacia-Geral da União compreende:

(...)

§ 1º - Subordinam-se diretamente ao Advogado-Geral da União, além do seu gabinete, a Procuradoria-Geral da União, a Consultoria-Geral da União, a Corregedoria-Geral da Advocacia-Geral da União, a Secretaria de Controle Interno e, técnica e juridicamente, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.”

especializado em matéria tributária e fiscal, cujas atribuições são regulamentadas pelo artigo 12 e seguintes da referida Lei Complementar nº 73/1993²⁹³.

Por seu turno, os Estados e Distrito Federal, nos termos do artigo 132 da Constituição Federal²⁹⁴, são representados em juízo por sua Procuradoria Geral Estadual/Distrital, conforme previsto na lei orgânica de cada Ente federado, cujo ingresso dependerá de concurso público com acompanhamento pela Ordem dos Advogados do Brasil. Diferentemente do que ocorreu na esfera federal, os Estados não possuem sua representação dividida entre advogados e procuradores da Fazenda²⁹⁵.

No que tange a representação judicial dos Municípios, verificamos não há qualquer previsão na Constituição Federal a seu respeito, de modo que a matéria encontra-se, atualmente, disciplinada pelo Código de Processo Civil de 2015, cujo artigo 75, inciso III, reiterando o quanto previsto no artigo 12, inciso II, do *Codex* processual de 1973, estabelece que, ativa e passivamente, a representação processual será feita pelo Prefeito ou procurador habilitado mediante a outorga de procuração.

Isso decorre dos altos custos para instalação e manutenção de um órgão deste porte nas Municipalidades brasileiras, o que acaba inviabilizando a sua instalação e manutenção em municípios de pequeno e até mesmo de médio porte, os quais teriam uma significativa mente litigiosidade baixa que não justificaria o desembolso das verbas necessárias para manutenção de sua Procuradoria.

²⁹³ “Art. 12 - À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão administrativamente subordinado ao titular do Ministério da Fazenda, compete especialmente:

(...)

Art. 13 - A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional desempenha as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos no âmbito do Ministério da Fazenda e seus órgãos autônomos e entes tutelados.

Parágrafo único. No desempenho das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional rege-se pela presente Lei Complementar.”

²⁹⁴ “Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados e em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.”

²⁹⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 26.

Destaca-se, ainda, que é tema de grande controvérsia doutrinária e nos Tribunais a possibilidade de contratação de advogados, pela Administração Pública, por se tratar de relação de confiança intrínseca, o que teria fundamento na modalidade de inexigibilidade, nos termos dos artigos 13, inciso V, e 25, inciso II, ambos da Lei nº 8.666/1993²⁹⁶.

Todavia, para outra parte da doutrina, entendimento acolhido por diversos Tribunais, apenas no caso de “*notória especialização*” é que seria dispensada a realização de processo licitatório, sendo inviável para o patrocínio de causas do dia a dia, o que, inclusive, é objeto da Ação Direta de Constitucionalidade nº 45, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ainda pendente de julgamento sob relatoria do Ministro Roberto Barroso.

Ocorre que, ao entrar em juízo, a Fazenda Pública acaba por receber diversas prerrogativas ou privilégios, em razão de sua própria natureza.

²⁹⁶ “Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

(...)

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

(...)

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;”

III.2. Justificativas das Prerrogativas da Fazenda Pública: a Isonomia e o Interesse Público

Em linhas gerais, as prerrogativas processuais da Fazenda Pública buscam seu fundamento no princípio da isonomia e no interesse público.

A isonomia encontra fundamento de validade no artigo 5º da Constituição Federal²⁹⁷, sendo um dos deveres dos Magistrados previstos no Código de Processo Civil de 2015²⁹⁸, e busca assegurar que “*a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos.*”²⁹⁹

Para atingirmos a efetiva igualdade como fundamento do sistema jurídico brasileiro, deve ser assegurada a aplicação igualitária e justa das normas jurídicas, sem qualquer distinção, sempre vinculado a um critério diferenciador e de um fim que se quer alcançar³⁰⁰.

Como alerta Leonardo Carneiro, o princípio da isonomia não tem como fim conferir tratamento substancialmente idêntico para todos os cidadãos, mas, em verdade, equipará-los na medida do possível, levando em conta as peculiaridades de cada um, dando efetividade à igualdade aristotélica, de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual³⁰¹.

Eventuais diferenças legalmente previstas devem ser justificadas, com fundamento na razoabilidade desta distinção, sendo imprescindível a sua aplicação na esfera processual, pois voltado a uma finalidade específica, a busca por um julgamento objetivo e impessoal.³⁰²

²⁹⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

²⁹⁸ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;”

²⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 10.

³⁰⁰ ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 137.

³⁰¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 31.

³⁰² “A impessoalidade é um traço fundamental de toda a ciência administrativa e também do processo.” ATALIBA, Geraldo. Princípios constitucionais do processo e procedimento em matéria tributária. In Revista de Direito Tributário, n. 46, out./dez, 1988. p. 121.

A legislação processual estabelece regras especiais à Fazenda Pública, trazendo prerrogativas especiais a sua atuação em juízo, em razão de um suposto interesse público.

Embora não haja uma definição clara e única acerca da expressão interesse público, entendemos que é possível uma conceituação negativa, pois não se confundem o interesse público, de toda a coletividade, com os interesses do Estado, da Administração Pública e seus agentes ou dos sujeitos privados³⁰³.

No caso de eventual conflito entre o interesse público e interesses particulares, inclusive da própria Administração Pública, prevalecerá sempre o primeiro, como bem aponta Celso Antônio Bandeira de Mello:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.³⁰⁴

Atualmente, já há por parte da doutrina e até mesmo da jurisprudência um certo abrandamento dessa propalada supremacia do interesse público sobre o particular³⁰⁵, pois não se toleram eventuais abusos da Administração Pública sobre seus administrados. Nas palavras de Humberto Ávila:

Se eles – o interesse público e o privado – são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre o outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos. A verificação de que a administração deve orientar-se sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia significar, que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão em conflito, como pressupõe uma relação de prevalência.³⁰⁶

³⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 119-121.

³⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15. ed. São Paul: Malheiros, 2003. p. 61.

³⁰⁵ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 153.

³⁰⁶ ÁVILA, Humberto. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular. In: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Especialmente no direito tributário, objeto deste estudo, verifica-se uma forte tendência doutrinária e, principalmente, jurisprudencial³⁰⁷, para a defesa da legitimidade dos privilégios e prerrogativas da Fazenda em relação aos contribuintes, ancorando-se no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Nesse sentido, retomamos as clássicas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, que bem sintetizam este entendimento:

As diferenças entre interesses particulares e públicos é manifesta. Quando alguém deve dinheiro a um particular, as regras jurídicas aplicáveis não são idênticas àquelas aplicáveis ao que deve dinheiro ao Fisco, porque no primeiro caso, a regra defende apenas o interesse privado do credor (particular) e, no segundo, a regra defende o interesse geral da coletividade representada pela Administração, a qual representa o interesse de todos. Quando o credor é, portanto, o Fisco, outras serão as normas jurídicas incidentes. O desequilíbrio que se dá em favor da Administração encontra fundamento no interesse geral.³⁰⁸

Rodolfo de Camargo Mancuso defende que a atuação processual da Administração Pública enfrentaria uma série de dificuldades que os cidadãos comuns não estão sujeitos, como, por exemplo, o volume excessivo de processos, a burocracia prevista nas legislações e normas internas, bem como o recrutamento ineficiente de advogados, as quais “*explicam certos benefícios, a par do curial argumento de que o sacrifício da posição fazendária nos processos irá repercutir negativamente ao interno da própria sociedade, donde provém os tributos formadores do erário.*”³⁰⁹

Em sentido semelhante, José Roberto de Moraes afirma as prerrogativas processuais se justificam inclusive pela quantidade de demandas que cada procurador deve cuidar, o que não

³⁰⁷ “Entretanto, quanto ao cerce da questão, observa-se que os valores executivos em razão do débito fiscal possuem um sentido social, posto que ofertado pela União com a finalidade de subvencionar atividade industrial da cana-de-açúcar. Assim, em princípio, estariam esses créditos a salvo de eventual penhora e indisponibilidade. Contudo, impende reconhecer a legitimidade e o interesse público presentes na pretensão executiva da Fazenda, que atua em nome do próprio Estado e de sua população.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial nº 841.173/PB, Relator: Ministro Luiz Fux, Votação unânime. Brasília, 18/09/2007. Publicado em 15/10/2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600815521&dt_publicacao=15/10/2007. Acesso em 20/07/2017).

³⁰⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15. ed. São Paul: Malheiros, 2003. p. 83.

³⁰⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A fazenda pública em juízo. In SANTOS, Ernane Fidelis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Teresa Celina Arruda Alvim Wambier (Coords.) Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 322.

ocorre na advocacia privada, na qual os advogados podem recusar as causas que não tem equipe suficiente para atender, bem como pelo fato de que a Fazenda Pública, em juízo, defende o Erário público e, assim, os recursos de toda a coletividade, essencial para a Administração Pública exercer suas atividades³¹⁰.

Para Eduardo Arruda Alvim, as prerrogativas processuais da Fazenda Pública decorrem do princípio constitucional da igualdade, para equilibrar a atuação da Administração Pública em juízo, tendo em vista que seus procuradores não dispõem da mesma estrutura física e tecnológica dos advogados privados e nem tampouco podem escolher as causas em que vão atuar.³¹¹

Para Leonardo da Cunha, viabilizar o exercício processual da Administração Pública da melhor forma possível, por meio de diversas prerrogativas, condiz com a primazia do interesse público sobre o particular, o que justificaria um tratamento diferenciado em relação ao primeiro, pois qualquer prejuízo ao Erário repercutiria em toda a coletividade³¹².

Assim, a *primazia do interesse público* no aspecto em estudo vem sendo considerada como uma “*proposta hermenêutica consistente em que sempre que houver conflito normativo ou suposta tensão entre o interesse público e o particular, a posição da Fazenda Pública deve ser obrigatoriamente prevalente.*”³¹³

Este entendimento, em matéria tributária, embora ainda possua forte aceitação nos Tribunais judiciais e administrativos em razão da mentalidade fiscalista que decorre da ditadura militar brasileira, não se mostra mais adequado atualmente, pois confunde o interesse público, vinculado à sociedade, com o interesse fazendário, meramente arrecadatório³¹⁴.

³¹⁰ MORAES, José Roberto de. Fazenda Pública em Juízo – prerrogativas ou privilégios. Disponível em: <http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/128/119>. Acesso em 10/10/2017.

³¹¹ ALVIM, Eduardo Arruda. Tutela Provisória. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 412.

³¹² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 34-35.

³¹³ MARINS, James. Defesa e vulnerabilidade do contribuinte. São Paulo: Dialética, 2009. p. 58.

³¹⁴ CARRAZZA, Roque Antônio. Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos). São Paulo: Malheiros, 2012. p. 559.

Como já dito acima, o interesse arrecadatário dos Entes tributantes não se confunde, em absoluto, com o interesse público, inexistindo, portanto, qualquer supremacia deste interesse na arrecadação sobre os direitos e prerrogativas constitucionalmente assegurados ao Contribuinte, até mesmo porque a interpretação do Sistema Tributário Constitucional brasileiro não permite a conclusão de que o interesse arrecadatário do Estado poderia se sobrepor irrestritamente sobre todas as demais garantias constitucionais³¹⁵.

No Estado Democrático de Direito, os princípios entram frequentemente em tensão e conflito e, assim, faz-se necessário o uso da ponderação para a solução dos conflitos em cada caso concreto.

Ou seja, com base nas características do caso, deverá ser aferido a importância de cada princípio na situação que se pretende tutelar, mediante concessões recíprocas, e preservando a eficácia máxima de cada um deles, na medida do possível³¹⁶. Assim, como bem identificado por Alexandre Santos de Aragão:

“As prerrogativas estatais sobre os particulares se justificavam em razão daquela visão do interesse público como superior à satisfação dos interesses individuais. (...) O interesse público e os interesses dos cidadãos, que antes eram vistos como potencialmente antagônicos, passam a ser vistos como em princípio reciprocamente identificáveis.”³¹⁷

O tratamento processual entre as partes litigantes no processo é sempre reflexo da relação de direito material que as une, de modo que é necessário não apenas a existência da suposta supremacia do interesse público sobre o particular, mas, em especial, a verificação de eventual vulnerabilidade na relação material tributária entre a Administração Pública e o Contribuinte-Cidadão, o que não se verifica atualmente.

³¹⁵ NEDER, Marcos Vinicius; LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. *Processo Administrativo Fiscal Comentado*. 2ª Ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 53.

³¹⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003. p. 34.

³¹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. *In* SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 3.

Cassio Scarpinella Bueno afirma que inexistente qualquer justificativa para a concessão de privilégios para a atuação processual da Administração Pública, pois a Constituição Federal estabelece como princípio informador da atividade estatal a eficiência administrativa, institucionalizando advocacias públicas de qualidade excepcional para a tutela dos interesses estatais. Assim, a previsão de tratamento normativo privilegiado nada mais é do que a criação de *“uma imunidade à atuação do Estado, um protecionismo não autorizado pela Constituição.”*³¹⁸

James Marins, por seu turno, defende a vulnerabilidade do Contribuinte em face da Administração Pública, em razão da sua tríplice função em matéria tributária:

(...) é essa mecânica estrutural própria que permite ao Estado ser a um só tempo o criador da regra obrigacional na qual aparece como sujeito ativo (por intermédio de seus órgãos legislativos), formalizador e cobrador da obrigação em que o próprio Estado figura como credor (por meio de seus órgãos fazendários) e, ainda enquanto credor, o próprio Estado pode julgar a lide e executar o título executivo (por meio de seus órgãos administrativos e judiciais).

(...)

A vulnerabilidade do contribuinte, que se deduz deste tríplice apoderamento do Estado e, portanto, da Fazenda Pública, leva à existência de sensível assimetria de forças entre credor-estatal e cidadão-contribuinte e fornece o fundamento para conceituar, sinteticamente, a vulnerabilidade do contribuinte como a condição factual de susceptibilidade do cidadão diante da tríplice função exercida pelo Estado no âmbito da relação tributária.³¹⁹

Conforme magistralmente defendido por James Marins³²⁰, em matéria tributária, o Contribuinte se encontra em situação vulnerável por três aspectos distintos, tendo em vista que a Administração Pública é responsável, concomitantemente, (i) pela elaboração da legislação tributária, através do Poder Legislativo e, ainda, do Poder Executivo, via Medidas Provisórias, (ii) por sua aplicação através da formalização e cobrança do crédito tributário, por meio do Poder Executivo e respectivos órgãos, e, ainda, (iii) por aplicar as regras para a cobrança de tais valores quando não recolhidos tanto na esfera administrativa quanto judicial, por meio do Poder Executivo e do Judiciário, respectivamente.

³¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 129.

³¹⁹ MARINS, James. Defesa e vulnerabilidade do contribuinte. São Paulo: Dialética, 2009. p. 25.

³²⁰ MARINS, James. Defesa e vulnerabilidade do contribuinte. São Paulo: Dialética, 2009.

De fato, o contribuinte está em *vulnerabilidade material* em face da Administração Pública por seu aspecto político-legislativo e político-economicamente, pois o Estado é responsável pela criação da norma jurídica-tributária, através do devido processo legislativo ou, quando autorizado pela Constituição Federal, pelo Poder Executivo.

Da mesma forma, há verdadeira vulnerabilidade formal no aspecto cognoscível, tecnológico e administrativo do Contribuinte, em decorrência de ser o próprio Estado o aplicador de tais normas. Conforme bem identificado por Fernanda Tartuce Silva, a Administração Pública encontra-se em vantagem técnica (corpo qualificado de procuradores e representantes da Fazenda Pública), probatória (dispõe de informações levantadas por diversos órgãos públicos), informacional (as lides versam sobre questões relativas à atuação do próprio Estado) e organizacional (estrutura completa de servidores, órgãos, funções, etc.)³²¹

Por fim, ainda se identifica a existência de efetiva vulnerabilidade processual do Contribuinte em face da Administração Pública, tendo em vista que também é o Estado que conduz e julga as lides tributária, seja administrativamente, por meio de órgãos de julgamento vinculados às Fazendas federais, estaduais e municipais, seja judicialmente, através do Poder Judiciário.

O Contribuinte, indubitavelmente, encontra-se em posição vulnerável perante à Administração Pública em matéria tributária, o que justificaria um tratamento diferenciado a seu favor, afastando por completo quaisquer prerrogativas processuais à Fazenda Pública.

Não se pode permitir que a desigualdade material, formal e processual, fundamentada apenas e tão somente no propalado princípio da supremacia do interesse público – já superado doutrinariamente no Brasil – e também na sanha arrecadatória do Estado, permita a completa desconsideração da vulnerabilidade do Contribuinte no processo tributário.

³²¹ SILVA, Fernanda Tartuce. Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil. Tese de doutorado em Direito Processual Civil junto à Universidade de São Paulo. 2011. p. 230.

Pelo contrário, por meio da ponderação dos princípios constitucionais aplicáveis, deve-se analisar cada situação em específico para assegurar o equilíbrio entre o Contribuinte e a Administração Pública.

Nesse sentido, James Marins identifica que:

A questão é de alta relevância, porque o Direito abomina a aplicação, principalmente de forma velada, da máxima maquiavélica segundo a qual “os fins justificam os meios”. Não se pode admitir que a finalidade arrecadatória (fim) se converta e permissivo finalístico para a desigualdade de forças (meio). A urgência econômica (a economia é sempre urgente) associadas à afirmação da supremacia do interesse público sobre o particular não tem o condão de neutralizar a aplicação de garantias constitucionais individuais e não permite a utilização do processo, do procedural *due process of law*, para agravar a desigualdade e vulnerabilidade material do contribuinte ante o Estado, dificultando sua defesa em juízo.³²²

Todavia, “o paradigma da igualdade não é apenas desprezado como invertido”³²³, tendo em vista que a manutenção dos diversos privilégios para a salvaguarda do crédito tributário.

A despeito disso, ainda assim hoje verificamos forte defesa dos interesses da arrecadação pública sobre os Contribuintes, inclusive com uma séria de prerrogativas da Fazenda Pública em juízo trazidas pelo Código de Processo Civil.

³²² MARINS, James. Defesa e vulnerabilidade do contribuinte. São Paulo: Dialética, 2009. p. 56.

³²³ MARINS, James. Defesa e vulnerabilidade do contribuinte. São Paulo: Dialética, 2009. p. 54.

III.3. Prerrogativas processuais previstas no Código de Processo Civil de 2015

Sem esgotar o assunto, passamos a detalhar algumas das prerrogativas processuais que o Código de Processo Civil assegurou à Fazenda Pública.

Alterando a sistemática anterior, o artigo 183 do Código de Processo Civil determinou o prazo em dobro para todas as manifestações processuais em nome da Fazenda Pública, o qual sempre se inicia com a intimação pessoal do Procurador³²⁴.

Trata-se de prerrogativa processual que busca a apresentação de defesa e recursos pela Administração Pública mais bem preparadas, para melhor defesa do interesse e Erário públicos³²⁵, bem como para possibilitar que os diversos órgãos da Administração Pública se comuniquem e enviem os documentos necessários para o patrocínio dos interesses do Estado.

Este benefício, nos termos do parágrafo segundo do referido artigo 183, não se aplica quando houver previsão legal específica de prazo, como ocorre, por exemplo, no prazo de 10 (dez) dias para a Autoridade prestar informações em Mandado de Segurança (artigo 7º, I, da Lei nº 12.016/2009) ou de 30 (trinta) dias para impugnar à execução contra a Fazenda Pública (artigo 535 do Código de Processo Civil). Em tais casos, aplicar-se-ão os prazos específicos.

Quanto à necessidade de intimação pessoal do representante processual da Fazenda Pública em juízo, prerrogativa que também se fundamenta na possibilidade de a Administração Pública elaborar suas defesas e recursos de forma mais eficaz e acurada³²⁶, embora já houvesse tal previsão em âmbito federal e para o Ministério Público, o Código de

³²⁴ “Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

§ 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público.”

³²⁵ SILVA, Luiz Antônio Miranda Amorim. A Fazenda Pública e o Novo CPC. In: PAVIONE, Lucas dos Santos; SILVA, Luiz Antônio Miranda Amorim (Orgs.). Temas Aprofundados AGU. Salvador: Editora Juspodivm, 2012. p. 808.

³²⁶ SILVA, Luiz Antônio Miranda Amorim. A Fazenda Pública e o Novo CPC. In: PAVIONE, Lucas dos Santos; SILVA, Luiz Antônio Miranda Amorim (Orgs.). Temas Aprofundados AGU. Salvador: Editora Juspodivm, 2012. p. 810.

Processo Civil de 2015 alargou esta prerrogativa para toda a Administração Pública, alcançando também os Estados e Municípios.

O Código de Processo Civil de 2015, mantendo a sistemática do *Codex* anterior, estabeleceu a impossibilidade de revelia da Fazenda Pública, por se tratar de direito indisponível, nos termos de seu art. 345, inciso II³²⁷.

Isto porque os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e validade, de modo que compete ao particular a comprovação de suas alegações e, não o fazendo, a ação será julgada improcedente, a despeito de eventual silêncio da Administração Pública no feito.

Em relação aos honorários advocatícios em ações envolvendo a Fazenda Pública, o Código de Processo Civil alterou substancialmente a sistemática anterior, estabelecendo faixas regressivas em razão do benefício econômico ou valor da causa.

Especificamente quanto às prerrogativas da Fazenda Pública, o Código de Processo Civil assegurou que a Fazenda Pública não pagará honorários no cumprimento de sentença, desde que não impugne a execução, nos termos do art. 85, parágrafo sétimo, do Código de Processo Civil³²⁸, pois o procedimento de precatório não permite o pagamento espontâneo da condenação.

Além disso, a nova legislação processual superou entendimento do Superior Tribunal de Justiça e estabeleceu, em seu artigo 85, parágrafo primeiro³²⁹, que os honorários advocatícios serão percebidos pelos advogados públicos, e não da Fazenda Pública representada em juízo.

³²⁷ “Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se:

(...)

II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;”

³²⁸ “Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 7o Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada.”

³²⁹ “Art. 85. (...)

§ 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.”

O *Codex* processual de 2015 manteve a chamada remessa necessária, instrumento processual com natureza jurídica de condição de eficácia da sentença, que remete automaticamente ao Tribunal as decisões contrárias à Fazenda Pública para validação ou reforma, impedindo o seu trânsito em julgado (Súmula 423 do Supremo Tribunal Federal³³⁰).

Entretanto, nos termos do artigo 496 do Código de Processo Civil³³¹, aumentaram-se os limites do valor da causa que dispensam a remessa necessária, que variam conforme o Ente da Administração Pública representado em juízo³³², bem como criaram-se outras hipóteses de dispensa, como, por exemplo, quando a decisão proferida estiver em harmonia com o entendimento consolidado dos Tribunais por meio de recurso repetitivo.

Outra prerrogativa processual da Fazenda Pública é o cumprimento de sentença, cuja sistemática foi prevista nos artigos 534 e seguintes do Código de Processo Civil. O novo *Codex* processual manteve as prerrogativas da Fazenda Pública para o cumprimento das decisões judiciais que a condenem ao pagamento de quantia certa, em harmonia, portanto, com o pagamento por meio de precatórios e demais benefícios.

³³⁰ “*Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso ex officio, que se considera interposto ex lege*”

³³¹ “*Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:*

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

(...)

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.”

³³² SILVEIRA, Artur de Barbosa da. A remessa necessária e o novo Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.prolegis.com.br/a-remessa-necessaria-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em 11/06/2017.

A Fazenda Pública também pode se utilizar do pedido de suspensão para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, ou para evitar o efeito multiplicador da decisão judicial, ajuizado diretamente ao presidente do tribunal para que se suspenda a execução da liminar³³³.

Trata-se de instrumento processual instituído pela já revogada Lei nº 4.348/1964 que, em seu artigo 4º³³⁴, estabeleceu a possibilidade de suspensão de medida liminar proferida contra a fazenda pública quando caracterizada grave lesão à ordem, saúde, segura ou economia públicas.

Trata-se de norma de evidente caráter autoritário e ditatorial, buscando manter a força do Estado em detrimento de direitos fundamentais do cidadão³³⁵. Muito embora a Lei nº 4.348/1964 tenha sido revogada pela Lei nº 12.016/2009, este instrumento processual ainda permanece vigente em nosso ordenamento jurídico.

De fato, a Lei nº 8.437/1992³³⁶ já trazia o fundamento de validade da suspensão de liminar, cujo escopo também foi alargado a toda e qualquer ação movida em face do Poder Público ou seus agentes, regulamentando referido instituto. Além disso, a suspensão de segurança também encontra fundamento na própria Lei nº 12.016/2009³³⁷, estando em pleno vigor nos dias atuais.

³³³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 569.

³³⁴ “Art 4º Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso (VETADO) suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo no prazo de (10) dez dias, contados da publicação do ato.”

³³⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 118.

³³⁶ “Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.”

³³⁷ “Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.”

Por fim, e ao quanto interessa a estes estudos, o Código de Processo Civil estabeleceu, em suas disposições finais e transitórias, especificamente em seu artigo 1.059, que, “[à] tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1o a 4o da Lei no 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7o, § 2o, da Lei no 12.016, de 7 de agosto de 2009.”

Percebe-se, portanto, que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe algumas mudanças nas prerrogativas concedidas à Fazenda Pública, mas, em relação à concessão da tutela provisória, apenas manteve o quanto já previsto nas Leis nº 8.437/1992 e 12.016/2009³³⁸, sendo necessário, portanto, a apreciação do quanto disposto na legislação extravagante.

³³⁸ JESUS, Isabela Bonfá de; JESUS, Fernando Bonfá de; JESUS, Ricardo Bonfá de. Manual de direito e processo tributário. 3. Ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 413.

III.4. Limitações à Concessão de Tutela Provisória em face da Fazenda Pública e a sua aplicabilidade às lides tributárias

Além de tais prerrogativas, verificamos ainda uma série de normas que buscam limitar a concessão de tutela provisória e a execução provisória em face da Fazenda Pública, invariavelmente vinculadas a conjuntura histórica e econômica brasileira³³⁹, as quais serão brevemente analisadas para verificarmos a sua aplicabilidade na seara tributária.

A lei nº 4.348/1964 estabelecia, em seu artigo 5º³⁴⁰, a impossibilidade de concessão de concessão de medida liminar em mandado de segurança e a execução provisória relativas à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou então aumento ou extensão de vantagens remuneratórias.

Em sentido semelhante, sobreveio a Lei nº 5.021/1966³⁴¹, que vedava a concessão de medida liminar e a execução provisória para fins de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias de servidores públicos.

Trata-se, portanto, de normas evidentemente inaplicáveis nas ações ajuizadas para discussão de matéria tributária, pois seu alcance se limita às lides ajuizadas por servidores públicos (ou em seu nome, por associações, por exemplo), discutindo verbas de natureza remuneratória ou planos de carreira, as quais decorrem da reforma administrativa implantada pelo Governo Ditatorial, que limitou o acesso dos servidores ao Poder Judiciário³⁴².

³³⁹ BENUCCI, Renato Luís. Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública. São Paulo: Dialética, 2001. p. 48-49.

³⁴⁰ “Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens. Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.”

³⁴¹ “Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

(...)

§ 4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.”

³⁴² BENUCCI, Renato Luís. Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública. São Paulo: Dialética, 2001. p. 49.

A Lei nº 8.437/1992³⁴³, já sob a vigência da atual Constituição Federal, buscou alargar as vedações de concessão de medida liminar em Mandado de Segurança a todas as demais tutelas de urgência, inclusive às tutelas antecipadas, impedindo o caráter satisfativo das decisões liminares, evitando, com isso, que os servidores públicos se utilizassem de outros instrumentos processuais para burlar as vedações existentes na legislação.

Além disso, a Lei nº 8.437/1992 inovou no ordenamento jurídico e trouxe a primeira limitação à concessão de tutela provisória em matéria tributária, qual seja, a compensação de créditos tributários antes do trânsito em julgado da medida judicial que os reconhecesse. Ocorre que esta restrição acabou sendo incorporada artigo 170-A do Código Tributário Nacional, interrompendo-se, assim, os diversos questionamentos acerca da inconstitucionalidade da Lei nº 8.347/1992, por não se tratar de Lei Complementar.

Em razão da crescente utilização da técnica de antecipação da tutela em ações ajuizadas em face da Administração Pública, o Poder Executivo editou a Medida Provisória nº 1.570/1997, convertida na Lei nº 9.494/1997³⁴⁴, que disciplinou a utilização desse instrumento processual em face da Fazenda Pública, cujo artigo 1º estendeu todas as vedações de concessão de medida liminar às demais espécies de tutela de urgência.

Por fim, a Lei nº 12.016/2009³⁴⁵ manteve as vedações anteriormente estabelecidas, inexistindo, assim, maiores novidades neste diploma legal.

³⁴³ “Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.”

³⁴⁴ “Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.”

³⁴⁵ “Art. 7o Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

(...)

§ 2o Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

(...)

§ 5o As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei no 5.869, de 11 janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.”

Importante destacar, ainda, que a Lei nº 9.494/1997, ao instituir diversas restrições à concessão de tutelas provisórias em face da Fazenda Pública, foi duramente criticada pela doutrina por afrontar o “*direito às tutelas preventivas, à proteção contra a ameaça a direito*”³⁴⁶ e, também, foi objeto da Ação Direta de Constitucionalidade nº 4/DF.

Com efeito, foi ajuizada a referida ação pelo Presidente da República e pela Mesa do Senado Federal e a Mesa da Câmara dos Deputados, buscando tutela jurisdicional que reconhecesse a constitucionalidade do artigo 1º da referida Lei nº 9.494/1997, que, como acima demonstrado, estendeu a todas as espécies de tutela de urgência as restrições legais já existentes à concessão de medidas liminares em Mandado de Segurança.

O julgamento da referida Ação Direta de Constitucionalidade nº 4/DF se encerrou em 01/10/2008 e, conforme se observa do inteiro teor do acórdão proferido³⁴⁷, por maioria, foi julgada procedente, reconhecendo a constitucionalidade do referido dispositivo legal.

Neste julgamento, adotando por maioria o voto do Ministro Sidney Sanches, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que é razoável que a Fazenda Pública somente seja compelida ao pagamento de vencimentos aos seus servidores após o trânsito em julgado, mediante a expedição de precatórios, cujo pagamento observem a ordem cronológica de chegada e inclusão no orçamento

E, de fato, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no referido julgamento não é no sentido de ser inviável a concessão de tutela antecipada ou qualquer outra medida de tutela provisória em face da Fazenda Pública, mas, apenas e tão somente, nas restritivas e taxativas hipóteses previstas no artigo 1º da Lei nº 9.494/1997.

³⁴⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 7 Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. p. 553.

³⁴⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4/DF. Relator: Ministro Sydney Sanches. Votação por maioria. Brasília, 01/10/2008. Publicado no DJe nº 213, de 29/10/2014, Ementário nº 2754-1. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630103>. Acesso em 11/11/2016.

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela inconstitucionalidade de concessão de liminar em face da Fazenda Pública que implique no pagamento de valores em detrimento à sistemática dos Precatórios, ou reclassificação funcional de servidores públicos e demais vantagens pecuniárias, ou que antecipe totalmente os efeitos da tutela jurisdicional nestes taxativos casos³⁴⁸.

Neste sentido, aliás, restou expressamente consignado o voto do Ministro Menezes Direito no julgamento da referida Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4/DF, a matéria em discussão e o seu alcance. Em seus exatos termos:

A questão, sem dúvida, é interessante. Trata-se de saber se é constitucional lei ordinária que impõe restrições ao deferimento de tutela antecipada prevista no Código de Processo Civil. As restrições são as mesmas impostas nas leis reguladoras do mandado de segurança e na lei que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público. As primeiras dizem com vedação para efeito de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens, impondo-se a execução do mandado de segurança após o trânsito em julgado, além de determinar efeito suspensivo aos recursos contra decisão concessiva de mandado de segurança “*que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional*” (Lei nº 4.348/64). Além dessas restrições, outra há que é a vedação do deferimento de medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias (Lei nº 5.021/66). Na Lei nº 8.437/92 as restrições impostas são as que seguem: a) veda o cabimento em 1º grau de jurisdição de medida cautelar inominada ou a sua liminar quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária de tribunal; b) veda a concessão de liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação; c) determina, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, a intimação imediata do respectivo representante judicial; d) impede a concessão de liminar deferindo compensação de créditos tributários ou previdenciários; e) o recurso voluntário ou de ofício interposto contra sentença em processo cautelar, “proferida contra pessoa de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo” f) finalmente, regula o processo de suspensão da execução de medida liminar movida contra o Poder Público ou seus agentes no âmbito do Tribunal ao qual couber o conhecimento do recurso.

Este entendimento, aliás, foi reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação nº 3662³⁴⁹ ou, então, através da Súmula nº 729/STF³⁵⁰, não

³⁴⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. Tutela Provisória. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 422.

³⁴⁹ “(...) Como se sabe, o ordenamento positivo brasileiro não impede a concessão de tutela antecipada contra o Poder Público. Esse entendimento - que admite a antecipação jurisdicional dos efeitos da tutela - resulta de autorizado magistério doutrinário (...). Na realidade, uma vez atendidos os pressupostos legais fixados no art. 273, I e II, do CPC, na redação dada pela Lei nº 8.952/94 - e observadas as restrições estabelecidas na Lei nº 9.494/97 (art. 1º) -, tornar-se-á lícito ao magistrado deferir a tutela antecipatória requerida contra a Fazenda Pública. Isso significa, portanto, que Juízes e Tribunais - sem incorrerem em desrespeito à eficácia vinculante decorrente do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na apreciação do pedido de medida

havendo qualquer óbice à concessão de tutelas provisórias em face da Fazenda Pública, exceto nas taxativas hipóteses previstas no artigo 1º da Lei nº 9.494/1997.

Assim, as limitações impostas na concessão de tutelas provisórias em face da Fazenda Pública alcançam apenas as decisões interlocutórias que impliquem “*pagamentos a servidores públicos com a incorporação, em folha de pagamento, de vantagens funcionais vencidas, equiparações salariais ou reclassificações*”³⁵¹.

A única vedação à concessão de tutela provisória em matéria tributária existente no ordenamento jurídico é nas hipóteses de compensação de créditos tributários, que somente poderá ocorrer com o trânsito em julgado da ação judicial, cujo fundamento de validade deve ser, necessariamente, o artigo 170-A do Código Tributário Nacional, por se tratar de Lei Complementar. Para todas as demais hipóteses, é cabível a concessão da tutela provisória.

Nesse sentido, sempre pertinente lembrar as lições de Hugo de Brito Machado, para quem o cabimento de tutela provisória é assegurado tanto pelo elemento teleológico, ou finalístico, quanto pelo elemento sistemático da norma:

Pelo elemento teleológico, tem-se que a finalidade dos provimentos cautelares é garantir a utilidade das decisões judiciais. Sem a possibilidade de acautelamento dos direitos, o perecimento destes torna inútil a decisão proferida no processo de conhecimento. Pelo elemento sistemático, tem-se que as normas do art. 151, incisos II e IV, não devem ser interpretadas isoladamente, mas no contexto do ordenamento jurídico em que estão encartadas, no qual se destaca, como Lei Maior, a Constituição Federal. O poder geral de cautela, conferido ao Juiz, tem matriz na constituição, na norma segundo a qual a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito. A garantia de prestação jurisdicional há de ser entendida

cautelar formulado na ADC 4/DF, Rel. Min. SYDNEY SANCHES - poderão antecipar os efeitos da tutela jurisdicional em face do Poder Público, desde que o provimento de antecipação não incida em qualquer das situações de pré-exclusão referidas, taxativamente, no art. 1º da Lei nº 9.494/97. O exame dos diplomas legislativos mencionados no preceito em questão evidencia que o Judiciário, em tema de antecipação de tutela contra o Poder Público, somente não pode deferi-la nas hipóteses que importem em: (a) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (b) concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; (c) outorga ou acréscimo de vencimentos; (d) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público ou (e) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que tal ação diga respeito, exclusivamente, a qualquer das matérias acima referidas.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Reclamação nº 3.662. Relator: Ministro Celso de Mello. Votação por maioria. Brasília, 30/11/2006. Publicado no DJe de 07/12/2006, Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630103>. Acesso em 11/11/2016)

³⁵⁰ “A decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.”

³⁵¹ FADEL, Sérgio Sahione. Antecipação da tutela no processo civil. *Dialética*, nº 25.1, 1998. p. 87.

como garantia de prestação jurisdicional útil, e a cautelar tem por fim garantir a utilidade da prestação jurisdicional.³⁵²

Em sentido análogo, Eduardo Arruda Alvim também defende o cabimento de tutela provisória em matéria tributária, “*porque a tutela provisória tem como finalidade a prestação efetiva da tutela jurisdicional, bem como a necessária prestação sem delongas, o que tem inequívoco berço constitucional (...)*”, sob pena de comprometer a própria efetividade da atuação jurisdicional.³⁵³

E, de fato, restringir as tutelas provisórias implicaria em frontal violação ao acesso à justiça previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal³⁵⁴, o que tornaria inócuo o próprio instituto.

Portanto, analisando-se o histórico legislativo, jurisprudencial e doutrinário sobre a questão jurídica em estudo, brevemente sintetizados acima, identificamos o cabimento de concessão de tutelas provisórias em matéria tributária, exceto para a compensação, que deverá aguardar o trânsito em julgado da ação.

³⁵² MACHADO, Hugo de Brito. A ação Cautelar e a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Repertório IOB de jurisprudência. 2ª quinzena de janeiro de 1996. p. 44.

³⁵³ ALVIM, Eduardo Arruda. Tutela Provisória. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 412/413.

³⁵⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 289.

IV. TUTELAS PROVISÓRIAS E SUA APLICAÇÃO NAS DIVERSAS AÇÕES EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

IV.1. Tutela Provisória como Causa Suspensiva da Exigibilidade do Crédito Tributário

Os créditos tributários são, em síntese, importâncias devidas pelos Contribuintes à Administração Pública, cujo curso natural é a sua constituição e posterior extinção mediante pagamento, nos termos do artigo 156, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Todavia, em determinadas hipóteses previstas no artigo 151 do Código Tributário Nacional³⁵⁵, é possível que o crédito tributário não possa ser exigido pelo sujeito ativo da obrigação tributária - o Estado – em razão da suspensão de sua exigibilidade. Ou seja, suspender-se-ia o processo de positivação do crédito tributário³⁵⁶.

De todas as causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário, duas interessam ao presente estudo, as quais são ocorrências procedimentais³⁵⁷ e independem do interesse e vontade da Administração Pública, mas apenas do próprio contribuinte e do Poder Judiciário, que acolherá o direito do contribuinte quando comprovados os seus requisitos legais por meio do instrumento processual adequado.

Com efeito, o referido artigo 151 do Código Tributário Nacional estabeleceu a suspensão da exigibilidade do crédito tributário por meio da “*concessão de medida liminar em mandado de segurança*” (inciso IV) ou da “*concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial*” (inciso V).

³⁵⁵ “Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

VI – o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)”

³⁵⁶ CONRADO, Paulo Cesar. Processo Tributário. 3ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 118.

³⁵⁷ BECHO, Renato Lopes. Lições de Direito Tributário. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 590.

Assim sendo, não basta aos Contribuintes o ajuizamento de medida judicial questionando a exigência fiscal para que o seu pagamento seja afastado, ainda que provisoriamente. Ao contrário, é imprescindível a obtenção de tutela jurisdicional que suspenda a exigibilidade do crédito tributário, nos termos dos incisos IV e V do artigo 151 do Código Tributário Nacional.

Para a concessão da “*medida liminar em mandado de segurança*” (inciso IV), o Impetrante deverá demonstrar o cumprimento dos requisitos legais autorizadores, quais sejam, o fundamento relevante e a ineficácia da medida, nos termos do artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009³⁵⁸.

Por seu turno, o comando previsto no inciso V, qual seja, que “*a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial*” suspende a exigibilidade do crédito tributário, é amplo e exige maior cuidado do interprete.

Em uma interpretação gramatical e restritiva de tal norma, e com suposto fundamento no artigo 141 do Código Tributário Nacional³⁵⁹, poderia alegar-se que, independente da espécie de ação judicial, somente a medida liminar ou a tutela antecipada é que teriam o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário.

Ocorre que, atualmente, não mais se sustenta a interpretação gramatical das normas, isolando-as do próprio ordenamento jurídico que as fundamentam³⁶⁰. Nesse sentido, para Luiz Roberto Barroso, “[a] interpretação é a atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance da norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto”.³⁶¹

³⁵⁸ “Art. 7o Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

(...)

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.”

³⁵⁹ “Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias.”

³⁶⁰ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965. p. 26.

³⁶¹ BARROSO, Luiz Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição, São Paulo, Saraiva, 1996. p.97.

Dessa forma, o referido dispositivo legal serve como fundamento legal para toda e qualquer medida judicial que, a despeito de sua denominação, reconheça o direito do Contribuinte à suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Tanto é assim que o referido inciso V do artigo 151 do Código Tributário Nacional foi incluído pela Lei Complementar nº 104/2001, acolhendo-se o entendimento doutrinário e jurisprudência à época, e aceitando-se a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em qualquer medida judicial e a despeito do instrumento processual utilizado, evitando-se assim quaisquer prejuízos aos Contribuintes em razão de mera formalidade legal³⁶².

Portanto, ainda que o Código Tributário Nacional não tenha tido sua redação alterada para se adaptar ao Código de Processo Civil de 2015, é evidente que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário prevista em seu artigo 151, inciso V, também pode ocorrer em razão concessão de tutela provisória.

³⁶² CONRADO, Paulo César. A liminar em ação cautelar como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Artigo, Revista Dialética de Direito Tributário, nº 10:25. p. 27

IV.2. Tutela de Evidência em Direito Tributário

A tutela de evidência, como já demonstrado neste trabalho³⁶³, consiste na concessão imediata da tutela jurisdicional quando, a despeito da inexistência ou não comprovação da urgência, houver alto grau de verossimilhança das alegações do Autor ou em razão da má conduta processual do Réu, nos termos do artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015³⁶⁴.

Dentre as hipóteses previstas no referido dispositivo legal, para fins do presente estudo, descartamos a hipótese prevista no inciso III, que versa sobre contrato de depósito, inaplicável, assim, em questões tributárias.

As hipóteses previstas no artigo 311, incisos I e IV, salvo em situações muito especiais, não serão aplicadas em face da Fazenda Pública. Com efeito, tais incisos representam a chamada tutela de evidência punitiva, na qual a postura adotada pelo Réu caracterizar abuso de defesa ou caráter protelatório (inciso I) ou não opor dúvida razoável ao Magistrado (inciso IV). Todavia, ainda persiste no Poder Judiciário, especialmente nas lides envolvendo matéria tributária, uma mentalidade protetiva da Fazenda Pública, a qual dificulta, quando não impede, qualquer sanção à postura processual adotada por seus representantes, pois sua atividade é baseada nos princípios da moralidade e legalidade, sendo incompatível, assim, com a litigância de má-fé e as demais penalidades decorrentes da má conduta processual dos representantes processuais da Administração Pública.³⁶⁵

³⁶³ Vide capítulo II.7 “Tutela Provisória de Evidência”.

³⁶⁴ “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

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

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

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

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

³⁶⁵ CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Novos aspectos da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo: Dialética, nº. 33, 1998. p. 103.

Entendemos, assim, que, ainda que a representação processual do Ente público interponha recurso evidentemente descabido ou requerida a concessão de prazo para se manifestar por diversas e sucessivas vezes, apenas para procrastinar o encerramento do feito, ou ainda que não oponha qualquer dúvida razoável ao direito do Contribuinte, ainda assim os Magistrados, em regra, evitarão a concessão da tutela provisória de evidência punitiva.

É certo que esta proteção não encontra qualquer respaldo legal e, por via transversa, acaba até mesmo incentivando a postura processual condenável da Fazenda Pública em Juízo³⁶⁶, tornando-se evidentemente inconstitucional³⁶⁷. Entretanto, ainda se verifica na praxe forense tendência protetiva aos representantes da Fazenda Pública.

Dessa forma, ainda que o Contribuinte esteja em evidente situação de vulnerabilidade perante a Administração Pública, em raríssimas hipóteses a tutela de evidência punitiva prevista no artigo 311, incisos I e IV, do Código de Processo Civil, será aplicada em face da Fazenda Pública.

Portanto, entendemos que a tutela de evidência baseada em tese firmada em julgamento repetitivo, prevista no artigo 311, inciso III, do Código de Processo Civil, deverá ser a de maior importância e utilização em matéria tributária³⁶⁸;

Isto porque, em atenção aos princípios constitucionais da estrita legalidade em matéria tributária e da isonomia, temos que as lides tributárias têm forte repercussão social e atingem centenas de milhares de contribuintes que devem recolher os mesmos tributos.

Tanto é assim que os processos de natureza tributária representam aproximadamente 30% (trinta por cento) dos temas de Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal³⁶⁹, número semelhante ao verificado no Superior Tribunal de Justiça³⁷⁰.

³⁶⁶ BENUCCI, Renato Luís. Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública. São Paulo: Dialética, 2001. p. 69.

³⁶⁷ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Tutela antecipada sancionatória (art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 113.

³⁶⁸ CONRADO, Paulo Cesar. Tutela de evidência em mandado de segurança afeta direito tributário. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-25/paulo-conrado-tutela-evidencia-ms-afeta-direito-tributario>. Acesso em 22/06/2017.

Além disso, conforme levantamento do Conselho Nacional de Justiça relativo ao ano de 2016³⁷¹, apenas em 2015 foram ajuizadas mais de um milhão e setecentas mil ações relativas à matéria tributária, que responde por mais da metade dos processos em trâmite no Poder Judiciário brasileiro.

Percebe-se, assim, que, pela própria natureza do Sistema Constitucional Tributário brasileiro, as questões tributárias são, em grande parte, definidas pelos órgãos de cúpula do Poder Judiciário e, na nova sistemática de valorização dos precedentes³⁷², comumente tais questão serão definidas sob a sistemática dos recursos repetitivos.

Verificando-se a pacificação do entendimento por meio de Recurso Repetitivo, no sentido de que determinado tributo é inconstitucional ou ilegal, poderão os contribuintes requererem a concessão da tutela provisória de evidência, nos termos do artigo 311 do Código de Processo Civil para, já no início da lide, obter tutela jurisdicional que lhe permita a não recolher referido tributo, sendo desnecessária a demonstração de qualquer urgência pela parte.

Verifica-se, portanto, que a tutela de evidência instituída pelo Código de Processo Civil de 2015 tem larga utilização nas questões tributárias, pois as lides tributárias, usualmente, serão julgadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça sob a sistemática dos recursos repetitivos, sendo, assim, essencial o acompanhamento de tais casos, como bem destacado por Henrique Napoleão Alves³⁷³.

³⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARBOSA, Marcus Vinícius Cardoso. Direito Tributário e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/4045>. Acesso em 04/03/2017.

³⁷⁰ Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/. Acesso em 04/03/2017.

³⁷¹ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>. Acesso em 04/03/2017.

³⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 4ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 87.

³⁷³ ALVES, Henrique Napoleão. Sites de tribunais e de bancas ajudam a acompanhar jurisprudência tributária. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-12/henrique-alves-sites-ajudam-acompanhar-jurisprudencia-tributaria>. Acesso em 21/11/2017.

IV.3. Tutela de Evidência em Mandado de Segurança

O Mandado de Segurança, conforme clássicas lições de Hely Lopes Meirelles, pode ser definido como

[o] meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais as funções que exerça.³⁷⁴

Neste instrumento processual, ocorridos os seus pressupostos legais, é de rigor a concessão da medida liminar para suspensão do ato coator³⁷⁵, inclusive no início do processo, antes de ouvida a Autoridade Coatora³⁷⁶. Nesse sentido, aliás, já em 1956, Alfredo Buzaid defendia que a característica fundamental do Mandado de Segurança, além de seu rito sumário e célere tendente a uma solução eficaz ao direito ameaçado ou violado, é a *“possibilidade de ser suspenso o ato ou medida initio litis (...)”*³⁷⁷

Trata-se de instrumento processual amplamente utilizado pelos Contribuintes para defesa de seus direitos em matéria liminar, no qual é possível a suspensão da exigibilidade do crédito tributário através da obtenção da medida liminar, conforme previsto no já transcrito artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional, desde que demonstrado o fundamento relevante e a ineficácia da medida, nos termos do artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009³⁷⁸.

³⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnaldo. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 36ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 21.

³⁷⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. Das liminares nos mandados de segurança. Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, v. 4, n. 1, p. 27-35, jan./jul. 1992. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/20844>>. Acesso em: 25/06/2017.

³⁷⁶ CATUNDA, Camila Vergueiro. Concessão de liminares em Mandado de Segurança: vedações jurisprudenciais e legais; IX Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2012. p. 397.

³⁷⁷ BUZAID, Alfredo. Do Mandado de Segurança. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/15594/14465>. Acesso em 15/11/2017.

³⁷⁸ “Art. 7o Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

(...)

E, justamente neste ponto, é que se discute o cabimento da tutela de evidência em Mandado de Segurança, tendo em vista que a Lei nº 12.016/2009, que disciplina este remédio constitucional, traz requisitos próprios e específicos para a concessão da medida liminar.

Com efeito, para parte da doutrina, as medidas liminares previstas nos procedimentos especiais possuem requisitos e procedimentos específicos, previstos na legislação extravagante, motivo pelo qual não se aplicam as normas trazidas pelo Código de Processo Civil. Nesse sentido, as lições de Arlete Inês Aurelli:

É importante partir da noção geral de que há procedimentos diferenciados no código, nos quais são previstas liminares, para que se possa de antemão ter presente que, quando constar previsão de liminar específica para um procedimento especial é este que deve ser observado e não o procedimento das tutelas provisórias. O mesmo se diga de procedimentos especiais previstos em leis extravagantes. A liminar neles prevista continua a ter seu regramento específico previsto na legislação de regência. (...)

Portanto, a liminar a ser deferida nos procedimentos especiais que tenha estabelecido requisitos e procedimento específico para tanto, não se regem pelo art. 294 e segs. do Novo CPC que cuida das tutelas provisórias.³⁷⁹

Especificamente sobre o Mandado de Segurança, Arlete Inês Aurelli entende que:

O art. 7º da Lei 12.016/2009, exige para a concessão da liminar no mandado de segurança, os seguintes requisitos: - Fundamento relevante – direito líquido e certo; - Perigo da ineficácia da medida – *periculum in mora*; (...)

É evidente que a liminar concedida no mandado de segurança caracteriza-se como tutela provisória de urgência, a qual pode ter tanto natureza antecipatória do direito pleiteado, como assecuratória do resultado útil do processo. Mas, é fato que o legislador exige requisitos e procedimentos específicos para a concessão desse tipo de liminar, os quais diferem do regramento das tutelas provisórias previstas no CPC/15. Tanto é assim que a mesma liminar também pode ser caracterizada como tutela da evidência, firma na exigência de que exista prova pré-constituída do direito pleiteado pelo Impetrante. Para esse deferimento, portanto, a dúvida que surge é saber se deveriam ser observadas as disposições referentes às tutelas provisórias previstas a partir do art. 294 do CPC/15. Entendemos que não porque a lei de regência exige requisitos específicos para a concessão da liminar no mandado de segurança, sendo que o procedimento para deferimento e efetivação não seguem o quanto determinado no artigo 294 e segs. do CPC/2015. Em nosso sentir, não há que se falar em tutela antecipada antecedente em relação ao mandado de segurança, por exemplo.³⁸⁰

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.”

³⁷⁹ AURELLI, Arlete Inês. Liminares nos procedimentos especiais e o novo CPC. (no prelo)

³⁸⁰ AURELLI, Arlete Inês. Liminares nos procedimentos especiais e o novo CPC. (no prelo)

Ocorre que este entendimento acaba com desconsiderar a própria essência do Mandado de Segurança como garantia constitucional, limitando seu alcance de forma interpretativa.

De fato, o Mandado de Segurança é instrumento de defesa do cidadão (e, portanto, dos Contribuintes) contra abusos perpetrados pelo Estado, resguardado à condição de remédio constitucional pela Carta de 1988. Não se pode, assim, admitir uma interpretação limitada e restritiva impedir a utilização da tutela de evidência em Mandado de Segurança, sob pena de limitar uma garantia constitucional sem amparo de lei³⁸¹.

Defende-se, assim, que é possível que a tutela de evidência é aplicável ao Mandado de Segurança, sendo irrelevante a presença do *periculum in mora* para a sua concessão, quando presente os demais requisitos³⁸².

André Vasconcelos Roque bem exemplifica o cabimento da tutela de evidência em mandado de segurança em matéria tributária:

“Imaginemos que a ilicitude de determinado tributo tenha sido reconhecida em recurso especial repetitivo. Nas ações individuais subsequentes sobre a mesma matéria, bastaria ao autor, por exemplo, demonstrar documentalmente suas alegações e o enquadramento de seu caso na tese jurídica definida no recurso especial repetitivo para fazer jus à tutela de evidência que suspendesse a exigibilidade do tributo (art. 311, II), sem que fosse necessário demonstrar o *periculum in mora*”.³⁸³

Dessa forma, a despeito de não haver expressa previsão na Lei nº 12.016/2009 acerca do cabimento da tutela de evidência em Mandado de Segurança, entendemos que inexistem quaisquer óbices aos Contribuintes se utilizarem deste instrumento processual.

Isto, aliás, é o que vem ocorrendo na praxe forense.

³⁸¹ PAULA JUNIOR, Aldo de. Tutela de Evidência (art. 301, II, CPC/2015) e Compensação Tributária: a mutação legal da norma insculpida no artigo 170-A, CTN. *In: Medidas de redução do contencioso tributário e o CPC/2015: contributos práticos para ressignificar o processo administrativo e judicial tributário*. BOSSA, Gisele Barra [et al.] São Paulo: Almeida, 2017. p. 603.

³⁸² CONRADO, Paulo Cesar. Tutela de evidência em mandado de segurança afeta direito tributário. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-25/paulo-conrado-tutela-evidencia-ms-afeta-direito-tributario>. Acesso em 22/06/2017.

³⁸³ ROQUE, André Vasconcelos. Uma tutela nada evidente: a tutela da evidência recursal. Disponível em: <https://jota.info/colunas/novo-cpc/uma-tutela-nada-evidente-a-tutela-da-evidencia-recursal-21122015>. Acesso em 24/06/2017.

De fato, verificamos que os tribunais pátrios vêm admitindo a concessão de tutela de evidência em mandado de segurança para suspender a exigibilidade do crédito tributário com base em tese fixada em recursos repetitivos, como, por exemplo, na hipótese da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS³⁸⁴.

Portanto, plenamente cabível a tutela de evidência em Mandado de Segurança nas ações judiciais envolvendo questões tributárias.

³⁸⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4a Região. 1a Turma. Agravo de Instrumento no 5025880-61.2017.404.0000. Agravante: Galactic Bioquímicos Ltda. Agravado: União Federal. Relator: Amaury Chaves de Athayde. Julgado em: 21/06/2017. Publicado em: 26/06/2017. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9032063&termosPesquisados=tutela%20de%20evidencia> Acesso: 20/07/2017.

IV.4. Ações Ordinárias em Matéria Tributária e as Tutelas Provisórias de Urgência

Em linhas gerais, nas ações ordinárias em matéria tributária, o Contribuinte ajuíza uma ação em face da Administração Pública, para questionar determinada exigência fiscal, o que vem sendo denominado na doutrina de ações antiexacional, ou seja, ações em que não se objetivam a execução dos créditos tributários³⁸⁵.

As ações ordinárias em matéria tributárias mais comuns são as declaratórias, anulatórias, repetição de indébito tributário e consignatórias de pagamento, sendo possível, ainda, a cumulação de pedidos, como, por exemplo, na ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária cumulada com a restituição de valores indevidamente recolhidos.

Não há a possibilidade de utilização das tutelas provisórias na repetição de indébito tributário e na consignatória de pagamento.

De fato, quanto à repetição de indébito tributário, busca-se restituir valores indevidamente recolhidos ou recolhidos a maior, o que, como acima demonstrado, é vedado antes do trânsito em julgado da decisão, nos termos do artigo 170-A do Código Tributário Nacional³⁸⁶, impossibilitando a utilização da tutela provisória em tal caso.

Por seu turno, na ação consignatória de pagamento, há fundada dúvida acerca de qual o Ente tributante competente para a instituição e cobrança de determinado tributo, sendo assim necessária a realização de depósito judicial do valor exigido pelo Ente tributante para a liberação do Contribuinte do pagamento, tornando despiciente, assim, a utilização da tutela provisória para tal fim. Passamos, então, ao estudo dos demais instrumentos processuais.

³⁸⁵ ALVIM, Teresa Arruda; MARINS, James. Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Processo Tributário. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1994. p. 14.

³⁸⁶ “Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. (Artigo incluído pela Lcp nº 104, de 2001)”

A ação declaratória tem fundamento legal no artigo 19, I, do Código de Processo Civil³⁸⁷ e busca a obtenção de tutela jurisdicional que reconheça que determinada operação jurídica não estará sujeita a incidência tributária de um ou mais tributos. É o instrumento processual cabível para, por exemplo, questionar judicialmente a exigência de determinado tributo considerado inconstitucional ou ilegal pelo Contribuinte.

Evidente, assim, o pedido final a ser formulado pelo Contribuinte: que se reconheça a inexistência de relação jurídico-tributária com determinado Ente tributante que o obrigue a recolher um ou mais tributos em determinada operação, extinguindo eventuais créditos tributários decorrentes da (inexistente) relação jurídica discutida judicialmente.

Por seu turno, a ação anulatória de débitos fiscais tem fundamento no artigo 38 da Lei nº 6.830/1980³⁸⁸ (Lei de Execuções Fiscais) e tem como objeto a obtenção de tutela jurisdicional que anule, total ou parcialmente, o ato administrativo de lançamento tributário, o qual impõe ao Contribuinte o dever de recolher o tributo constituído com o lançamento. Trata-se de instrumento processual usualmente utilizado pelos Contribuintes para questionar judicialmente autos de infração lavrados pela Administração pública, seja o lançamento de tributos, seja a aplicação de penalidades, ou ambos.

O pedido da ação anulatória de débitos fiscais será, como o próprio nome já diz, a anulação do ato administrativo questionado e a extinção do crédito tributário constituído em tal auto de infração.

Como cediço, nestas medidas judiciais, o ajuizamento da ação, por si só, não tem o condão impedir a cobrança dos tributos pela Administração Pública³⁸⁹, pois não ocorre,

³⁸⁷ “Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica;”

³⁸⁸ “Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.”

³⁸⁹ JESUS, Isabela Bonfá de; JESUS, Fernando Bonfá de; JESUS, Ricardo Bonfá de. Manual de direito e processo tributário. 3. Ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 164.

automaticamente, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, cujas hipóteses vêm previstas no artigo 151 do Código Tributário Nacional.

Dentre as medidas constantes do referido dispositivo legal, para fins deste estudo, destacamos o inciso V do artigo 151 do Código Tributário Nacional³⁹⁰, o qual foi incluído no *Codex* tributário pela Lei Complementar nº 104/2001, positivando assim o entendimento da doutrina e jurisprudência à época³⁹¹, evitando-se assim prejuízos aos contribuintes por mera formalidade³⁹².

Inicialmente, destacamos que, a despeito de constar no referido dispositivo legal “*a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial*”, entendemos que tal dispositivo se aplica a todas as espécies de tutelas provisórias, sendo incabível a análise restritiva e literal do referido dispositivo legal.

Evidente, assim, que a hipótese prevista no artigo 151, inciso V, do Código Tributário Nacional, abrange todas as tutelas provisórias, seja a de natureza antecipada, seja a de natureza cautelar, e também a tutela de evidência.

A prática forense demonstra que os Contribuintes, ao ajuizarem as ações declaratórias ou anulatórias, buscam requerer a concessão da tutela provisória de urgência de natureza antecipada para, com isso, suspender a exigibilidade do crédito tributário.

E, da mesma forma, a doutrina pátria também, ainda que sob a égide do antigo Código de Processo Civil de 1973, mas ainda inteiramente aplicável, entende que a tutela provisória de natureza antecipada, em matéria tributária, teria o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário.

Nas lições da saudosa Cleide Previtalli Cais:

³⁹⁰ “Art. 151. *Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:*

(...)

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;”

³⁹¹ CONRADO, Paulo César. *A liminar em ação cautelar como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário*. Artigo, Revista Dialética de Direito Tributário, nº 10:25. p. 27.

³⁹² JESUS, Isabela Bonfá de; JESUS, Fernando Bonfá de; JESUS, Ricardo Bonfá de. *Manual de direito e processo tributário*. 3. Ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 164.

Entendemos, conforme o caso concreto, ser admissível o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do art. 273 do CPC, em ação envolvendo matéria tributária, requerendo provimento judicial de ordem declaratória. (...) Tal provimento, que antecipa os efeitos da tutela, tem o poder de suspender a exigência do crédito tributário, nos termos do inciso V do art. 151 do CTN.³⁹³

Já sob a vigência do Código de Processo Civil de 2015, James Marins afirma que:

A liminar de antecipação de tutela que suspende a exigibilidade de tributo no bojo de ação declaratória de inexistência de relação jurídico tributária, sob fundamento de ilegalidade ou inconstitucionalidade da norma de imposição, apenas antecipa parcialmente o futuro da sentença de mérito, que, nessa hipótese, deverá ser a declaração de inexistência da relação jurídico tributária com efeito prático de que o tributo objeto do pedido seja inexigível para o contribuinte autor.³⁹⁴

Entretanto, ousamos discordar deste entendimento, pois nas ações a tutela provisória de urgência adequada para as ações ordinárias que discutem a matéria tributária é, em regra, a tutela de natureza cautelar.

Como já demonstrado neste trabalho³⁹⁵, adotamos o posicionamento de que a tutela provisória de natureza antecipada possui caráter satisfativo, ou seja, busca assegurar o bem da vida discutido por meio de uma decisão interlocutória, tomada pelo Magistrado em cognição sumária. Em outras palavras, busca antecipar o provimento final. Por outro lado, a tutela provisória de natureza cautelar busca assegurar o resultado útil da lide, a eficácia do futuro provimento jurisdicional.

Adotando-se as premissas acima, entendemos que, ao requerer a concessão da tutela provisória de urgência para suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o Contribuinte não está buscando antecipar seu provimento final (declaração de inexistência de relação jurídico tributária ou a anulação de ato administrativo).

³⁹³ CAIS, Cleide Previtalli. O processo tributário. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 456.

³⁹⁴ MARINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro – Administrativo e Judicial. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 624.

³⁹⁵ Vide capítulo II.3 “Distinção entre a Tutela Cautelar e a Tutela Antecipada”

Ao contrário, trata-se de evidente medida de caráter assecuratório, que permita o julgamento do feito antes que ocorram prejuízos ao Contribuinte, caracterizando-se, por completo, nas tutelas provisórias de urgência de natureza cautelar.

Na tutela provisória para suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o Contribuinte que ajuíza a ação judicial não busca a antecipação da decisão de mérito acerca do bem da vida, mas, em verdade, apenas uma tutela jurisdicional que permita discutir judicialmente a exigência fiscal sem ser obrigado a recolher o tributo devido antes do trânsito em julgado da decisão. Ou seja, pretende o Contribuinte evitar o dano de ser compelido ao pagamento do referido tributo antes de o Poder Judiciário decidir se tal exigência fiscal é devida ou não, se o Contribuinte litigante deve realizar o pagamento de tal tributo, suspendendo a adoção de medidas coercitivas³⁹⁶.

O bem da vida discutido é, portanto, a própria exigência fiscal que se busca anular (ação anulatória de débitos fiscais) ou que não poderia nem sequer ser constituída (ação declaratória de inexistência de relação jurídica), ao passo que, em ambas as ações judiciais, a tutela provisória será em regra a suspensão da exigibilidade da exigência fiscal até o julgamento de mérito quanto ao bem da vida litigioso.

Tanto é assim que os efeitos da decisão provisória e da decisão definitiva são absolutamente distintos: no primeiro caso, o Contribuinte é considerado como devedor do tributo, mas a exigibilidade do crédito tributário está suspensa, autorizando assim a emissão de Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa, nos termos dos artigos 205 e 206 do Código Tributário Nacional; por outro lado, no segundo caso, o próprio tributo discutido judicialmente é considerado indevido e o Contribuinte assegura a obtenção de sua Certidão Negativa de Débitos.

³⁹⁶ CASTRO, Danilo Monteiro. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário via tutela de evidência. Revista de Direito Tributário Contemporâneo. v. 4, jan-fev de 2017. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 24.

Da mesma forma, são distintos os fundamentos legais de cada medida, pois a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em razão da tutela provisória encontra respaldo no artigo 151, incisos IV e V, do Código Tributário Nacional, ao passo que a extinção do crédito tributário somente ocorre com a decisão judicial transitada em julgado, nos termos do artigo 156, X, do *Codex* tributário³⁹⁷.

Este entendimento encontra resguardo nas lições de Camila Vergueiro Catunda:

(...) a pretensão suspensiva da exigibilidade da obrigação tributária com fundamento no art. 151 do CTN tem função nitidamente acautelatória, pois não se adianta o pedido final da ação, que é o de extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, X, do CTN, apenas impede-se o progresso de cobrança do crédito tributário – suspende-se a exigibilidade da obrigação tributária.³⁹⁸

Entendemos, portanto, que, nas ações declaratórias de inexistência de relação jurídico-tributária ou ações anulatórias de débito fiscal, a medida processual adequada para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, V, do Código Tributário Nacional, é a tutela provisória de urgência de natureza cautelar, assecuratória, pois busca evitar que o Contribuinte realize o pagamento de um tributo indevido.

Embora tal questão pareça mera formalidade processual, entendemos que se trata de questão relevantíssima e ainda pouco explorada pela doutrina e jurisprudência, que traz uma dificuldade enorme³⁹⁹, pois, sendo tutela de natureza cautelar, seria inviável a sua estabilização.

³⁹⁷ “Art. 156. *Extinguem o crédito tributário:*

(...)

X – a decisão judicial passada em julgado.”

³⁹⁸ CATUNDA, Camila Vergueiro. A tutela provisória, o Código de Processo Civil de 2015 e o Processo Tributário. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAÚJO, Juliana Furtado Costa (Coord.) O Novo CPC e seu impacto do direito tributário. São Paulo: Fiscosoft, 2015. p. 205/206.

³⁹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 257.

IV.5. Estabilização da Tutela em Matéria Tributária

De fato, como já defendido neste trabalho⁴⁰⁰, apenas a tutela provisória de urgência de natureza antecipada pode estabilizar, nos termos do artigo 305 do Código de Processo Civil de 2015, em razão da não insurgência do Réu que, de forma deliberada, não oferece qualquer oposição à tutela concedida.

Retomando o quanto acima detalhado, nas ações declaratórias e ações anulatórias, a tutela provisória pretendida pelo Contribuinte é a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, cujo fundamento legal (artigo 151 do Código Tributário Nacional) e efeito (suspensão de atos de constrição e obtenção de Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa) são absolutamente diversos do fundamento legal e do efeito desejado com a decisão definitiva de mérito que extingue o crédito tributário (artigo 156 do Código Tributário Nacional e obtenção de Certidão Negativa de Débitos).

Dessa forma, entendemos que não se pode cogitar na estabilização da tutela em face da Fazenda Pública em questões tributárias, pois as tutelas provisórias requeridas devem ser, via de regra, de natureza cautelar, assecuratória, as quais não tem o condão de estabilizar.

A despeito disto, entendemos que, em determinadas situações, seria cabível a concessão de tutela provisória de urgência de natureza antecipada requerida em caráter cautelar em outras espécies de ações judiciais, como, por exemplo, na ação ordinária para oferecimento antecipado de garantia à penhora, na qual o pedido final é idêntico ao pedido de tutela provisória (obtenção da Certidão de Regularidade Fiscal antes do ajuizamento do feito executivo em razão do oferecimento de caução idônea), que será detalhado oportunamente⁴⁰¹.

Passamos a analisar, assim, a possibilidade de estabilização da tutela provisória de urgência de natureza antecipada requerida de forma antecedente no caso acima.

⁴⁰⁰ Vide capítulo II.6.3 “*Estabilização da Tutela Provisória de Urgência de Natureza Antecipada Requerida em Caráter Antecedente*”

⁴⁰¹ Vide capítulo IV.6 “*Cautelar Antecipatória de Garantia para fins de Certidão de Regularidade Fiscal*”

Parte da doutrina entende que não poderia se cogitar na estabilização da tutela provisória em razão de o crédito tributário ser direito indisponível, que não pode ser renunciado e também não sofre os efeitos da revelia.

E, de fato, o Código de Processo Civil de 2015, nos termos de seu artigo 392, parágrafo 1º⁴⁰², manteve a sistemática anterior no sentido de que seria ineficaz a confissão ou revelia acerca dos direitos indisponíveis, que não podem ser renunciados ou confessados. Assim, sendo indisponível o direito discutido judicialmente, não poderá ocorrer a estabilização da tutela provisória ainda que não tenha havido insurgência da parte contrária. Nesse sentido, as lições de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini:

Se a posição jurídico-material atingida pela tutela antecipada tem caráter indisponível, não parece possível que ela possa ser neutralizada, por tempo indeterminado (e talvez definitivamente) pelo fenômeno da estabilização. Imagine-se o caso em que se obtém tutela antecipada antecedente para sustar os efeitos do ato de exoneração de um servidor, por falta grave. Não seria razoável estabilizar-se a suspensão da eficácia de tal ato sem a cognição exauriente dos seus fundamentos de legitimidade.⁴⁰³

Sendo a estabilização decorrente da inércia da parte sucumbente, que não se insurge contra a decisão que concedeu a tutela provisória, poderia ser equiparada à inércia em não contestar a lide posta, aplicando-se as mesmas restrições à confissão ou renúncia de direitos indisponíveis, em razão da interpretação sistemática do Código de Processo Civil⁴⁰⁴.

Dessa forma, não é possível a estabilização da tutela provisória em matéria tributária, sempre que se tratar de direito indisponível.

Ocorre que, no exemplo acima trazido, não estamos diante de direito indisponível, pois não se discute a validade do próprio crédito tributário, mas a garantia ofertada antecipadamente para obtenção da Certidão de Regularidade Fiscal.

⁴⁰² “Art. 392. Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.

§ 1º A confissão será ineficaz se feita por quem não for capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados.”

⁴⁰³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Cviil: Cognição Jurisdicional (Processo Comum de Conhecimento e Tutela Provisória). 16ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 893/894.

⁴⁰⁴ RODRIGUES, Marco Antônio. A Fazenda Pública no Processo Civil. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 110.

Como cediço, em razão do princípio da indisponibilidade dos bens públicos⁴⁰⁵, os bens, direitos e interesses públicos não estão à disposição da Administração Pública ou de seus agentes e representantes processuais, motivo pelo qual somente a lei poderia dispor de tais bens, o que impediria que a ausência de recurso ou insurgência à uma decisão judicial, pelo procurador responsável pelo caso, pudesse estabilizar uma decisão contrária à Fazenda Pública.

Entretanto, no exemplo trazido, entendemos que não estamos diante de nenhuma decisão que afete a esfera de direitos ou patrimônio da Administração Pública. A estabilização de decisão que autorize a apresentação de garantia antecipada à penhora de futura Execução Fiscal para fins de Certidão de Regularidade Fiscal em nada afeta a Administração Pública ou sua esfera de direitos e patrimônio, que, ao contrário, será beneficiada por já estar com o crédito tributário devidamente garantido, bastando indicar tal bem à penhora quando do ajuizamento da ação executiva.

Entendemos, portanto, que a estabilização da tutela provisória de urgência de natureza antecipada requerida em caráter antecedente pode ocorrer excepcionalmente em questões tributárias que não envolvam a suspensão da exigibilidade do crédito tributário ou a sua validade, como, por exemplo, na ação ordinária para oferecimento antecipado de garantia à penhora.

Analisaremos então este instrumento processual e quais as alterações decorrentes do Código de Processo Civil de 2015.

⁴⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 46.

IV.6. Cautelar Antecipatória de Garantia para fins de Certidão de Regularidade Fiscal

Como cediço, a Certidão de Regularidade Fiscal é um documento oficial, expedido pela Administração Pública, atestando a situação fiscal do interessado, informando a existência de pendências tributárias⁴⁰⁶, cuja ausência acarreta diversos prejuízos para as empresas brasileiras.

Segundo levantamento da empresa de auditoria PriceWaterHouseCoopers no ano de 2006, a expressiva maioria das empresas brasileiras ou multinacionais com braços no Brasil afirmaram “*ter retardado ou deixado de concluir negócios/atos empresariais em decorrência da não obtenção tempestiva da CND, ainda que (...) dediquem grande número de profissionais, exclusivamente, a este processo.*”⁴⁰⁷

Uma das alternativas para a obtenção da Certidão de Regularidade Fiscal é a existência de penhora efetivada em execução fiscal, nos termos do artigo 206 do Código Tributário Nacional⁴⁰⁸. Ocorre que a Administração Pública possui o prazo de cinco anos para ajuizar a respectiva ação executiva, o que inviabilizava a obtenção da Certidão de Regularidade Fiscal neste período.

Por tal motivo, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, diversos contribuintes passaram a adotar interessante instrumento processual, consistente no ajuizamento de medida cautelar satisfativa para oferecer, antecipadamente, a garantia suficiente e idônea aos débitos que futuramente serão exigidos coercitivamente pelo Estado, obtendo, com isso, a sua Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa.

⁴⁰⁶ PAUSEN, Leandro. Manual de certidões negativas de débito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 37.

⁴⁰⁷ PRICEWATERHOUSECOOPERS. O processo de obtenção de certidões negativas e os impactos na atividade empresarial brasileira. Disponível em: <http://www.regularidadefiscal.com.br/pwc.pdf>. Acesso em 23 de março de 2016.

⁴⁰⁸ “Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.”

Busca-se, com tal medida, entregar ao Estado uma garantia suficiente ao cumprimento da futura obrigação tributária, que seria a *ratio essendi* do referido artigo 206 do Código Tributário Nacional, qual seja, assegurar de forma eficaz os interesses fazendários para a cobrança de seus débitos.

Isto porque, já existindo a referida garantia, ao ser ajuizada a Execução Fiscal, não mais seriam necessárias diversas e muitas vezes infrutíferas diligências para a garantia do Juízo, pois já oferecido e aceito anteriormente.

Da mesma forma, o Contribuinte não seria penalizado pela demora no início da ação executiva – providência de competência privativa dos Entes tributantes, por meio de sua representação processual – permitindo o regular exercício da atividade empresarial do contribuinte solvente, ou seja, aquele com condições de garantir o feito executivo.

Após diversos debates judiciais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se pacificou de forma a admitir o oferecimento de garantia de forma antecipada, por meio de cautelar autônoma e satisfativa, para obtenção da Certidão de Regularidade Fiscal, entendimento este definido sob a sistemática dos recursos repetitivos no julgamento do Recurso Especial nº 1.123.669/RS, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 09/12/2009.

Ocorre que, como já demonstrado neste trabalho, o Código de Processo Civil de 2015 alterou significativamente o sistema das tutelas provisórias, impossibilitando por completo a existência de uma cautelar autônoma satisfativa, tal qual a cautelar antecipatória de garantia.

De fato, nos termos dos já transcritos artigos 303 e 305 do Código de Processo Civil, toda e qualquer tutela provisória demanda, necessariamente, um pedido principal, o qual inexistente no caso da chamada cautelar antecipatória de garantia, na qual se busca, como o próprio nome diz, o oferecimento e aceite de garantia de forma antecipada à futura execução fiscal como forma de obter a Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa.

Não se discute que o processo deve ser considerado como um instrumento para alcançar o direito material e a pacificação social. Todavia, devemos verificar se sistema processual brasileiro oferece alguma outra alternativa que possibilite os Contribuintes alcançarem o mesmo fim.

Verificamos, nesse sentido, que parte da doutrina vem defendendo que a cautelar antecipatória de garantia foi substituída pela tutela provisória de urgência de natureza antecipada em caráter antecedente⁴⁰⁹ ou, então, tutela provisória de urgência de natureza cautelar requerida em caráter antecedente⁴¹⁰, mas que, em qualquer hipótese, seria desnecessário o aditamento da inicial para complementação da argumentação e a confirmação do pedido de tutela final. Ou seja, para tais autores, seria mantida a sistemática anterior, com o ajuizamento apenas o pedido de tutela antecedente, inexistindo um pedido principal a ser formulado.

Entendemos, contudo, que esta posição não se sustenta tecnicamente, pois o artigo 303, § 1º, I, do Código de Processo Civil de 2015⁴¹¹ impõe às partes a necessidade de aditamento da inicial, transformando a tutela antecedente na respectiva ação principal. Ainda que com forte crítica doutrinária, as cautelares satisfativas possuíam guarida no Código de Processo Civil de 1973 e, assim, foram aceitas pela jurisprudência pátria, o que não ocorre na atual sistemática processual, que extirpou do ordenamento jurídico as cautelares satisfativas.

⁴⁰⁹ ALVES, Vinícius Juca; ALVARENGA, Christiane Alves. Novo CPC e a antiga medida cautelar de antecipação de garantia. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI240636,71043-Novo+CPC+e+a+antiga+medida+cautelar+de+antecipacao+de+garantia>. Acesso em 13/06/2016.

⁴¹⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. Certidão de Regularidade Fiscal e a tutela de urgência satisfativa autônoma. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). Tutela provisória. Colação Grandes Temas do Novo CPC. vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 45.

⁴¹¹ “Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

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

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

Para outros autores, os Contribuintes poderiam ajuizar uma ação de obrigação de fazer⁴¹², com pedido de tutela de evidência⁴¹³, buscando o oferecimento de garantia antecipada para fins de Certidão de Regularidade Fiscal, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça sob o rito dos recursos repetitivos.

Concordamos com a possibilidade de os Contribuintes ajuizarem uma ação de obrigação de fazer, inclusive e se o caso, com o pedido de tutela provisória de urgência de natureza antecipada em caráter antecedente. As empresas podem se antecipar aos feitos executivos e, oferecendo caução idônea suficiente, assegurar a sua regularidade fiscal, sendo cabível, assim, o ajuizamento de uma ação de obrigação de fazer em face do Estado para resguardar este seu direito.

Entretanto, quanto à possibilidade da tutela de evidência, entendemos que tal instrumento processual não se aplica no caso concreto, pois, ainda que tal direito já tenha sido reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça por meio de recurso repetitivo (Recurso Especial nº 1.123.669/RS), o próprio precedente exige a demonstração de urgência para utilização deste instrumento processual.

De fato, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o instrumento processual utilizado era a chamada medida cautelar autônoma satisfativa, conforme reconhecido, inclusive, no voto do Ministro Luiz Fux no referido Recurso Especial nº 1.123.669/RS. E, como cediço, eram dois os requisitos do referido instrumento processual: verossimilhança das alegações e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

⁴¹² CONRADO, Paulo Cesar. Antecipação de garantia tendente à satisfação do crédito tributário que esteja por ser executado: o que muda (se é que muda) com o novo CPC? In: CONRADO, Paulo Cesar (Coord.) Processo Tributário Analítico. v. III. São Paulo: Noeses, 2016. p. 262.

⁴¹³ ABRANTES, Gabriel; FERNANDES, Andrei Furtado. A antecipação de garantia fiscal e a substituição da ação cautelar atípica na sistemática do novo CPC. In: Revista de Estudos Tributários, Ano XIX, nº 110, jul-ago.2016. p. 77/86. No mesmo sentido: Disponível em: <http://jota.uol.com.br/antiga-cautelar-de-antecipacao-de-garantia-e-tutela-provisoria-de-evidencia-novo-cpc>. Acesso em 13/06/2016.

Deste modo, se para a utilização da medida cautelar, nos termos do referido recurso repetitivo, seria necessária não apenas a demonstração do direito, mas também da urgência, o que, impediria a opção pela tutela de evidência pela parte.

Isto porque, o precedente em questão, ao obrigar a parte a demonstrar o perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo – requisitos da medida cautelar na legislação anterior –, acaba por inviabilizar a obtenção da tutela da evidência, pois, necessariamente, a parte deverá demonstrar a urgência – requisito intrínseco à tutela de urgência.

Em outras palavras, se a parte, para demonstrar que sua situação concreta se amolda ao quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.123.669/RS – requisito para obtenção da tutela de evidência –, deve demonstrar não apenas a verossimilhança de suas alegações, mas também o perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo, o que se pretende é, em verdade, uma tutela provisória de urgência, que exige tais requisitos para a sua concessão.

Não se pode exigir, para a concessão da tutela de evidência, a demonstração de urgência, o que se exige para a aplicação do entendimento jurídico firmado no julgamento do Recurso Especial nº 1.123.669/RS e todos os demais julgados sobre o assunto, pois, à época, a urgência era requisito da medida cautelar.

Dessa forma, a tutela de evidência, em nosso entender, não se adequaria à hipótese da antiga medida cautelar antecipatória de garantia, a qual, atualmente, deve se dar por meio do ajuizamento de obrigação de fazer, ainda que a tutela provisória de urgência de natureza antecipada seja requerida em caráter antecedente.

NOTAS CONCLUSIVAS

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) trouxe uma nova sistemática para as tutelas de urgência, que passaram a ser denominadas de tutelas provisórias, bem como instituiu uma nova modalidade chamada de tutela de evidência.

Trata-se de uma espécie das tutelas jurisdicionais diferenciadas, tomadas por meio de cognição sumária com base em juízo de probabilidade ou plausibilidade do direito, extremamente ligada à efetividade da jurisdição e marcada pelo fator tempo, redistribuindo o seu ônus entre as partes do processo e afastando os danos causados pelo transcurso do tempo necessário para a efetivação da tutela jurisdicional, harmonizando tais princípios com os princípios da segurança jurídica e do contraditório.

Na legislação anterior, em especial após a reforma processual de 1994, as tutelas provisórias de urgência se dividiam em tutela cautelar e tutela antecipada, havendo uma interminável discussão doutrinária acerca das diferenças e efeitos entre ambas, cuja origem remonta o início de seu estudo estruturado e sistemático do tema no século XIX, com os processualistas clássicos italianos (Giuseppe Chiovenda, Piero Calamandrei e Francesco Carnelutti), cujos estudos influenciaram diretamente a ciência processual brasileira.

O Código de Processo Civil de 2015 perdeu a oportunidade de pacificar esta questão e encerrar de uma vez por toda esta discussão, não tendo sido mantido o artigo 269 do Projeto do Senado, que estabelecia que a tutela de natureza antecipada seria satisfativa, antecipando, inteira ou parcialmente, a tutela jurisdicional pretendida, ao passo que a tutela de natureza cautelar seria assecuratória, afastando os riscos e assegurando o resultado útil ao processo.

Ainda que referido dispositivo legal não tenha permanecido na versão aprovada do Código de Processo Civil, fato é que o conceito destas duas espécies de tutelas provisórias de urgência pode ser encontrado por todo o texto da lei, sendo seguro afirmar que, atualmente, a tutela antecipada realiza o direito e a tutela cautelar assegura o resultado útil do processo.

Na atual sistemática instituída pelo Código de Processo Civil de 2015, as tutelas provisórias podem se fundamentar na urgência e na evidência.

As tutelas provisórias de urgência se subdividem de acordo com a sua natureza cautelar ou antecipada, podendo ser requeridas antecedente ou incidentalmente. Ambas as espécies possuem os mesmos requisitos legais, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado do processo.

A característica principal desta espécie de tutela provisória é a necessidade de demonstração de urgência pela parte requerente, ou seja, deve restar comprovado que a demora no oferecimento da prestação jurisdicional pelo Magistrado pode representar risco à efetividade da jurisdição e à realização do direito, ou seja, que a tutela jurisdicional concedida ao final do processo acarretará danos à parte ou ao próprio processo.

Independentemente da espécie, as tutelas provisórias de urgência requeridas em caráter incidental devem ser formuladas na própria petição inicial ou no curso do feito, ainda que em sede recursal, e possuem os mesmos requisitos e efeitos.

Todavia, quando requeridas em caráter antecedente, ou seja, por meio de simples petição antes do pedido principal da ação, o Código de Processo Civil de 2015 acabou por diferenciar os procedimentos e efeitos das tutelas provisórias de natureza antecipada das tutelas de natureza cautelar.

Dentre tais diferenças, destacamos a possibilidade de estabilização da tutela provisória de urgência de natureza antecipada requerida em caráter antecedente, que significa que, caso não seja impugnada pela parte contrária por meio do recurso cabível ou, em uma interpretação extensiva da legislação admitida e recomendada pela doutrina pátria, por meio de qualquer ato que demonstre o seu inconformismo, a decisão proferida que concede a referida tutela provisória se tornará estável e conservará seus efeitos, não podendo ser revista no próprio processo, que será extinto.

Em outras palavras, nas hipóteses em que o Réu não se insurgir contra a decisão que concede a tutela provisória antecipada requerida de forma antecedente, haverá sua concordância tácita com o pedido formulado pelo Autor, estabilizando a decisão proferida e encerrando a discussão judicial em razão da satisfação do direito pleiteado.

Referida decisão estabilizada poderá ser revista, reformada ou invalidada, caso o Réu ajuíze, dentro do prazo de 2 (dois) anos, a competente ação prevista no artigo 304, parágrafo segundo, do Código de Processo Civil de 2015.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe, ainda, outra espécie de tutela provisória, a chamada tutela de evidência. Embora já houvesse na legislação anterior instrumento processual com certas semelhanças, o novo *Codex* processual sistematizou e regulamentou esta espécie de tutela provisória, a qual independe da demonstração de urgência pela parte requerente, mas, ao contrário, exige a demonstração provável do direito requerido ou o abuso do direito de defesa da parte contrária, assumindo assim caráter punitivo.

Dentre as hipóteses trazidas no Código de Processo Civil de 2015, a que ganha maior relevância ao tema em estudo é aquela prevista no inciso II do artigo 311, que admite a concessão da tutela provisória de evidência quando restar os fatos forem comprovados por prova documental e a tese jurídica discutida já tiver sido pacificada em julgamento de recurso repetitivo, este entendido em sentido amplo, com base nos precedentes vinculativos previstos no artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015.

Trata-se de uma inovação processual do atual Código que, em harmonia com os princípios constitucionais incorporados na legislação processual, busca assegurar o respeito aos precedentes firmados pelo Poder Judiciário, buscando assim maior segurança jurídica e isonomia entre todos os litigantes.

Ocorre que as disposições processuais devem ser interpretadas e aplicadas levando em consideração o direito material objeto do pedido principal a ser discutido na ação judicial.

Ou seja, para melhor entender e utilizar a nova sistemática das tutelas provisórias trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, é imprescindível considerar as peculiaridades e especificidades do direito material tributário, o que a doutrina passou a denominar de processo tributário ou direito processual tributário, que é a ciência que estuda conjunto de normas processuais genéricas, como o Código de Processo Civil, e específicas, como a Lei de Execuções Fiscais e da Medida Cautelar Fiscal, que regulam a atividade jurisdicional para solução de conflitos existentes entre a Administração Pública e os Contribuintes em razão do exercício das competências tributárias constitucionalmente previstas aos Entes tributantes.

E, nesse cenário, verifica-se da doutrina e da jurisprudência uma forte tendência protetiva à atuação estatal em matéria tributária, por meio das prerrogativas concedidas à Fazenda Pública em atenção ao princípio da isonomia e do interesse público.

Entretanto, verifica-se atualmente um abrandamento desta excessiva proteção em razão dos abusos da Administração Pública que, ao invés de defender o interesse público, vem defender apenas o interesse arrecadatório ou dos Governantes e suas bandeiras políticas. Em matéria tributária, especialmente, os Contribuintes se encontram em situação de vulnerabilidade em face da Administração Pública, que assume tripla função: elabora a legislação tributária, a aplica através da formalização do crédito tributário e ainda julga os eventuais conflitos e realiza a sua cobrança coercitiva. Tanto é que, atualmente, se verifica uma tendência de mudança com a proteção ao Contribuinte no centro do direito tributário.

De toda sorte, ainda se verifica a limitação à concessão da tutela provisória em face da Fazenda Pública. Ocorre que tais restrições não se aplicam às questões tributárias, exceto a compensação tributária antes do trânsito em julgado, já prevista pelo Código Tributário Nacional, mas apenas quando implicar no pagamento de valores em detrimento à sistemática dos precatórios ou na reclassificação funcional de servidores públicos e suas vantagens pecuniárias, ou que antecipe os efeitos da tutela jurisdicional em tais casos.

Neste sentido, aliás, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4/DF, o que já restou reconhecido pela doutrina pátria e também pelo próprio Supremo Tribunal Federal em outras oportunidades.

E, aliás, nem poderia ser diferente, pois qualquer restrição à concessão da tutela provisória em face da Fazenda Pública em matéria tributária significaria frontal violação ao acesso à jurisdição, à isonomia, ao devido processo legal e a paridade de armas, sendo absolutamente vedada pela Constituição Federal.

Dessa forma, as tutelas provisórias de urgência podem ser utilizadas como uma das causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso V, do Código Tributário Nacional, interrompendo o processo de positivação e a cobrança coercitiva de tais montantes, ainda que referido dispositivo de lei tenha consignado apenas “*medida liminar*” ou “*tutela antecipada*” em seu texto, pois não se admite uma interpretação gramatical e restritiva.

Da mesma forma, as tutelas provisórias de evidência se mostram instrumentos processuais de larga utilização pelos Contribuintes nas ações judiciais envolvendo questões tributárias.

Isto porque, em atenção à natureza do sistema constitucional tributário brasileiro e aos princípios da estrita legalidade em matéria tributária e da isonomia, dentre as outras garantias constitucionais, as lides tributárias acabam por ganhar vultoso volume e importância impar no Poder Judiciário, bem como as decisões proferidas, em regra, aplicam-se à centenas de milhares de Contribuintes em situações análogas, de modo que, comumente, devem ser definidas pelos Tribunais de cúpula sob a sistemática dos recursos repetitivos, em harmonia com a valorização dos precedentes iniciada com a reforma processual de 2006 e consolidada com o Código de Processo Civil de 2015.

Além das ações ordinárias, a tutela de evidência ainda pode ser utilizada pelos Contribuintes nos mandado de segurança impetrados, pois, ainda que a Lei nº 12.016/2009 tenha trazido requisitos e procedimentos específicos, o mandado de segurança, por sua própria essência, é uma garantia constitucional de defesa do cidadão (e, portanto, dos Contribuintes) em face de abusos perpetrados pelo Estado, não sendo admissível uma interpretação limitada e restritiva como fundamento para limitar a utilização da tutela provisória de evidência sem amparo de lei.

Assim, verificando-se no caso concreto direito provável amparado em tese firmada em sede de recurso repetitivo e comprovada documentalmente, é cabível aos Contribuintes a utilização do pedido de tutela provisória de evidência em mandado de segurança.

Por seu turno, as tutelas provisórias de urgência podem ser utilizadas pelos Contribuintes em diversas ações judiciais envolvendo discussões tributárias, tanto a respeito do crédito tributário quanto das penalidades aplicadas pela Administração Pública, bem como acerca das obrigações acessórias – ou deveres instrumentais – e também de outras questões envolvendo a Administração Pública em razão dos tributos existentes.

Nas ações declaratórias de inexistência de relação jurídico-tributária e nas ações anulatórias de débito fiscal, ao contrário da praxe forense e do entendimento de parte da doutrina, o instrumento processual adequado à suspensão da exigibilidade do crédito tributário discutido é a tutela provisória de urgência de natureza cautelar.

De fato, e tomando como premissa de que a tutela provisória de urgência de natureza antecipada possui caráter satisfativo, ao passo que a tutela de natureza cautelar possui viés assecuratório, verificamos que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não se confunde com o seu pedido final, qual seja, a extinção do crédito tributário, possuindo fundamentos legais e efeitos distintos.

Deste modo, a tutela provisória de urgência que possui o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário até o encerramento da lide em que se discute a exigência fiscal é a tutela provisória de natureza cautelar, de viés assecuratório.

E, justamente por este motivo, entendemos que esta tutela provisória, que determina a suspensão da exigibilidade do crédito tributário enquanto perdurar o processo, não é capaz de se estabilizar, o que somente pode ocorrer com as tutelas provisórias de natureza antecipada, na qual há a satisfação do direito requerido.

Por outro lado, em determinadas situações, a lide posta em discussão não envolve necessariamente a validade da exigência fiscal, como, por exemplo, nas ações em que se buscar ofertar antecipadamente bem idôneo a garantir o juízo e, com isso, obter a Certidão de Regularidade Fiscal. Nestas ações, entendemos que há identidade entre o pedido de tutela provisória de urgência e o pedido de provimento definitivo, o qual, por não estar relacionado com o crédito tributário, não envolve direito indisponível da Administração Pública, sendo possível, assim, a estabilização da decisão que conceder a tutela provisória de urgência de natureza antecipada requerida em caráter antecedente neste caso.

Aliás, com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, que extinguiu a cautelar autônoma e, assim, a possibilidade de utilização da cautelar satisfativa, não se pode mais utilizar da chamada “medida cautelar antecipatória de garantia” para fins de obtenção da Certidão de Regularidade Fiscal.

Isto não significa, contudo, que não existe mais o direito dos Contribuintes em apresentar garantia antecipada à debito fiscal para, enquanto não ajuizada a respectiva Execução Fiscal, para obtenção da Certidão de Regularidade Fiscal. De fato, a legislação processual permite o ajuizamento de ação de obrigação de fazer que obrigue o Estado a aceitar a garantia antecipada, que ficará nas mãos do Poder Judiciário até que seja ajuizada a respectiva ação executiva e transferida a garantia ofertada.

Nessas ações, é absolutamente tranquila a possibilidade de os Contribuintes pleitearem a concessão de tutela provisória de urgência de natureza antecipada, que pode ser requerida de forma incidental ou antecedente, buscando assegurar o seu direito desde o início da lide.

Por outro lado, e muito embora este direito tenha sido reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça na sistemática dos recursos repetitivos, em razão do julgamento do Recurso Especial nº 1.123.669/RS – requisito para obtenção da tutela de evidência – entendemos que este instrumento processual não é o mais adequado, seja porque o precedente invocado admitia a utilização de cautelar autônoma satisfativa, o que não mais encontra respaldo na legislação processual vigente, seja porque o próprio precedente exige a demonstração da urgência pelo Contribuinte, requisito este específico das tutelas provisórias de urgência, sendo esta, assim, a medida processual correta, que deve ser utilizada.

Percebe-se, portanto, que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe diversas mudanças às lides envolvendo questões tributárias, com características próprias e distintas do processo comum, envolvendo particulares, mas ainda assim, podem os Contribuintes se utilizarem das tutelas provisórias previstas no atual *Codex* processual para obterem, junto ao Poder Judiciário, a tutela de seus direitos por meio de decisões provisórias, tomadas em cognição sumária, para que o tempo não acarrete danos aos seus direitos ou para evitar que o tempo seja obstáculo quando demonstrada a probabilidade de seu direito evidente.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ABRANTES, Gabriel; FERNANDES, Andrei Furtado. A antecipação de garantia fiscal e a substituição da ação cautelar atípica na sistemática do novo CPC. *In: Revista de Estudos Tributários*, Ano XIX, nº 110, jul-ago.2016. p. 77/86.

ALVES, Henrique Napoleão. Sites de tribunais e de bancas ajudam a acompanhar jurisprudência tributária. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-12/henrique-alves-sites-ajudam-acompanhar-jurisprudencia-tributaria>. Acesso em 21/11/2017.

ALVES, Vinícius Juca; ALVARENGA, Christiane Alves. Novo CPC e a antiga medida cautelar de antecipação de garantia. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI240636,71043-Novo+CPC+e+a+antiga+medida+cautelar+de+antecipacao+de+garantia>. Acesso em 13/06/2016.

ALVIM, Eduardo Arruda. Tutela Provisória. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ALVIM, Teresa Arruda; MARINS, James. Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Processo Tributário. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1994.

ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência da formação da coisa julgada. *In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.)*. Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada. vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. *In SARMENTO, Daniel*. Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

ASSIS, Carlos Augusto de. Reflexões sobre os novos rumos da tutela de urgência e da evidência no Brasil a partir da Lei 13.105/2015. *In DIDIER Jr., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.)*. Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada. vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ATALIBA, Geraldo. Princípios constitucionais do processo e procedimento em matéria tributária. *In Revista de Direito Tributário*, n. 46, out./dez, 1988.

AURELLI, Arlete Inês. Liminares nos procedimentos especiais e o novo CPC. (no prelo)

_____. Tutelas provisórias de urgência no novo CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares? *In: BUENO, Cassio Scarpinella; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (Orgs.)*. Tutela provisória no novo CPC – Dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao novo CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

ÁVILA, Humberto. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular. *In: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Sistema constitucional tributário. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Interpretação e Aplicação da Constituição, São Paulo, Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto; BARBOSA, Marcus Vinícius Cardoso. Direito Tributário e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/4045>. Acesso em 04/03/2017.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003.

BECHO, Renato Lopes. Dos impactos do novo CPC no direito e processo tributário. Revista de Estudos Tributários, Ano XIX, nº 110, jul-ago.2016.

_____. Lições de Direito Tributário. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Responsabilidade tributária de terceiros: CTN, arts. 134 e 135. São Paulo: Saraiva, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Comentários ao artigo 311 do Código de Processo Civil. *In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coordenador). Comentários ao Código de Processo Civil. v. 1 (arts. 1º a 317)*. São Paulo: Saraiva, 2017.

BENUCCI, Renato Luís. Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública. São Paulo: Dialética, 2001.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 20/07/2017.

_____. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 20/07/2017.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20/07/2017.

_____. Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. Lei de Execuções Fiscais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 20/07/2017.

_____. Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992. Lei Medida Cautelar Contra ato do Poder Público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8437.htm>. Acesso em: 20/07/2017.

_____. Lei Complementar n. 73, de 10 fevereiro de 1993. Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm>. Acesso em: 20/07/2017.

_____. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Lei das Licitações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 20/07/2017.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 20/07/2017.

_____. Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. Lei do Mandado de Segurança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm#art29>. Acesso em: 20/07/2017.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20/07/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4/DF. Relator: Ministro Sydney Sanches. Votação por maioria. Brasília, 01/10/2008. Publicado no DJe nº 213, de 29/10/2014, Ementário nº 2754-1. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630103>>. Acesso em 11/11/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.238/RJ. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Votação por maioria. Brasília, 09/08/2007. Publicado no DJe de 11/09/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547193>>. Acesso em: 27/11/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.435/RJ. Relator: Ministra Ellen Gracie. Votação por maioria. Brasília, 13/03/2002. Publicado no DJe de 31/10/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347593>>. Acesso em: 27/11/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Reclamação nº 3.662. Relator: Ministro Celso de Mello. Votação por maioria. Brasília, 30/11/2006. Publicado no DJe de 07/12/2006, Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630103>. Acesso em 11/11/2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial nº 841.173/PB, Relator: Ministro Luiz Fux, Votação unânime. Brasília, 18/09/2007. Publicado em 15/10/2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro teor/?num_registro=200600815521&dt_publicacao=15/10/2007. Acesso em 20/07/2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 1ª Turma. Agravo de Instrumento no 5025880-61.2017.404.0000. Agravante: Galactic Bioquímicos Ltda. Agravado: União Federal. Relator: Amaury Chaves de Athayde. Julgado em: 21/06/2017. Publicado em: 26/06/2017. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9032063&termosPesquisados=tutela%20de%20evidencia Acesso: 20/07/2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. A emergência do direito processual público. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella. Direito processual público, a Fazenda pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Coisa julgada em matéria tributária: reflexões sobre a súmula 239 do STF. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/028.pdf>. Acesso em 31/05/2015.

_____. Curso sistematizado de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. (In)devido processo legislativo e o novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/para-ler.html>. Acesso em 02/04/2016.

_____. Manual de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Tutela Antecipada. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUZAID, Alfredo. Do Mandado de Segurança. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/15594/14465>. Acesso em 15/11/2017.

_____. Exposição de Motivos nº GM/473-B, de 31/07/1972. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em 06/03/2016.

BUZAID, Alfredo. Introdução da obra: CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. 3ª Ed. vol. I, São Paulo: Saraiva, 1969.

CAIS, Cleide Previtalli. O processo tributário. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2003.

CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>. Acesso 05/03/2016.

CALAMANDREI, Piero. Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares. Campinas: Ed. Servanda, 2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Da antecipação da tutela. 5 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Das liminares nos mandados de segurança. Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, v. 4, n. 1, p. 27-35, jan./jul. 1992. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dSPACE/handle/2011/20844>>. Acesso em: 25/06/2017.

_____. Tutelas diferenciadas. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa. In: ARMELIN, Donald (Org.). Tutelas de urgência e cautelares. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARRAZZA, Roque Antônio. Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos). São Paulo: Malheiros, 2012.

CASTRO, Danilo Monteiro. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário via tutela de evidência. Revista de Direito Tributário Contemporâneo. v. 4, jan-fev de 2017. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CATUNDA, Camila Vergueiro. A tutela provisória, o Código de Processo Civil de 2015 e o Processo Tributário. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAÚJO, Juliana Furtado Costa (Coord.) O Novo CPC e seu impacto do direito tributário. São Paulo: Fiscosoft, 2015.

_____. Concessão de liminares em Mandado de Segurança: vedações jurisprudenciais e legais; IX Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2012.

CAVALCANTI NETO, Antônio de Moura. Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Novos aspectos da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo: Dialética, nº. 33, 1998.

CONRADO, Paulo César. A liminar em ação cautelar como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Artigo, Revista Dialética de Direito Tributário, nº 10:25.

_____. Antecipação de garantia tendente à satisfação do crédito tributário que esteja por ser executado: o que muda (se é que muda) com o novo CPC? In: CONRADO, Paulo Cesar (Coord.) Processo Tributário Analítico. v. III. São Paulo: Noeses, 2016.

_____. Processo Tributário. 3ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. Tutela de evidência em mandado de segurança afeta direito tributário. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-25/paulo-conrado-tutela-evidencia-ms-afeta-direito-tributario>. Acesso em 22/06/2017.

COSTA, Adriano Soares da. Morte processual da ação cautelar? *In*: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). Tutela provisória. Colação Grandes Temas do Novo CPC. vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. Direito processual Civil Brasileiro. 2ª Edição revista, aumentada e atualizada. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959.

_____. Manual Elementar de Direito Processual Civil. 3ª Ed. Atual. por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982.

COSTA, Eduardo José da Fonseca; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. Certidão de Regularidade Fiscal e a tutela de urgência satisfativa autônoma. *In*: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). Tutela provisória. Colação Grandes Temas do Novo CPC. vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Tutela jurisdicional de urgência no Brasil: relatório nacional (Brasil). Revista de Processo, Vol. 219, Mai./2013. São Paulo: RT.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 9ª. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

DA SILVA, Ovídio Baptista. Do Processo Cautelar. 3ª Ed., Rio de Janeiro, Forense: 2001.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros, 2001.

FADEL, Sérgio Sahione. Antecipação da tutela no processo civil. Dialética, nº 25.1, 1998.

FLACH, Daisson. A estabilidade e controle das decisões fundadas em verossimilhança: elementos para uma oportuna reescrita. *In*: ARMELIN, Donaldo (coord.). Tutela de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Willian santos. Tutela antecipada. São Paulo: ed. Renovar, 1994.

_____. Tutela antecipada no âmbito recursal. São Paulo: Ed. RT, 2000.

FUX, Luiz. Tutela de Segurança e Tutela de Evidência (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização procedimental. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. *Juris Síntese* nº 70. mar./abr. de 2008.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

GIOIA, Fulvia Helena de. O descumprimento do devido processo legal como causa da insegurança jurídica tributária: uma afronta à cidadania. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, nº 1169, mai./jun de 2014. São Paulo: RT. 2014.

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015. *In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada. Vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.*

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Fontes históricas das formas básicas de tutela cautelar. *Genesis Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 4, janeiro/abril de 1997.

GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. Tomo 1. Parte geral. 8. ed. Buenos Aires: FDA, 2003.

JESUS, Isabela Bonfá de. Análise da escolha dos precedentes nos processos judicial e administrativo: redução do contencioso tributário. *In: Medidas de redução do contencioso tributário e o CPC/2015: contributos práticos para ressignificar o processo administrativo e judicial tributário. BOSSA, Gisele Barra [et al.] São Paulo: Almeidina, 2017.*

JESUS, Isabela Bonfá de; JESUS, Fernando Bonfá de; JESUS, Ricardo Bonfá de. Manual de direito e processo tributário. 3ª. Ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2012.

LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. 3ª Ed., vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Il nuovo “código de processo civil” brasiliano. In: problemi del processo civile.* Milano: Morano, 1962.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Tutela antecipada sancionatória (art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2006.

LOPES, João Batista. Curso de direito processual civil – parte geral. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. Tutela antecipada no processo civil brasileiro – de acordo com o novo CPC. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Castro Lopes, 2016.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Eficácia das decisões e execução provisória. São Paulo: Ed, RT, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. A ação Cautelar e a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Repertório IOB de jurisprudência. 2ª quinzena de janeiro de 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A fazenda pública em juízo. *In* SANTOS, Ernane Fidelis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Teresa Celina Arruda Alvim Wambier (Coords.) Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de tutela. 10ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

_____. Precedentes Obrigatórios. 4ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Técnica de cognição e a construção de procedimentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. 4 ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.

_____. Tutela inibitória. 2ª Ed., São Paulo: Editora RT, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC. Crítica e propostas. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINS, James. Defesa e vulnerabilidade do contribuinte. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. Direito Processual Tributário Brasileiro – Administrativo e Judicial. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnoldo. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 36ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Curso de Direito Administrativo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MESQUITA, Eduardo Melo de. As tutelas cautelar e antecipada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil – Tomo XII – arts. 796 a 889. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. Breves comentários ao novo código de processo civil. Coord. Teresa Arruda Alvim Ambier et al. São Paulo: Ed. RT, 2015.

_____. O processualismo e a formação do Código Buzaid. Revista de Processo, São Paulo: Ed. RT, 2010.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. Sistema Tributário da Constituição de 1969: Curso de Direito Tributário. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MORAES, José Roberto de. Fazenda Pública em Juízo – prerrogativas ou privilégios. Disponível em: <http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/128/119>. Acesso em 10/10/2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974.

NEDER, Marcos Vinicius; LÓPEZ, Maria Teresa Martinez. Processo Administrativo Fiscal Comentado. 2ª Ed. São Paulo: Dialética, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. Considerações práticas sobre o processo cautelar. Revista de Processo, Vol. 53, Jan./Mar. De 1989, São Paulo: RT.

_____. Princípios do processo na Constituição Federal. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de direito processual civil. 1ª Ed., Vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015.

PACHECO, José da Silva. Evolução do processo civil brasileiro. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PAULA JUNIOR, Aldo de. Tutela de Evidência (art. 301, II, CPC/2015) e Compensação Tributária: a mutação legal da norma insculpida no artigo 170-A, CTN. *In*: Medidas de redução do contencioso tributário e o CPC/2015: contributos práticos para ressignificar o processo administrativo e judicial tributário. BOSSA, Gisele Barra [et al.] São Paulo: Almedina, 2017.

PAUSEN, Leandro. Manual de certidões negativas de débito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

PEREIRA, Hélio do Valle. Manual da Fazenda Pública em juízo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PIMENTEL, Alexandre Freire [et al]. Da – suposta – provisoriedade da tutela cautelar à “tutela provisória de urgência” no novo código de processo civil brasileiro: entre avanços e retrocessos. *Revista de Processo Comparado*. v. 3. Jan/jun de 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PINTO, Nelson Luiz. A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual. In: *Revista de Processo*, nº 105, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PISANI, Andrea Proto. Chiovenda e la tutela cautelare. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, 1988.

PRICEWATERHOUSECOOPERS. O processo de obtenção de certidões negativas e os impactos na atividade empresarial brasileira. Disponível em: <http://www.regularidadefiscal.com.br/pwc.pdf>. Acesso em 23 de março de 2016.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. *Revista de Processo*, vol. 244. São Paulo: RT, jun./2015.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada. *Revista de Processo*, Vol. 86, abr./jun./1997, São Paulo: RT.

_____. Tutela jurisdicional de urgência: regime jurídico único das tutelas cautelar e antecipada. Tese de doutorado em Direito. São Paulo, PUC, 2010.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. 2ª. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

RODRIGUES, Marco Antônio. A Fazenda Pública no Processo Civil. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ROQUE, André Vasconcelos. Uma tutela nada evidente: a tutela da evidência recursal. Disponível em: <https://jota.info/colunas/novo-cpc/uma-tutela-nada-evidente-a-tutela-da-evidencia-recursal-21122015>. Acesso em 24/06/2017.

SAMPAIO JÚNIOR, José Helval. Tutela cautelar no novo CPC. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016.

SCARPARO, Eduardo. A supressão do processo cautelar como tertium genus no Código de Processo Civil de 2015. In: BOECKEL, Fabrício dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (Orgs.). Estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Estabilização da tutela antecipada no Código de Processo Civil de 2015. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016.

SHIMURA, Sergio Seiji. Arresto Cautelar. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2005.

SILVA, Fernanda Tartuce. Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil. Tese de doutorado em Direito Processual Civil junto à Universidade de São Paulo. 2011.

SILVA, Jaqueline Mielke. Tutela de urgência: de Piero Calamandri a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SILVA, José Afonso da. Fundamentos do Direito Tributário e Tributos Municipais. São Paulo: José Bushatsku, 1978.

SILVA, Luiz Antônio Miranda Amorim. A Fazenda Pública e o Novo CPC. *In*: PAVIONE, Lucas dos Santos; SILVA, Luiz Antônio Miranda Amorim (Orgs.). Temas Aprofundados AGU. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 1. São Paulo: RT, 2000.

_____. Curso de processo civil. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

_____. Do processo cautelar. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVEIRA, Artur de Barbosa da. A remessa necessária e o novo Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.prolegis.com.br/a-remessa-necessaria-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em 11/06/2017.

SOUTO, João Carlos. A União Federal em juízo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SUNFIELD, Carlos Ari. Introdução ao direito processual público, o direito processual e o direito administrativo. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella. Direito processual público, a Fazenda pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2000.

TESSER, André Luiz Bäuml. As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015. *In*: DIDIER Jr., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada. vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. Tutela cautelar e antecipação de tutela: perigo de dano e perigo de demora. São Paulo: RT, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Cumprimento da Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal: antecedente histórico da reforma da execução de sentença ultimada pela lei 11.232 de 22.12.2005. 2. ed. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2006.

_____. Curso de direito processual civil, V. 1. 58ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Processo Cautelar. 19ª ed. rev. e atual. Livraria Universitária de direito: São Paulo: 2000.

_____. Tutela antecipada e tutela cautelar. Revista de Processo, Vol. 742. São Paulo: RT, Ago./1997.

_____. Tutela jurisdicional de urgência – Medidas cautelares e antecipatórias. 2ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. Revista de Processo. v. 206, São Paulo: Ed. RT, abril.2012.

VELASCO, Ignácio M. Poveda. Ordenações do Reino de Portugal. In Revista de Direito Civil. São Paulo: Editora RT, 1994.

VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil: Cognição Jurisdicional (Processo Comum de Conhecimento e Tutela Provisória). 16ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização. São Paulo: Ed. RT, 2003.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2ª. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela de evidência. Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015 – Coordenação de Cassio Scarpinella Bueno [et al.]. São Paulo: Saraiva, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.