

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL

Emmanuel Reche Becker

TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA POR CONVENIÊNCIA PROCESSUAL

Porto Alegre
2017

Emmanuel Reche Becker

TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA POR CONVENIÊNCIA PROCESSUAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Processo Civil pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Pós-Doutor Daniel Mitidiero

Porto Alegre
2017

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, à minha amada Jaluza Aimée Schneider, principal incentivadora para a realização do curso e parceira para todas as horas.

Aos meus pais, Felipe e Ilda, e à minha irmã Rachel, por representarem tudo o que sou.

Ao meu orientador, Professor Daniel, pela atenção e dedicação.

Aos meus colegas de escritório, Rogério Sperb Becker, Matheus Barnes da Silveira, Neiva Ribeiro, Fabrício Marçal Fisch e Franciele do Amaral, pelo apoio e compreensão.

*Quem já passou
Por esta vida e não viveu
Pode ser mais, mas sabe menos do que eu
Porque a vida só se dá
Pra quem se deu
Pra quem amou, pra quem chorou
Pra quem sofreu, ai*

*Quem nunca curtiu uma paixão
Nunca vai ter nada, não*

*Não há mal pior
Do que a descrença
Mesmo o amor que não compensa
É melhor que a solidão*

*Abre os teus braços, meu irmão, deixa cair
Pra que somar se a gente pode dividir?
Eu francamente já não quero nem saber
De quem não vai porque tem medo de sofrer*

*Ai de quem não rasga o coração
Esse não vai ter perdão
Vinícius de Moraes/Toquinho*

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo principal demonstrar a necessidade de, em situações que apenas traga prejuízo ao autor, deferimento do pedido de tutela provisória antecipada de urgência, mesmo que de forma contrária ao entendimento do próprio magistrado. Faz uma abordagem geral acerca do gênero tutela provisória, bem como de suas espécies de urgência, dividida em antecipada e cautelar, e da evidência. Cria uma nova subespécie de tutela de urgência denominada tutela provisória antecipada por conveniência processual. Trabalha com a aplicação da distribuição isonômica do ônus do tempo no processo à luz do princípio da proporcionalidade, com o princípio da efetividade e a necessidade de um processo voltado à satisfação do direito material, considerando a fase do formalismo valorativo. Conclui que em tais situações, o magistrado, mediante visão global do processo e análise de perspectiva futura, deve deferir o pedido de tutela provisória antecipada de urgência ao autor por conveniência do processo.

Palavras-chave: Processo Civil. Tutela Provisória. Tutela de Urgência. Tutela Antecipada. Tutela Cautelar. Tutela da Evidência. Tutela Provisória Antecipada por Conveniência Processual.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 TUTELA PROVISÓRIA.....	8
2.1 Probabilidade de direito.....	12
2.2 Irreversibilidade dos efeitos da decisão	15
3 TUTELAS DE URGÊNCIA.....	17
3.1 Tutela antecipada	19
3.2 Tutela cautelar	22
4 TUTELA DA EVIDÊNCIA.....	25
5 TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA POR CONVENIÊNCIA PROCESSUAL ..	29
5.1 Justificativa.....	29
5.2 Natureza	33
5.3 Requisitos para concessão	34
6 CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS.....	39

1 INTRODUÇÃO

Não podemos falar em processo ignorando o ônus do tempo. Trata-se de uma faca de dois gumes, pois ao mesmo tempo em que é essencial para assegurar o respeito às garantias constitucionais e legais no encadeamento dos atos também o é um problema para a efetividade da tutela jurisdicional, tanto que recebeu atenção constitucional (art. 5º, LXXVIII, da CFRB) e no capítulo destinado às normas processuais fundamentais no Código de Processo Civil de 2015 (art. 4º), pois o legislador o considera *uma fonte potencial de danos às partes*¹.

Em nosso país, o que é de conhecimento comum e sentido na carne diariamente pelos brasileiros, além do tempo fisiológico, o necessário ao deslinde de um processo justo, sofremos com o patológico, oriundo da máquina judiciária vencida, dada a absoluta falta de investimento com recursos e pessoal, pela avassaladora quantidade de processos que nela tramitam.

Diante deste cenário, a técnica da antecipação de tutela se afigura fundamental para que o processo consiga atingir seus fins de forma idônea, como efetivo instrumento do direito material, mediante a distribuição isonômica do tempo daquele².

É possível, através da utilização desta técnica, a prolação de decisão provisória, até mesmo sem a oitiva da parte adversa (contraditório diferido no tempo), para satisfação do direito, ou seja, a concessão imediata do bem da vida àquele que apenas o teria ao final do processo, com a sentença.

Esta técnica, para os casos de urgência na satisfação do direito, vem regulamentada no art. 300 do CPC de 2015, cujo *caput* exige para sua concessão a presença cumulativa de dois requisitos: o da probabilidade de direito e do perigo de dano ou ao resultado útil do processo.

É evidente que da presença destes requisitos, para o deferimento, é necessário que o juiz se convença; todavia, convencendo-se, ou não, deverá proferir decisão motivada, expondo os fundamentos para o deferimento ou indeferimento, na forma do art. 489, § 1º, do CPC.

¹ MITIDIERO, Daniel. Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 136.

² MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, e MITIDIERO, DANIEL. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.196.

Vê-se, pois, que a tutela provisória de urgência, seja ela de natureza satisfativa ou cautelar, é uma forma de combater o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, mediante decisão provisória – durando, via de regra, até a prolação da sentença -, na qual o juiz deverá se convencer da presença, além do requisito mencionado, da probabilidade de direito.

O que se vai trabalhar neste ensaio e dentro dos limites de sua brevidade, considerando que estamos vivendo, como bem identificado por Fredie Didier Jr.³, a quarta fase de evolução do processo civil, denominada de neoprocessualismo ou formalismo valorativo, é a existência de uma nova espécie de tutela de urgência, denominada de por conveniência processual.

Para tanto, ao longo do presente trabalho, será abordada a tutela provisória enquanto gênero, possuindo como espécies a tutela da urgência, que se divide em tutela antecipada e tutela cautelar, e a tutela da evidência, bem como cada um de seus requisitos.

Após esta abordagem, a fim de demonstrar a diferença entre as tutelas provisórias existentes, será dissecada a nova subespécie de tutela de urgência, que tem por escopo o magistrado, por vezes, proferir decisões antecipatórias contrárias ao seu próprio entendimento, analisando o requisito da probabilidade de direito sob perspectiva processual futura e com visão global do processo, para evitar o perecimento do direito que se busca a tutela, nos casos em que o deferimento não implique em prejuízo à contraparte.

2 TUTELA PROVISÓRIA

O tempo é ônus inerente ao processo, seja ele o fisiológico ou, em virtude do caótico sistema judiciário brasileiro, o patológico. Quando se fala em processo duas palavras vêm à mente, assim como a necessidade de adaptação para o convívio destas: tempo e processo.

É nesta senda que, no ano de 1994, por uma das denominadas minirreformas realizadas no Código de Processo Civil de 1973 – mais especificamente pela Lei nº 8.952/94 -, houve a introdução no direito brasileiro da técnica da tutela antecipada, mediante a inclusão do art. 273 na referida codificação.

³ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17 ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 42-45.

A introdução desta técnica inegavelmente trouxe, em relação ao processo de conhecimento, consoante bem ponderado por Teori Albino Zavascki, *notável valorização do princípio da efetividade da função jurisdicional, ao atribuir ao juiz o poder de, já no curso do processo de conhecimento, deferir medidas típicas de execução, a serem cumpridas inclusive mediante mandados, independentemente da propositura de nova ação, rompendo, com isso, a clássica segmentação das atividades cognitivas e executórias*⁴.

Sérgio Sahione Fadel, pouco após a entrada em vigor da lei, comemorou, referindo que *a situação se alterou, em muito, para melhor, em termos de ideal de efetividade do processo e celeridade da prestação jurisdicional*.⁵

E é importante mencionar que o instituto da antecipação de tutela, afóra a necessidade reclamada na práxis forense, apenas teve seu ingresso no ordenamento jurídico pátrio por conta da recalcitrância dos tribunais e da doutrina em não aceitar a utilização da tutela cautelar para fins de satisfação do direito material.

A propósito, e a questão vem de mais longa data, em artigo publicado no ano de 1986, com o título de As Cautelares Satisfativas, o advogado gaúcho Nestor José Forster já alertava a crescente utilização da ação cautelar satisfativa e, de certa forma, demonstrava a necessidade de técnica processual adequada para a satisfação do direito em sede de cognição sumária⁶.

Luiz Guilherme Marinoni, nome de vanguarda no tema, anota *que, para a adequada e honesta compreensão da teoria da tutela antecipada, é imprescindível ter muito claro que a introdução da tutela antecipada no código de 1973 foi necessária não apenas em razão das novas situações de direito material que se mostraram carentes de tutela satisfativa sumária, mas principalmente porque os*

⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 70.

⁵ FADEL, Sérgio Sahione. Antecipação da tutela no processo civil. São Paulo: Dialética, 1998, p. 21.

⁶ *Aduzia que não resta dúvida de que, nos últimos anos, tomaram extraordinário incremento entre nós as ações cautelares, mormente as inominadas, destinadas a obter, desde logo, não só o provimento, mas a proteção jurisdicional. Tão complexas se mostram determinadas situações e tanto tem aumentado o poder desmesurado do Estado e de seus órgãos, que frequentemente a única alternativa que sobra ao indefeso cidadão é o pronto socorro judicial. E os juízes têm sido chamados, cada vez mais, a lançar mão do poder discricionário que a lei lhes dá, para cortar injustiças flagrantes e ilegalidades evidentes desde logo, mesmo sem atender ao princípio do contraditório, deixando de ouvir, num primeiro momento, as razões da outra parte, para atender total ou parcialmente o pedido.* MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz (Org.), Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul: sessenta anos de existência. Porto Alegre, IARGS, 1986. p. 253.

*tribunais e a doutrina não admitiam a prestação de tutela sumária satisfativa – de tutela antecipada – com base na técnica cautelar.*⁷

A partir de então, conforme os incisos I e II do aludido dispositivo, passou a ser possível a concessão, incidentalmente no processo de conhecimento e com vigência até a sentença (de regra⁸), de medida satisfativa do direito, sempre que presentes os requisitos autorizadores da verossimilhança das alegações e risco de dano irreparável ou de difícil reparação, ou nos casos de apresentação de defesa inconsistente pelo ou tenha manifestado intuito meramente protelatório.

Além da possibilidade da satisfação do direito antes da prolação de sentença, a inovação também foi acerca do momento, eis que plenamente possível a concessão, no caso de urgência, *initio litis* e *inaudita altera parte*, diferindo o contraditório no tempo.

A ideia por detrás do instituto da antecipação de tutela era justamente a adequação do processo ao direito material, mediante rompimento histórico com a ideologia calcada em *neutralidade científica* do direito processual, que o analisava por *um ângulo estritamente interno de visão, vendo-o tão somente a partir de conceitos processuais*⁹.

E a finalidade desta adequação era distribuir de forma isonômica o tempo do processo, a fim de evitar que o autor, não obstante a urgência e probabilidade ou evidência de seu direito, necessitasse pagar o alto preço do tempo da demora da tramitação processual, vendo seu direito sucumbir ou apenas ser reparado financeiramente, mediante tutela pelo equivalente monetário.

Ao falar do ingresso da antecipação de tutela até chegarmos na tutela provisória prevista Código de Processo Civil atual, não se pode deixar de voltar ao processo e tutela cautelar, que o Código Buzaid trazia a partir do art. 796, no Livro III, entendido pela doutrina como tendo a finalidade de assegurar futura execução e não a satisfação do direito em si.

Resume bem este entendimento Gustavo Bohrer Paim, quando cita Pontes de Miranda, referindo que *a tutela antecipada busca a satisfação do direito, ao passo*

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 66.

⁸ Existe a possibilidade de manutenção dos efeitos da tutela antecipada para além da sentença, como ver-se-á ao longo do presente trabalho.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, e MITIDIERO, DANIEL. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 195.

que a cautelar não satisfaz, mas sim, assegura uma futura certificação ou execução. Por essa razão é que Pontes de Miranda fez a célebre distinção entre ambas, considerando a cautelar uma “segurança para a execução”, enquanto a tutela antecipada seria uma “execução para segurança”¹⁰.

Importante a colocação acima, pois o Código de Processo Civil atual, tratou de colocar a tutela provisória como gênero, das quais são espécies a tutela de urgência, com as subespécies cautelar e antecipada, e da evidência, conforme dessume-se do art. 294, § único.

Houve a eliminação do processo cautelar autônomo, com o deslocamento da tutela cautelar para as tutelas provisórias, de modo a ser processada incidentalmente¹¹ no procedimento comum ou de forma antecedente (art. 294, § único, do CPC), um avanço, como bem comemora Elpídio Donizetti ao dizer que *o que acabou – e já vai tarde – é a necessidade de ajuizar uma ação cautelar, com petição inicial, com o “nome da ação”, citação etc. e, depois, um processo principal.*¹²

Apesar desta alteração, algumas modificações conceituais (exemplificativamente, é o caso da alteração do requisito da verossimilhança para probabilidade) e ampliações (caso das possibilidades para concessão da tutela de evidência, por exemplo), que serão abordadas em momento oportuno, as características da antecipação de tutela e da cautelar restaram preservadas.

Como bem acentuam Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, são elas, em relação à tutela provisória antecipatória, a *sumariedade da cognição, a precariedade e a impossibilidade de se tornar indiscutível pela coisa julgada*¹³. Já no que concerne à tutela cautelar, a *referibilidade e a temporariedade*¹⁴.

Ainda, em se tratando de tutela provisória, necessário salientar que se mantém, mais forte do que nunca, a necessidade que esta seja deferida ou indeferida mediante decisão devidamente fundamentada (arts. 298 e 489, § 1º, do

¹⁰ PAIM, Gustavo Bohrer. Estabilização da tutela antecipada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 118

¹¹ A propósito, convém salientar que este pedido incidental já era admitido no código anterior, desde que fosse realizado de forma “errada”, como se fosse tutela antecipada, conforme art. 273, § 7º.

¹² DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil. 20. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 417.

¹³ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 644-645.

¹⁴ Op. cit. p. 638.

CPC), na qual o juízo tem a obrigação de analisar, de modo claro e preciso, os argumentos tecidos pela parte direcionados à demonstração da existência dos requisitos permissivos.

Para Mitidiero *o juiz tem o dever de declinar na sua decisão as razões pelas quais se convenceu de que a parte interessada tem direito à técnica antecipatória. Nessa linha, as razões judiciais devem enfrentar, de um lado, as alegações concernentes à probabilidade de direito da parte e, de outro, as alegações concernentes à existência de perigo na demora da tutela jurisdicional ou de defesa inconsistente.*¹⁵

O deferimento ou indeferimento, via de regra, tem como momento o início ou o meio do processo, de modo que o pronunciamento do magistrado se dá por decisão interlocutória. Todavia, nada obsta que isto ocorra em sede de sentença ou em grau recursal, quando o requerimento poderá ser realizado no bojo do próprio recurso ou através de apresentação de simples petição perante o relator do processo.

Ante o breve apanhado realizado acerca da tutela provisória enquanto gênero e algumas especificidades acerca de seu funcionamento e estrutura, necessário analisar o requisito da probabilidade que é comum a todas espécies.

2.1 PROBABILIDADE DE DIREITO

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, no art. 300, *caput*, houve, atendendo às reclamações da doutrina¹⁶, alteração conceitual do requisito autorizador antes mal nominado, no art. 273, *caput*, do CPC de 1973, de verossimilhança das alegações para probabilidade de direito.

Os conceitos não se confundem, uma vez que *a probabilidade constitui descrição em maior ou menor grau aproximada da verdade*¹⁷, enquanto que a verossimilhança não tem ligação com a verdade, mas *apenas indica a conformidade da afirmação àquilo que normalmente acontece (i quod plerumque accidit) e,*

¹⁵ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 172.

¹⁶ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 117.

¹⁷ Op. cit. p. 115.

*portanto vincula-se à simples possibilidade de algo tenha ocorrido ou não em face de sua precedente ocorrência geral.*¹⁸

Uma narrativa pode ser verossímil, porém pode não condizer com a verdade, assim como, ao contrário, algo pode parecer inverossímil, mas ser verdadeiro¹⁹. Como exemplo, pegue-se a situação de uma pessoa que narra que estava nos trilhos do trem, com este vindo em altíssima velocidade em sua direção e, em cima, ao dar-se conta, conseguiu atirar-se no chão, restando incólume com a passagem deste.

A situação acima narrada parece muito pouco verossímil, em vista do que estamos acostumados a ver e dentro das limitações do ser humano, mas pode ser verdadeira! Tão verdadeira como pode não ser a narrativa de um professor que dá aula na mesma escola e horário, há cinquenta anos, sem faltar a uma sequer, de que não cometeu crime que é acusado em local distante e mesmo horário.

E a reserva de um capítulo específico acerca da probabilidade de direito dentro do presente trabalho decorre de ser denominador comum para a concessão tanto da tutela antecipada cautelar ou de urgência quanto da tutela da evidência (probabilidade ululante), já que a lógica da tutela provisória é justamente inverter o ônus do tempo em favor daquele que está mais perto do direito.

A probabilidade de direito depende para sua demonstração, além de uma narrativa plausível e coerente, de lastro probatório que lhe dê substrato para a sua concessão, tanto que o art. 300, caput, do CPC deixa bem clara a necessidade de *elementos que evidenciem*²⁰.

É necessário que o requerente da medida produza prova, embora não a mais robusta possível²¹, de que efetivamente existe grande probabilidade de que seu pedido venha a ser acolhido ao final da ação e a tutela provisória concedida venha a ser ratificada.

¹⁸ Op. cit. p. 115.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 605.

²⁰ Aqui não pode deixar passar em branco o afastamento da expressão prova inequívoca constante no art. 273, caput, do CPC de 1973, em face da crítica doutrinária de que esta apenas seria possível ao final, com a congnição exauriente.

²¹ Claro, existem situações em que a prova que já está nas mãos do autor ou do réu é suficiente, ou até mesmo a única, para o acolhimento da pretensão ao final da ação. Porém, aqui está-se falando da desnecessidade de que a prova seja farta, a produção esteja exaurida, para a concessão do pleito provisório, pois isto ocorrerá ao término da instrução processual.

Assim, se o autor, por exemplo, aduz que houve descumprimento contratual por parte do réu e, por isto, está inscrito órgão de restrição de crédito, afora a demonstração do cadastramento, deverá também acostar aos autos o instrumento contratual ou outro elemento de prova (email etc.) que demonstre que efetivamente aquele está ocorrendo.

O juiz, em sede de tutela provisória, está *proibido de pensar em uma convicção de verdade, própria à regra do ônus da prova. Para a concessão da tutela de urgência, basta-lhe a convicção de probabilidade preponderante, isto é, que o material trazido ao processo indique que o direito do autor é mais provável que o do réu.*²²

José Eduardo Carreira Alvim aduz tratar-se de um *juízo de delibação*, em que *consiste em valorar os fatos e o direito, certificando-se da probabilidade de êxito na causa, no que pode influir a natureza do fato, a espécie de prova (prova preconstituída) e a própria orientação jurisprudencial, notadamente a sumulada.*²³

A probabilidade, portanto, é a lógica (qualitativa ou baconiana), que se apoia na conexão lógica das provas com as normas gerais causais e mede indutivamente o grau de apoio das provas às hipóteses formuladas. A sua característica fundamental está em racionalizar a incerteza relativa às alegações de fato, reconduzindo o seu grau de correção ao âmbito dos elementos disponíveis de confirmação à refutação (prova).²⁴

Através dela, o magistrado, mediante raciocínio indutivo, analisa de forma harmoniosa a prova produzida nos autos e os argumentos lançados pela(s) parte(s). Logo, no exemplo dado anteriormente, a leitura do contrato e dos argumentos da parte o levaria para a interpretação do descumprimento e o comprovante de inscrição negativa para a ilicitude do agir da parte adversa, autorizando a concessão da tutela antecipada.

Por fim, em se tratando de probabilidade de direito, com o deslocamento da tutela cautelar para as tutelas provisórias de urgência, também tendo como norte o art. 300, *caput*, do CPC, tem-se que encerrou a discussão acerca do grau robustez do *fumus boni iuris* para a sua concessão.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 147.

²³ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Tutela antecipada na reforma processual: antecipação de tutela na ação de reparação do dano. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999. p. 32-33

²⁴ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 118.

Leonardo Ferres da Silva Ribeiro entende que o *Código de Processo Civil* avançou positivamente ao abandonar a gradação que o *Código de Processo Civil de 1973* pretendia fazer entre os requisitos para a cautelar e antecipação de tutela, sugerindo-se um *fumus* mais robusto para a concessão dessa última.²⁵

Dessarte, trabalhado o requisito da probabilidade, impende avançar à questão da irreversibilidade dos efeitos da decisão que concede a tutela provisória.

2.2 IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DA DECISÃO

O art. 300, § 3º, do CPC traz a vedação de concessão da tutela provisória quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, pois não se tratam de decisões definitivas e que, portanto, são passíveis de revogação ou modificação a qualquer tempo (art. 296, *caput*, do CPC).

Para a correta interpretação deste dispositivo, é importante ter em mente que irreversibilidade dos efeitos jurídicos da decisão é algo diferente de irreversibilidade dos efeitos fáticos.

A irreversibilidade dos efeitos jurídicos da decisão está ligada à natureza provisória da tutela provisória, na medida em que esta, como já abordado ao longo do presente trabalho, não faz coisa julgada material e tem conservada sua eficácia até a decisão definitiva.

Contudo, não se pode olvidar a natureza satisfativa da tutela provisória, que pode, sim, sob pena de esvaziar o instituto, trazer irreversibilidade em relação aos efeitos fáticos produzidos. Em síntese, o que não pode fazer o juízo é esgotar o objeto da demanda mediante a concessão de tutela que defina a situação jurídica posta, tratando-a como se sentença fosse.

Marinoni aduz que *a provisoriedade da tutela antecipada deve ser entendida como a sua capacidade de definir a controvérsia, por absoluta falta de idoneidade para a declaração ou, em outros termos, para a produção de coisa julgada material. Mas a satisfatividade da tutela sumária, e mesmo a eventual irreversibilidade dos seus efeitos fáticos, não é contraditória com a sua estrutura. Nada impede que uma tutela que antecipe a realização do direito e produza efeitos fáticos irreversíveis seja*

²⁵ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência. Do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. – (Coleção Liebman / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini) p. 145.

– do ponto de vista estrutural – provisória, ou melhor, incapaz de dar solução definitiva ao mérito.²⁶

Então, num caso exemplificativo, em que o autor vai a juízo requerer tutela antecipada no sentido de que o réu, plano de saúde, seja determinado a cobrir determinado procedimento cirúrgico, não significa que, concedida, haverá o esgotamento do objeto da demanda. Os efeitos fáticos inegavelmente surtirão, mas os efeitos jurídicos serão provisórios e reversíveis, já que poderá a parte autora, em sendo reconhecida a improcedência do pedido, condenada na devolução do valor despendido pela empresa.

Apenas para restar ainda mais clara a distinção entre os efeitos e o que efetivamente é vedado pelo dispositivo analisado, a título de paradigma, tem-se que não é possível, em decisão provisória, a determinação de abatimento de determinado animal infectado por bactéria transmissível para seres humanos, já que nesta situação não existirá a possibilidade de retorno do *status quo ante*.

Neste caso, todavia, se afigura prudente decisão provisória que determine o afastamento deste animal e o acompanhamento veterinário do mesmo até a prolação de decisão definitiva, oportunidade em que, após cognição exauriente, o magistrado entenderá pela possibilidade de cura do animal ou pela necessidade de seu abate.

Trabalhando neste mesmo caso, e aí no sentido de demonstrar que esta vedação à impossibilidade de concessão de tutela antecipada com efeitos irreversíveis pode ceder no caso concreto, é inegável que, se comprovado nos autos a infecção de inúmeras pessoas e o altíssimo risco para a sociedade (a inevitabilidade da contaminação), pode o magistrado determinar, em cognição sumária, que o animal seja abatido.

É que esta irreversibilidade deve ser compreendida na *perspectiva da dinâmica iteração entre o direito de ação como direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva e ao direito de defesa no processo civil*.²⁷

Em determinados casos, é necessário sopesar valores para se tomar a decisão de imediato, cuja necessidade urge e não pode esperar, *dando proteção*

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 121.

²⁷ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 172.

*àquele que, no caso concreto, tenha maior valor*²⁸. Coloca-se, como no caso trazido, em confronto a vida do animal com o risco para toda sociedade, pelo que se afigura imponente a tutela da segunda (art. 5º da Constituição Federal).

Alexandre Freitas Câmara identifica a existência de *irreversibilidade recíproca*, que *consiste isso na hipótese em que o juiz verifica que a concessão da medida produzira efeitos irreversíveis, mas sua denegação também teria efeitos irreversíveis*.²⁹

Então, diante da colisão existente entre a necessidade de efetividade e a segurança, dois direitos fundamentais, é necessário invocar a proporcionalidade³⁰, a fim de que seja tomada a decisão mais acertada à luz do caso posto.

E esta decisão deve ser, embora sem a segurança necessária, ou melhor, sem o aprofundamento necessário da matéria, em nome de um bem maior, deve ser tomada pelo magistrado, a quem é defeso esgueirar-se de prestar jurisdição, devendo pautar-se na proporcionalidade supramencionada, razoabilidade e equidade (art. 140, § único, do CPC e arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

O ilustre professor Marinoni aborda com maestria a questão, ao referir que análise desta tutela provisória irreversível requer prudência, *mas ninguém está autorizado a confundir prudência com medo. A tutela antecipada deve ser utilizada nos limites em que é necessária para evitar ato contrário ao direito ou dano e, em casos excepcionais, até mesmo produzindo efeitos fáticos irreversíveis, já que o juiz, por lógica, não pode permitir prejuízo irreversível ao direito provável sob a justificativa de que a sua decisão não pode causar prejuízo irreversível ao direito improvável. Isso seria obrigar a jurisdição a tutelar o direito improvável*.³¹

3 TUTELAS DE URGÊNCIA

²⁸ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 682.

²⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 161.

³⁰ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 681.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 121.

A tutela de urgência é espécie do gênero tutela provisória, na qual existem duas subespécies: satisfativa e cautelar. Seu próprio nome já evidencia que é requisito para sua concessão a urgência, que nada mais é do que o conhecido *periculum in mora*, ou melhor, o perigo na demora do alcance da prestação jurisdicional, podendo ser concedida incidentalmente no processo ou de forma antecedente (art. 294, parágrafo único, do CPC).

Inicialmente, convém salientar, como bem lembra Mitidiero, que, no âmbito do perigo, não existe distinção entre as espécies perigo na tardança e perigo de infrutuosidade, mas, isto sim, uma relação de meio e fim, assim como existe no processo³².

É que o perigo na tardança trata-se de conceito processual e que tem por finalidade justamente evitar o perigo da infrutuosidade, que tem ligação com o direito material. O perigo na tardança deve ter para seu combate técnicas processuais que busquem evitar que a parte não consiga fruir do direito.

O art. 300, *caput*, do CPC tratou o assunto do requisito da urgência aduzindo a *o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*. Claro que o dispositivo peca técnica e juridicamente, mas, ao fim e ao cabo, o efeito prático é atingido, já que sua finalidade é oportunizar que, em casos de existência de *periculum in mora*, a parte possa se valer da técnica antecipatória para satisfazer ou acautelar seu direito.

Para Marinoni, as expressões utilizadas pelo legislador *servem apenas para evidenciar que no curso do processo pode ocorrer gravame que ponha em risco i) a efetividade da tutela do direito (cautelar), ii) situação objeto das tutelas declaratórias e (des)constitutiva (cautelar), e iii) o direito que se pretende tutelar ou um direito a ele conexo (antecipada)*.³³

A propósito do dispositivo, embora em efeitos práticos seja perfeitamente possível, não se pode desconsiderar que o legislador deixou, ao referir apenas o perigo de dano e resultado útil ao processo, sem proteção as tutelas ligadas ao ato ilícito.

A observação é de Mitidiero, ao afirmar como equivocada a *opção do legislador ao falar em perigo de dano e perigo ao resultado útil do processo, os quais*

³² MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 172.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 127.

*acaba, restringido de forma equivocada a infutuosidade da tutela do direito que se pretende evitar com a alusão ao perigo na demora ao campo temático do fato danoso, deixando descobertas as inúmeras tutelas ligadas ao ato ilícito – nada obstante expressa menção à tutela inibitória e à tutela de remoção de ilícito no art. 497, parágrafo único, do CPC.*³⁴

Não obstante o código aponte a urgência como um requisito necessário, não se pode deixar de referir, como bem observado por Elpídio Donizetti³⁵, e com parcial razão, que este não é de tanta necessidade quanto o da probabilidade do direito, já que a lógica por detrás da tutela provisória é justamente de inversão do ônus da demora do processo contra o direito menos provável.

E esta observação é importante de se fazer, pois é muito comum na práxis forense indeferimentos de pedidos de tutela provisória pura e simplesmente por não estar ainda presente o referido requisito, mais especificamente nos casos em que a tutela deve ser concedida de forma preventiva.

Ora, em determinados casos, se existe risco que algo aconteça, mesmo que de forma hipotética, e tendo a parte direito provável, não existe razão para que se deixe esta a mercê do réu, com este ainda jogando com o tempo do processo ao seu favor. Não existe lógica, por exemplo, em indeferir, tendo o autor ao seu lado a probabilidade de direito, pedido de tutela provisória para abstenção de inscrição em órgãos de restrição de crédito por não existir ameaça por parte do réu de que irá praticar o ato, basta a existência desta possibilidade.

Como bem lembrado por Cassio Scarppinella Bueno, a Constituição Federal, art. 5º, XXXV, trouxe de forma mais do que clara, alterando um viés histórico do processo civil de apenas tutelar de forma repressiva, a necessidade de prevenção à ameaça de lesão ao direito.

Aduz o processualista que o referido artigo da carta maior *veio, de forma expressa, abrir ensejo a uma diferente concepção de tutela jurisdicional voltada a imunizar as situações de ameaça (v. n. 8.1.1, supra).*³⁶

3.1 TUTELA ANTECIPADA

³⁴ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 156.

³⁵ DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil. 20. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 420.

³⁶ BUENO, Cassio Scarppinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, 1. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 330.

A tutela antecipada, como já aduzido ao longo do presente trabalho, é uma subespécie da espécie tutela provisória de urgência, foi introduzida no Brasil no ano de 1994, pela necessidade do direito material e após longas discussões jurisprudenciais e doutrinárias acerca da possibilidade, ou não, de satisfação do direito mediante as então chamadas de ações cautelares satisfativas.

Satisfazer um direito, como lição deixada pelo mestre Ovídio Araújo Baptista da Silva, é o mesmo que realizá-lo. Para ele, é *realizá-lo concretamente no plano das relações humanas*.³⁷

A regra, em se tratando de processo, é de que a satisfação do direito apenas se dê com a decisão definitiva, após cognição exauriente. Todavia, como exceção, em existindo urgência na prestação da tutela jurisdicional e havendo demonstração e comprovação de que o direito afirmado seja provável, existe a possibilidade de que o juízo antecipe a tutela pretendida pela parte.

Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcellos Carrilho Lopes resumem como sendo *aquelas que vão diretamente à vida das pessoas e, antes do julgamento final da causa, oferecem a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna ou algum benefício que a obtenção do bem poderá proporcionar-lhe*.³⁸

Na doutrina, o que também ocorre muito na rotina forense, há quem entenda que a antecipação é dos efeitos da tutela. José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando Fonseca Gajardoni, por exemplo, referem que através desta técnica *permite-se a fruição imediata de efeitos que seriam produzidos apenas com a prolação do pronunciamento judicial pleiteado*.³⁹

Contudo, com a devida vênia, parece-nos equivocada esta assertiva, na medida em que a antecipação não é de efeitos da sentença, mas da própria tutela. Quando há o deferimento do pedido de tutela antecipada, o magistrado já está alcançando diretamente ao requerente a proteção ao direito requerida.

³⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil, vol. 2: processo cautelar (tutela de urgência). 4. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 25.

³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 27

³⁹ MEDINA, José Miguel Garcia, ARAÚJO, Fábio Caldas de, GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos cautelares e especiais: ações coletivas, ações constitucionais, jurisdição... 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014. p. 59

Marinoni, com o brilhantismo habitual, explica que *a tutela antecipada tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença que é lastreada em verossimilhança e, por isto, não fica acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material*. E prossegue com a explicação, referindo que *a tutela antecipada não é instrumento de outra tutela ou faz referência a outra tutela. A tutela antecipada satisfaz o autor, dando-lhe o que almejou ao propor a ação*.⁴⁰

E a tutela antecipada de urgência é compatível com qualquer forma de tutela jurisdicional, independentemente de ser a tutela mandamental, declaratória, condenatória, constitutiva ou executiva, podendo ser concedida *sempre que dela se possa retirar um resultado prático favorável ao demandante*⁴¹.

Resumindo o assunto, Mitidiero afirma que é possível antecipar a tutela *sempre que for possível ordenar um comportamento ao demandado ou preceituá-lo para realização independentemente da vontade do de demandado à vista da eficácia da futura sentença de procedência*.⁴²

Embora discorde de tamanha necessidade, tal como dito quando abordada a tutela de urgência enquanto espécie do gênero tutela provisória, não se pode descurar de que o art. 300, *caput*, traz, com má redação, a urgência (*periculum in mora*) como requisito para a concessão da tutela antecipada.

Ou seja, em tese, por se tratar de medida excepcional, é necessário que exista urgência que justifique a inversão do ônus do tempo do processo. Deve, a princípio, ser o direito provável e necessitar de tutela jurisdicional de imediato, sem que possa aguardar o desfecho processual, a fim de que evitar o perigo de dano ou de prática de ato ilícito pela parte adversa, ou para que seja removido o ilícito praticado.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira entendem que *o que justifica a tutela provisória de urgência é aquele perigo de dano: i) concreto (certo), e, não, hipotético ou eventual, decorrente de moro temor subjetivo da parte; ii) atual, que está na iminência de ocorrer, ou esteja acontecendo*;

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 71.

⁴¹ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 169.

⁴² Op. cit. p. 170.

*e, enfim, iii; grave, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito.*⁴³

Como já dito anteriormente, entendemos que é possível, sim, a concessão da tutela antecipada por receio hipotético de ocorrência de dano ou ilícito, em determinados casos. Não se quer utilizar a técnica da tutela antecipada de forma indiscriminada e como regra, mas em determinados casos de receio hipotético não há motivos para a sua não utilização.

A análise da situação deve ser feita à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como da finalidade precípua do processo, que é tutelar direitos. Se há um receio hipotético e a ordem para a prática ou abstenção de determinado comportamento não traz prejuízo para a parte destinatária, não é lógico que não se defira a tutela antecipada e que se espere este ocorrer para que a parte atravesse petição nos autos a requerendo.

Valiosa a reflexão de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro sobre o assunto, para quem *havendo algum grau de possibilidade de o direito socorrer à parte requerente da tutela cautelar ou antecipada, o juiz quase que automaticamente voltará sua atenção aos males que poderão ser causados ao direito dessa parte se não concedida a medida (periculum in mora) e, bem assim, aos prejuízos eventualmente causados à outra na hipótese de deferimento. Trata-se de um raciocínio quase inato, permeado pelo princípio da proporcionalidade e pela razoabilidade.*⁴⁴

Então, a concessão da tutela antecipada pode ser concedida com base em perigo hipotético, devidamente analisado pelo juízo no caso concreto, consoante trabalhado acima.

3.2 TUTELA CAUTELAR

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a tutela cautelar passou a ser tratada como subespécie da tutela de urgência, podendo ser requerida de forma interinal ou antecedente, conforme art. 294, § único, perdendo o livro

⁴³ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 677.

⁴⁴ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência. Do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. – (Coleção Liebman / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini) p. 144.

específico e a natureza autônoma (embora a existência do art. 273, § 7º) que possuía no código anterior (art. 796 e segs.).

A principal causa da tutela cautelar, apesar das alterações, estruturais acima referidas, permanece sendo a mesma: a urgência. Ovídio Araújo Baptista da Silva definia a urgência como o grande móvel a justificar a tutela cautelar, *ante a qual as formas convencionais de tutela jurisdicional tornem-se insuficientes e inadequadas, impedindo que o Estado cumpra seu dever de proteção do direito por ele próprio criado, dever este que decorre do monopólio da função jurisdicional.*⁴⁵

A finalidade da tutela cautelar, ao fim e ao cabo, é assegurar a futura satisfação do direito ou do resultado justo, mediante proteção do processo. Em outras palavras, estando o processo em risco de não ter a justa solução ou tornar-se ineficiente por conduta a ser praticada pela outra parte e/ou pelo decurso do tempo, o que atingirá diretamente o direito do postulante, o estado necessita acautelá-lo.

Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcellos Carrilho Lopes resumem que *são cautelares as medidas com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o processo de algum meio exterior que poderia ser útil ao correto exercício da jurisdição e conseqüente produção, no futuro, de resultados úteis e justos (fontes de prova ou bens suscetíveis de constringões, como a penhora)*⁴⁶.

Então, por exemplo, se existem provas de que o réu do processo está dissipando patrimônio, a fim de frustrar futura execução, defere-se o arresto. Se existe, ainda a título de exemplo, a necessidade de antecipar a produção de determinada prova, essencial ao deslinde da controvérsia, por esta correr risco de perecimento, determina-se a sua produção.

Veja que a dissipação do patrimônio dada no exemplo acima não compromete o direito de crédito exigido pelo autor, que permanece hígido, mas torna inefetivo o processo. Também, a morte de uma testemunha em estado terminal não compromete o direito da parte vindicado no processo, porém pode prejudicar na solução justa daquele.

Como bem observado por Humberto Theodoro Júnior, *não é suficiente ao ideal de justiça garantir a solução judicial para todos os conflitos; o que é imprescindível é que a solução seja efetivamente “justa”, isto é, apta, útil e eficaz,*

⁴⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil, vol. 2: processo cautelar (tutela de urgência). 4. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 25.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 27.

*para outorgar à parte a tutela prática a que tem direito, segundo a ordem jurídica vigente.*⁴⁷

Acerca da satisfação do direito referida anteriormente, tem-se que não se desconhece a massiva doutrina que permanece, ao nosso ver, com o vetusto entendimento de que a finalidade da tutela cautelar é de proteção ao processo e não ao direito.

É o caso do ilustre processualista Alexandre Freitas Câmara, que afirma não ser a tutela cautelar *uma tutela satisfativa de direito (isto é, uma tutela de urgência capaz de viabilizar a imediata realização prática do direito), mas uma tutela de urgência não satisfativa, destinada a proteger a capacidade do processo de produzir resultados úteis.*⁴⁸

Isto porque tutelar o processo tem por fim único tutelar o direito. O processo tem por fim o direito material, de modo que a proteção do primeiro apenas ocorre para a satisfação do segundo. Deferido o arresto e julgada procedente a ação de cobrança posteriormente, confirmando também o arresto, por exemplo, estará satisfeito o direito do autor com o leilão dos bens arrestados.

Mitidiero, ao realizar brilhante desconstrução e reconstrução do perfil estrutural da tutela cautelar, referiu a existência de *um vínculo de referibilidade entre a tutela do direito e a tutela da segurança do direito. Refere-se e reporta-se sempre à proteção do direito ao plano do direito material. O arresto, por exemplo, visa à proteção do direito à tutela ressarcitória.*⁴⁹

O Código de Processo Civil que entrou em vigor, para proteger o processo e consequentemente o direito, tratou, no art. 301, de forma exemplificativa alguns meios para efetivação da tutela cautelar (arresto, sequestro, arrolamento de bens etc.), deixando margem para o juízo utilizar-se de outros meios idôneos.

Embora não se façam mais presentes na atual codificação as cautelares típicas, como bem abordado por Elpídio Donizetti, *as medidas provisórias de urgência de natureza cautelar podem ser efetivadas mediante qualquer uma das medidas nominadas nos arts. 812 e seguintes do CPC/1973. Os nomes desapareceram do novo CPC, uma vez que não há requisito específico para esta ou*

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil – Processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência – vol II. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 530.

⁴⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 160.

⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 133.

*aquela medida – todas serão concedidas com base no poder geral de cautela -, mas a tutela permanece.*⁵⁰

Por fim, cumpre salientar que, dentro do modelo colaborativo de processo civil estabelecido pela novel legislação, tem-se que perfeitamente aplicável a fungibilidade aos casos em que o requerimento é realizado com a nomenclatura errada, ou seja, requerer providência de natureza cautelar quando é antecipada ou ao contrário.

Esta questão também é muito bem observada por Mitidero, ao afirmar que *pouco importa se a parte pediu antecipadamente tutela satisfativa quando era o caso de tutela cautelar ou se formulou pedido de tutela cautelar quando seria caso de requerer tutela satisfativa – há intertrocabilidade plena entre essas formas de tutela jurisdicional à luz dos arts. 305, parágrafo único, e 317, CPC. O que interessa para sua aplicação é que a parte alegue e prove os requisitos próprios à tutela adequada para a proteção de sua esfera jurídica.*⁵¹

4 TUTELA DA EVIDÊNCIA

A tutela da evidência está longe de ser uma novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, na medida em que já encontrava previsão, um pouco mais acanhada, no art. 273, II, da codificação anterior, ao dispor como requisito para concessão da tutela antecipada a necessidade de ficar *caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.*

A constatação também é feita por Marinoni, ao referir que *o Código de 2015, na linha do art. 273, II, do código de 1973, institui uma técnica processual destinada a viabilizar a tutela do direito do autor quando os fatos constitutivos do direito são incontroversos ou evidente e a defesa é infundada, e, portanto, quando o exercício da defesa pode ser visto como um abuso.*⁵²

O art. 311 do novel código tratou de distinguir em seu *caput* desde logo que a tutela da evidência independe da demonstração de perigo de dano ou ao resultado útil ao processo, bastando que esteja presente uma das situações previstas nos

⁵⁰ DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil. 20. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 436.

⁵¹ Op. cit. p. 190.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 66.

incisos: 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.

A tutela da evidência, como espécie da tutela provisória, nada mais é do que técnica antecipatória que visa a distribuir o ônus de tempo do processo, de modo a jogá-lo para o lado do direito menos provável. Como bem referido por Luiz Fux ao comentar as alterações do CPC, *nessas hipóteses em que uma parte ostenta direito evidente, não se revelaria justo, ao ângulo do princípio da isonomia, postergar a satisfação daquele que se apresenta no processo com melhor direito, calcado em prova inequívoca, favorecendo a parte que, ao menos prima facie, não tem razão.*⁵³

Veja que, no caso do inciso I, não é justo que o réu que abuse de seu direito de defesa e utilize o processo com o intuito meramente procrastinatório venha a ter o tempo intrínseco ao seu processo jogando ao seu favor. O inciso vem como um contraveneno àquele que age contrariamente a boa-fé e lealdade processual esperadas (art. 5º do CPC), com a consequente inversão do ônus do tempo do processo contra si.

A distinção entre abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório é que o primeiro ocorre dentro do processo, incluindo os atos procrastinatório realizados no caderno processual, enquanto que o segundo ocorre fora dos autos, como, por exemplo, a ocultação para citação, a doença simulada⁵⁴.

Em verdade, conforme leciona Mitidiero, o referido dispositivo deve ser lido como uma cláusula aberta, em que permite a concessão de tutela da evidência sempre que a defesa parte contrária, ante a potência dos argumentos e provas produzidas pelo autor, se afigure inconsistente.⁵⁵

⁵³ FUX, Luiz. O novo processo civil brasileiro – Direito em expectativa. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 18.

⁵⁴ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 704.

⁵⁵ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 160.

É a clássica situação em que o autor propõe a demanda com argumentos fortes e esteados em prova documental robusta e a parte contrária apresenta peça defensiva com a argumentos absolutamente genéricos e sem estar instruída com qualquer documento.

Claro, além desta inconsistência, também a penalização por qualquer manifestação protelatória realizada no processo, mediante a utilização de chicanas, como carga abusiva dos autos, apresentação de incidentes flagrantemente infundados etc.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira explicam o termo *“abuso de direito de defesa”* deve ser interpretado de forma ampla. *Abarca não só abusos e excessos cometidos pela via da contestação (defesa em sentido estrito), mas também em qualquer outra manifestação da parte – com, por exemplo, com a provocação infundada de incidentes processuais, pelo simples fato de suspenderem o processo, interposição de recursos protelatórios ou a solicitação desnecessária de oitiva de testemunha.*⁵⁶

Na maioria dos casos, no entanto, convém salientar, é difícil de caracterizar o abuso do direito de defesa ou a intenção protelatória do réu, até por haver a necessidade de análise à luz do art. 5º, LV, da Constituição Federal⁵⁷. Porém, como bem ensinou Sergio Sahione Fadel, *o contraste de tais critérios poderá ser aferido mediante conceitos ditados pelo senso comum, pela lógica e pela experiência advinda da vivência diária.*⁵⁸

Com relação ao inciso II dos requisitos configuradores da evidência, tem-se a necessidade de cumulação de que as alegações de fato possam ser comprovadas documentalmente e que a tese jurídica esteja fundada precedentes ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas dos tribunais superiores. Se depender, pois, de dilação probatória para a comprovação, não será possível a concessão da tutela.

Embora o dispositivo fale em “julgamentos de casos repetitivos”, a leitura correta é de precedentes, considerando o disposto nos arts. 976 a 987, que tratam

⁵⁶ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 705.

⁵⁷ ASSIS, Araken de. Doutrina e prática do processo civil contemporâneo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 415.

⁵⁸ FADEL, Sérgio Sahione. Antecipação da tutela no processo civil. São Paulo: Dialética, 1998, p. 31.

do incidente de resolução de demandas repetitivas, e 1.036 a 1.046, os quais regem o os recursos repetitivos.

A interpretação é dada por Mitidiero, cuja conclusão é que *o que o art. 311, II, autoriza, portanto, é a “tutela da evidência” no caso de haver precedente do STF ou STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Estes precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem não ter suas razões adequadamente retratadas em súmulas vinculantes.*⁵⁹

No que concerne ao inciso III, este veio para substituir o procedimento especial de depósito previsto no código anterior, tratando basicamente de disciplinar que estando documentalmente comprovado o depósito deverá a parte entregar a coisa (arts. 646 a 648 do CCB/02).

José Miguel Garcia Medida refere *que a hipótese é específica (relativa ao contrato de depósito), contentando-se a lei com a demonstração do fato constitutivo do direito do autor (por prova documental adequada), para a concessão da tutela de evidência.*⁶⁰

No que tange ao inciso IV, este é o caso em que a robustez da prova documental produzida pelo autor não é abalada pela produzida pelo réu. A prova, aqui, é documental, ou seja, poderá o réu posteriormente desfazer a pretensão autoral por meios de provas, mas irá, até assim o fazer, arcar com o ônus do tempo do processo, pela utilização da técnica da tutela de evidência.

Outrossim, em se tratando de tutela de evidência, não se pode deixar de referir que a sua concessão sempre será interinal no processo, de modo que não é possível a sua concessão em caráter antecedente (art. 294, § único), e apenas nos casos dos incisos II e II sua concessão poderá ocorrer liminarmente (art. 311, §, único).

Por fim, é de se consignar que não é possível confundir-se a tutela da evidência com julgamento parcial de mérito previsto nos arts. 354 e 355 do CPC, já que aquele é definitivo, enquanto esta é provisória, e tem aptidão para formação de coisa julgada material.

⁵⁹ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 160.

⁶⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 502

Como bem pontua Leonardo Greco, *a sentença, ainda que parcial, é definitiva, ou seja, esgota a jurisdição cognitiva de primeiro grau, não podendo ser revogada ou modificada.*⁶¹

5 TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA POR CONVENIÊNCIA PROCESSUAL

5.1 Justificativa

Os ilustres processualistas Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Cruz Arenhart fazem questão de salientar que o *juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder “tutela provisória”*⁶².

Não restam dúvidas de que o magistrado tem autonomia para a prolação de suas decisões⁶³, o que é ínsito ao exercício da sua função assimétrica (arts. 140 e 141 do CPC) e à própria independência da magistratura, imprescindível para *que se possa orientar no sentido da justiça, decidindo com eqüidade os conflitos de interesses*⁶⁴.

Porém, considerando que o tempo é ônus inerente ao processo e que teses jurídicas demandam período de maturação na jurisprudência, é de se refletir acerca da necessidade de que o magistrado, em determinados casos, nos quais não haja precedente formado, defira pedido de tutela provisória de urgência mesmo contra o seu próprio entendimento, inclusive em sede de sentença.

Para melhor se fazer entender, adotemos um caso paradigmático: súmula nº 312 do STJ⁶⁵ e REsp nº 109.215.4 – RS⁶⁶. Ambos os casos tratam da matéria de

⁶¹ GRECO, Leonardo. Desvendando o novo CPC / Darci Guimarães Ribeiro, Marco Félix Jobim, (organizadores) ; Alexandre Freitas Câmara... [et al]. 3. ed. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 236.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, e MITIDIERO, DANIEL. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.203.

⁶³ Deve, por óbvio, decidir em conformidade com o direito (art. 140 e § único, do CPC), observar os elementos essenciais e a necessária fundamentação (art. 489 e segs., do CPC) e respeitando os precedentes (art. 927 do CPC).

⁶⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 46.

⁶⁵ BRASIL. STJ - Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 312**. No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração. Brasília, 11 maio 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 19 set. 2016.

⁶⁶ BRASIL. STJ - Superior Tribunal de Justiça. (1. Seção). **Recurso Especial n. 109.215.4 – RS (2008/0214680-4)**. Recorrentes: Irineu Koswoski e outros. Recorrido: Município de São Leopoldo. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 12 ago. 2009. Disponível em:

trânsito. No caso do enunciado de súmula, restou pacificada a necessidade de dupla notificação (concessão do direito de defesa e a oportunização de recurso) no processo administrativo de imposição de multa de trânsito, enquanto que no do julgado repetitivo restou estabelecida a impossibilidade de reinício daquele quando não emitida, no prazo de 30 (trinta) dias, a notificação para apresentação de defesa.

Estas discussões tiveram início no ano de 1997, com a entrada em vigor do Código de Trânsito Brasileiro, enquanto que o enunciado foi editado no ano de 2005 e o julgamento do REsp se deu em 2009. Até a pacificação, oito anos do início de uma discussão e doze em relação à outra.

É evidente que precederam a estes julgamentos uma enxurrada de ações no Poder Judiciário, e estas, por óbvio, com pedido de tutela antecipada, objetivando a suspensão dos procedimentos administrativos. Daí, questiona-se: E os inúmeros motoristas que não tiveram as tutelas provisórias deferidas? E os que dependiam do direito de dirigir para o sustento de suas famílias⁶⁷? Adiantou o êxito ao final? Absolutamente nada, pois já haviam cumprido a penalidade e, em muitos casos, até mesmo experimentado o infortúnio do desemprego.

A solução parecia muito simples no caso em liça, e que pode se adequar a outros, conforme a situação apresentada: deveria ser deferido o pedido de tutela provisória, no sentido de suspender os efeitos da multa para fins de instauração do processo administrativo de suspensão do direito de dirigir, mesmo que de forma contrária ao entendimento particular do magistrado, máxime, e isto é fundamental para assegurar o equilíbrio, pela inexistência de prejuízo à outra parte.

Pois bem. Na atual fase, é imperativo encararmos o processo como um efetivo instrumento de justiça⁶⁸, preocupado com a satisfação do direito material e conduzido com o cuidado de que o formalismo não aniquile àquele, como advertia o mestre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁶⁹.

<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200802146804&dt_publicacao=31/08/2009>. Acesso em: 19 set. 2017.

⁶⁷ O trânsito em julgado do processo administrativo de imposição de multa de trânsito dá início ao processo administrativo de suspensão ou de cassação do direito de dirigir, podendo culminar numa penalidade de restrição, no caso de suspensão, de até um ano e de até dois anos, no caso de cassação, conforme art.

⁶⁸ ASSIS, Araken de. Doutrina e prática do processo civil contemporâneo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 23.

⁶⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev., atual. e aumentada – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 243.

E esta prestação jurisdicional deve ocorrer de forma efetiva (princípio da efetividade, art. 4º do CPC), *de sorte a não simplesmente assegurar a composição do litígio e a reparação do dano que o titular do direito lesado suportou, mas a proporcionar a melhor e mais rápida e objetiva concretização do direito da parte que tem razão*⁷⁰.

Falando em prestação jurisdicional, aliás, não podemos nos descuidar de que a novel legislação processual tratou de colocar sobre os ombros do magistrado também a obrigação de velar pela efetividade do processo judicial (arts. 139, II, IV e V, do CPC), não bastando pura e simples prolação de decisão para se desincumbir de sua missão nos autos.

Teori Albino Zavascki assinala que o direito fundamental à efetividade do processo *compreende, em suma, não apenas o direito de provocar atuação do Estado, mas também e principalmente de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos*⁷¹.

Assim, não há dúvidas de que o processo se volta à satisfação do direito material, e que tal deve ocorrer de forma tempestiva e efetiva, devendo o magistrado velar por isto.

Daí por que, num caso em que não exista prejuízo efetivo para a parte ré, exista dano, perigo de dano ou ao resultado útil do processo e esteja o feito devidamente amparado com a prova necessária, é de se questionar acerca da necessidade de que o magistrado, mediante uma visão global do processo e análise de perspectiva futura, defira este pedido.

O processo pode frequentar três instâncias (primeiro grau, tribunal regional e cortes superiores⁷²), do que deve o magistrado ter plena consciência, ou seja, o processo não termina por ali – ou melhor, sim, se não concedida a tutela antecipada -. Tendo isto em mente, deve ter consciência de que existe possibilidade de modificação da decisão por ele proferida, especialmente em matérias que geram divergência na doutrina, no engatinhar da jurisprudência, enfim, na comunidade jurídica.

⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência – vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 701

⁷¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 64.

⁷² Aqui, ainda, existe a possibilidade de a matéria ser analisada tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelo Supremo Tribunal Federal.

Esta aferição, máxime com as múltiplas formas de comunicação decorrentes da tecnologia, é facilmente detectada em determinadas matérias: se a administração pública começa a aplicar multas de trânsito sem notificação para apresentação de defesa, se há a cobrança de determinada taxa, enfim, inúmeras são as situações que se pode imaginar a ocorrência no direito material, e que logo em seguida já irão gerar discussão dentro da comunidade jurídica.

Então, se pode ser modificada e consegue este vislumbrar isto, somando-se ao que foi dito antes, o magistrado deve levar em consideração a necessidade de condução do processo à luz do princípio da proporcionalidade (art. 8º do CPC), a fim de ponderar o dano que está sofrendo ou vai sofrer o autor, a absoluta ausência de prejuízos à parte ré e o tempo do processo, que pode apenas prejudicar uma das partes.

Athos Gusmão Carneiro preconizava a necessidade de observância do referido princípio, ao aduzir que *tudo aconselha ao magistrado a prudentemente perquirir sobre o “fumus boni iuris”, sobre o “periculum in mora” e também sobre a proporcionalidade entre o dano invocado pelo impetrante e o dano que poderá sofrer o impetrado (ou, de modo geral, o réu em ações cautelares)*⁷³.

Aliás, falando em proporcionalidade e ônus do tempo, necessário lembrar a necessidade distribuição isonômica defendida por Luiz Guilherme Marinoni, constatando que *concretiza-se o princípio de que a demora do processo não pode prejudicar o autor que tem razão e, mais do que isso, restaura-se a idéia – que foi apagada pelo cientificismo de que uma teoria distante do direito material – de que o tempo do processo não pode ser um ônus suportado unicamente pelo autor*⁷⁴.

Ora, nos casos excepcionais trabalhados, seria proporcional o enfrentamento de um processo, com seu tempo fisiológico e patológico, com as partes em paridade de status, equilibrando-se a situação, não apenas com o autor suportando o prejuízo, quando esta desnecessidade não traga qualquer implicação ao réu.

E a forma de fazer isto é mediante a concessão da tutela provisória de urgência, inclusive em sede de sentença (art. 1.012, V, do CPC), mesmo que esta seja de improcedência do pedido, mediante uma análise da probabilidade de direito

⁷³ CARNEIRO, Athos Gusmão. Da antecipação de tutela no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 63-64.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2006. p. 31

sob o prisma da possibilidade de reforma e procedência futura do pedido, com a extensão da provisoriedade até o trânsito em julgado.

Com relação ao trânsito em julgado, não se pode descurar de que o magistrado pode muito bem, em casos excepcionais, mesmo após julgar improcedente o pedido, manter a sobrevivência da tutela antecipada concedida, a fim de evitar que aquela acarrete em prejuízo ao direito material da parte autora.

Esta sobrevivência também é defendida por Daniel Mitidiero, que entende pela *possibilidade de determinados provimentos sumários sobreviverem excepcionalmente – tendo em conta a possibilidade de o perigo da demora solapar a própria existência do direito de modo irreversível – à prolação de provimentos fundados em cognição exauriente contrários*⁷⁵.

Ovídio Araújo Baptista da Silva também defendia esta possibilidade, referindo que *se estivermos em presença de uma medida provisional satisfativa, será possível invocar a solução proposta por CARNELUTTI, de que a duração da medida antecipatória prolongue-se até o trânsito em julgado da sentença antecipada, partindo-se da ideia de que a função provisiona é realizar uma “sistemazione provvisoria della lite” durante o processo*⁷⁶.

Ao nosso ver, a solução para o problema enfrentado, como será abordado na sequência, já está no próprio Código de Processo Civil, mesmo que, a toda evidência, seja recomendável a alteração no texto da legislação para evitar maiores discussões acerca da possibilidade ou impossibilidade de tal concessão.

No caso, criada estaria uma nova subespécie de tutela provisória de urgência, que pode ser denominada de Tutela Provisória Antecipada Por Conveniência Processual, já que sua finalidade é justamente assegurar que, ao término do processo, após todo debate e decisões acerca da matéria posta, o autor, em sendo vencedor, possa desfrutar da tutela jurisdicional, sem a necessidade de conversão para tutela do equivalente monetário.

5.2 Natureza

⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 116.

⁷⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência), volume 3. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 175

A tutela provisória por conveniência processual, não há dúvidas, tem natureza satisfativa e não cautelar, já que alcança de imediato o bem da vida ao requerente.

Mitidiero, ao explicar a diferenciação entre tutela cautelar e tutela antecipada, analisa a questão sob o enfoque do direito material posto, aduzindo que se o interesse for pela satisfação imediata do direito estar-se-á diante de tutela antecipada, enquanto que, se a parte quiser assegurar o direito à realização futura, a tutela será cautelar.⁷⁷

Embora a tutela antecipada por conveniência processual também tenha por finalidade a segurança da tutela do direito, já que seu próprio nome diz que será concedida pela conveniência ao processo, ou seja, para a assegurar a utilidade daquele, a sua consequência imediata é a tutela do direito.

Ou seja, concede-se o bem da vida pleiteado ao requerente, a fim de que, satisfazendo o direito imediatamente, sem esgotar o objeto da ação, seja também assegurado que, ao final, se julgado procedente o pedido formulado, será efetivamente gozado o direito alcançado.

Logo, a tutela provisória por conveniência processual tutela o direito para ter segurança a tutela futura do direito, de modo que sua natureza é de tutela satisfativa.

5.3 Requisitos para concessão

A tutela provisória por conveniência, embora não devidamente denominada dentro do Código de Processo Civil, pode ter nele encontrado seus três requisitos, a saber, probabilidade de direito, inexistência de prejuízo à contraparte e perigo de dano ou de ilícito e risco ao resultado útil do processo.

A probabilidade de direito é requisito essencial para a utilização da técnica da tutela antecipada satisfativa, pois o fito desta é justamente a inversão do ônus do tempo do processo, deixando o prejuízo a ser suportado ao lado daquele que tem o direito menos provável.

Não fosse a probabilidade de direito, evidentemente que a tutela antecipada satisfativa não teria qualquer sentido, já que não há qualquer sentido em deixar

⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 164.

aquele que não tem a menor possibilidade de êxito no processo fruindo do direito que certamente não será concedido ao final.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira entendem *que o que importa é que, de uma forma geral, o juiz se convença suficientemente de que são prováveis as chances de vitória da parte e apresente claramente as razões da formação do seu convencimento.*⁷⁸

Ocorre é que o requisito da probabilidade de direito, o que é muito comum, não pode ser sempre analisado pelo magistrado ou órgão julgador apenas como uma probabilidade do que ele entenderá no futuro, o que, naquele momento, para ele, é tido como de provável acolhimento por ele no futuro.

Esta pode ser a regra, até porque a maioria dos processos exige isto do magistrado e não dá margem para a visão do requisito em outra perspectiva. Contudo, esta regra comporta exceção e que apenas pode ser viabilizada por outro requisito que deve estar preenchido para a concessão da tutela provisória antecipada por conveniência processual: a inexistência de dano reverso para a contraparte.

A exceção diz respeito à análise do requisito da probabilidade do direito mediante, primeiramente, uma visão global de processo, ou seja, com os olhos voltados pelo magistrado não apenas para o processo em seu gabinete, como se fosse terminado ali, mas com a compreensão de que o processo tem todo um caminho que pode ser percorrido dentro do Poder Judiciário como um todo e através das mais diversas modalidades de recursos postos à disposição das partes.

Num segundo momento, o requisito da probabilidade de direito deve ser analisado numa perspectiva futura da tese jurídica trabalhada, no sentido de que o magistrado se aperceba de que aquilo que está sendo sustentado, embora não conte com o seu entendimento, pode vir a contar com o entendimento de outros magistrados que venham a julgar o processo futuramente, acolhendo a pretensão.

E para isto, cumpre salientar, embora mais complexo, não é possível apenas nos casos em que há discussão jurisprudencial e/ou doutrinária, mas também nos que o próprio magistrado consiga aferir que outros possa vislumbrar plausibilidade jurídica naquela tese.

⁷⁸ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 677.

Então, para início de análise da tutela provisória por conveniência processual, é de se ter em mente que a sua concessão tem como requisito o da probabilidade de direito, o mesmo que está lá no art. 300, *caput*, do CPC, porém analisado numa visão global de processo e perspectiva futura da tese jurídica lançada.

Esta análise, como já adiantado linhas acima, apenas legitima-se ante a presença de outro requisito: o da inexistência de prejuízo à contraparte. É esta inexistência que vai possibilitar ao magistrado deferir a tutela provisória de urgência por conveniência processual, mediante a utilização da visão supramencionada sobre o requisito da probabilidade de direito.

É que a regra é de que o juízo, em existindo prejuízo à parte adversa na concessão da tutela antecipada, analise o requisito da probabilidade de acordo com o seu entendimento, claro, observando a prova produzida, a legislação vigente e os precedentes existentes.

Não há lógica em lançar mão da referida análise do requisito da probabilidade em caso de prejuízo da contraparte, sob pena de beneficiar apenas o autor. A ideia desta subespécie de tutela de urgência não é apenas de inverter o ônus do tempo do processo – isto acontece, inegavelmente, com a sua concessão -, mas de tonar o processo paritário no que a ele concerne (art. 7º do CPC).

Se não há prejuízo a ser suportado pelo réu, mas existe prejuízo pelo autor, existe a necessidade de que o requisito da probabilidade de direito seja analisado sob o enfoque acima referido, fazendo que o processo efetivamente, ao final, atinja seu fim, que é o de prestar a jurisdição de forma justa.

O referido requisito, embora o ideal fosse que estivesse expresso no Código de Processo Civil, pode ser extraído da própria finalidade da tutela provisória e, sobretudo, do processo, especialmente quando assegura o art. 4º do CPC o direito da parte de *obter solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*.

Aliás, não é difícil notar sua presença se invocada a razoabilidade, empregando-a como *diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir*.⁷⁹

⁷⁹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 195

Contudo, antes de qualquer discussão acerca desta possibilidade, urge a necessidade de conscientização dos juízes de que devem colocar de lado suas vaidades e ver que seu poder não é ilimitado, podendo muito bem ser seu entendimento futuramente alterado por órgão superior ou até mesmo ele próprio pode curvar-se à novel entendimento.

Na Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública do Estado do Rio Grande do Sul, conforme depreende-se do julgamento do agravo de instrumento nº 71006046163, este sensível posicionamento vem sendo adotado em casos de discussão de processo administrativo de suspensão do direito de dirigir, entendendo-se que *A situação posta nos autos demonstra a necessidade do sobrestamento postulado, sob pena tornar ineficaz o provimento jurisdicional pretendido, uma vez que, mantida a suspensão do direito de dirigir do autor, afigura-se provável que, ao fim do processo, já tenha ele integralmente cumprido a penalidade imposta e que ora se discute.*⁸⁰

Por fim, exaurido os dois primeiros requisitos, no que tange aos outros dois, o do perigo de dano ou ilícito e do risco ao resultado útil do processo, analisados à saciedade quando abordada a tutela de urgência, tem-se que ambos também devem estar presente para o deferimento da medida.

Não basta apenas a existência dos requisitos da probabilidade de direito e da inexistência de prejuízo à parte contrária, mas também a existência de urgência na concessão da medida, sob pena de não justificar-se a tutela de forma provisória do direito reclamado.

Então, perfeitamente possível é a concessão da tutela antecipada de urgência por conveniência processual, mediante o preenchimento dos requisitos acima referidos, como forma, no que tange ao tempo do processo, de tratamento igualitário das partes, assegurando ao destinatário, em caso de acolhimento de sua pretensão, a efetiva satisfação do direito alcançado.

6 CONCLUSÃO

⁸⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 71006046163**. Recorrente: Vilson Pinto de Camargo. Recorridos: Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN/RS e Loacyr Jona Ferreira. Relatora: Juíza Débora Coletto Assumpção de Moraes. Porto Alegre, 26 ago. 2060. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 19 set. 2017.

O breve ensaio realizado não tem por fim esgotar a matéria; pelo contrário, o espaço proporcionado é curto para a realização de análise mais aprofundada, mas o suficiente para, no mínimo, chamar a atenção para a essencialidade da concessão da tutela provisória de urgência, mesmo que contrária ao entendimento do magistrado, em determinados casos que não causem prejuízo ao réu, aqui denominada de tutela por conveniência processual.

Como visto ao longo do presente trabalho, a antecipação da tutela pode ser um *tudo ou nada* para o autor e a sua não concessão pode importar, no caso de procedência ao final, uma declaração de absoluta ineficiência do estado e, parafraseando Rui Barbosa, a produção de injustiça qualificada.

Ora, se o processo deve ter por fim o direito material, deve ser prestada a jurisdição de forma efetiva e tempestiva, e tudo isto não é um problema apenas das partes, mas também do magistrado, é necessário que este, ao se deparar com o problema que lhe é apresentado, o faça numa perspectiva processual futura e com visão global do processo.

Se determinada situação, como a apresentada no presente trabalho, for ao juízo, não havendo qualquer prejuízo para a parte ré, mas apenas ao autor, deve ele, se desfazendo de sua vaidade, conceder a tutela antecipada como forma de resguardar que futuro julgamento de procedência do pedido seja efetivo.

Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, ao abordarem o tema da tutela jurisdicional e de tutela de direito, de forma simples e clara aduzem que a *tutela jurisdicional pode se valer de técnicas processuais para consecução da tutela do direito*⁸¹.

A concessão não importa, pois, em perda de autonomia do magistrado. Isto importa, na verdade, em obediência aos fins do processo civil, que é de tutelar direito de forma efetiva, através da utilização de técnica processual posta à disposição para tanto.

E não se pode pura e simplesmente defender que o jurisdicionado tem direito de interposição de recurso de agravo de instrumento contra a decisão que indefere o pedido de antecipação da tutela, pois não raras vezes ocorre a negativa de provimento ao recurso e, futuramente, no julgamento do recurso de apelação, passada a jurisprudência pelo período de maturação, há o seu provimento.

⁸¹ MITIDIERO, Daniel, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Curso de Processo Civil: volume 2: processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 154.

Esta observância, ademais, deve ser realizada pelo tribunal e pelas cortes superiores também, sempre nesta perspectiva, de possibilidade de superação do próprio entendimento, mantendo o jurisdicionado afastado do prejuízo até que efetivamente exista um posicionamento definitivo acerca de sua situação, com a formação da coisa julgada.

Assim, se há recurso de agravo de instrumento, deve o desembargador deferir o pedido; se há pedido preliminar em recurso de apelação, deve também o deferir; se há pedido incidente no recurso especial ou extraordinário, deve o ministro também assim o fazer, mesmo que depois venha a negar provimento ao recurso.

O que não se pode mais admitir é que o magistrado tenha o pensamento de *é do jogo, azar é do goleiro*. Se futuramente for superado seu posicionamento, paciência, que busque a parte a respectiva indenização. Isto é incompatível com os fins do processo, devendo este pensamento ser guardado para os casos em que efetivamente a concessão da medida traga prejuízos também ao réu e o magistrado, ao avaliar o caso de acordo com o seu entendimento, indefira o pedido formulado.

Portanto, impende que, nos casos em que exista prejuízo apenas ao autor na não concessão da medida antecipatória, através de uma distribuição isonômica do tempo do processo, deve a mesma ser deferida pelo magistrado, mesmo que o entendimento acerca da matéria seja contrário, a fim de assegurar um processo justo, efetivo e tempestivo.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 23.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 19 set. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 19 set. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 19 set. 2017.

BRASIL. STJ - Superior Tribunal de Justiça. (1. Seção). **Recurso Especial n. 109.215.4 – RS (2008/0214680-4)**. Recorrentes: Irineu Koswoski e outros. Recorrido: Município de São Leopoldo. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 12 ago. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200802146804&dt_publicacao=31/08/2009>. Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. STJ - Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 312**. No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração. Brasília, 11 maio 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 19 set. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinnella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**, 1. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação da tutela no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tutela antecipada na reforma processual: antecipação de tutela na ação de reparação do dano**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17 ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 20. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

FADEL, Sérgio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. São Paulo: Dialética, 1998.

FUX, Luiz. **O novo processo civil brasileiro – Direito em expectativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRECO, Leonardo. **Desvendando o novo CPC** / Darci Guimarães Ribeiro, Marco Félix Jobim, (organizadores) ; Alexandre Freitas Câmara... [et al]. 3. ed. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, e MITIDIERO, DANIEL. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz (Org.), **Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul: sessenta anos de existência**. Porto Alegre, IARGS, 1986.

MEDINA, José Miguel Garcia, ARAÚJO, Fábio Caldas de, GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos cautelares e especiais: ações coletivas, ações constitucionais, jurisdição...** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Curso de Processo Civil: volume 2: processo de conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2012.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. rev., atual. e aumentada – São Paulo: Saraiva, 2010.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência. Do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais, 2015. – (Coleção Liebman / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini).

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 71006046163**. Recorrente: Vilson Pinto de Camargo. Recorridos: Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN/RS e Loacyr Jona Ferreira. Relatora: Juíza Débora Coleto Assumpção de Moraes. Porto Alegre, 26 ago. 2060. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 19 set. 2017.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil, vol. 2: processo cautelar (tutela de urgência)**. 4. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência), volume 3**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência – vol. II**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.