

Jaqueline Mielke Silva

A Tutela Provisória no Novo Código de Processo Civil

3ª EDIÇÃO
Revista e Atualizada



CATALOGAÇÃO NA FONTE

S586t

Silva, Jaqueline Mielke

A tutela provisória no novo Código de Processo Civil / Jaqueline Mielke Silva. — 3. ed. Revista e atualizada.

— Porto Alegre : Verbo Jurídico, 2017.

308 p. : 23cm.

ISBN: 978-85-7699-529-6

1. Direito Processual Civil - Brasil. 2. Código de Processo Cível – Brasil. 3. Tutela Provisória (Direito Civil).

I. Título.

CDD: 341.46

Bibliotecário Responsável

Ginamara de Oliveira Lima - CRB 10/1204

Editoração e projeto de capa: Daniel Scheer

CONSELHO EDITORIAL

André Karam Trindade - IMED

Ângela de Araújo Espíndola - UFSM/IMED

Elaine Harzheim Macedo - PUC/RS

Jaqueline Mielke Silva - IMED

José Tadeu Neves Xavier - FMP

Sérgio Ricardo Fernandes Aquino - IMED



Porto Alegre, RS

Av. Ipiranga, 2899

(51) 3076-8686

São Paulo, SP

Av. Paulista, 1.159 - conj. 411

Fone: (11) 3266-2724

Curitiba, PR

Rua Cândido de Abreu, 526 - Sala 611 B

Fone: (41) 3023.3063

Brasília, DF

Sig. Qd. 06 Lt. 2380/2390 Ed. Office 300 - Sl. 116

Fone: (61) 3208.6262

verbojuridico@verbojuridico.com.br

www.verbojuridico.com.br

SUMÁRIO

PARTE 1

A TUTELA PROVISÓRIA PREVISTA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA CRÍTICA 19

CAPÍTULO I

TEORIA GERAL DA TUTELA PROVISÓRIA 21

1. Classificações no âmbito da tutela provisória.....	23
2. Distinções entre a tutela de urgência cautelar e a tutela de urgência antecipada.....	25
2.1. Principais características da tutela cautelar na concepção de Piero CALAMANDREI	25
2.1.1. A instrumentalidade como nota característica da tutela cautelar	25
2.1.2. A provisoriedade como característica da tutela cautelar	27
2.1.3. <i>Periculum in mora</i>	29
2.2 A adoção da concepção da tutela cautelar de Piero CALAMANDREI pelo CPC/73.....	30
2.3. A adoção da concepção de tutela cautelar de Piero CALAMANDREI pelo NCPC	31
2.4. Principais características da tutela cautelar para Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA	32
2.4.1. A ação que veicula a tutela cautelar como modalidade de tutela preventiva.....	32
2.4.2. A situação cautelanda como pressuposto da tutela cautelar	34
2.4.3. A temporariedade como característica essencial da tutela cautelar	35
2.4.4. A iminência de dano irreparável	38
2.4.5. A sumariedade da cognição.....	40
2.4.6. Segurança da execução e execução para segurança	42
2.5. Distinções entre tutela cautelar e tutela antecipada a partir da teoria de Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA	42
2.6. O paradoxo do CPC/73 e do NCPC	44
2.7. Fungibilidade entre medidas urgentes no CPC/73	45
2.7.1. Posicionamentos pela (in) fungibilidade entre medidas cautelares e medidas antecipatórias	45

2.7.2. Posicionamentos pela fungibilidade entre medidas urgentes	46
2.7.3. A fungibilidade entre tutela de urgência cautelar e tutela de urgência antecipada no NCPC	48
3. A técnica processual da antecipação de tutela adotada pelo Direito Italiano.....	49
4. A tutela provisória no novo Código de Processo Civil a partir de uma perspectiva crítica: o equívoco do legislador ao se referir à tutela cautelar como espécie do gênero tutela provisória.....	52
5. Formas de requerimento da tutela provisória	54
6. Competência para o processamento do pedido de tutela provisória	55
6.1. Competência e prevenção do juízo	58
6.2. Medidas provisórias e juízo arbitral	58
6.3. Competência internacional e medidas provisórias.....	59
7. Procedimentos em que a tutela provisória é admitida	60
8. Requerimento de tutela provisória.....	60
9. Revogação/modificação da tutela provisória (de urgência ou de evidência).....	61
10. Fundamentação da decisão que concede/nega a tutela provisória.....	65
11. Tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública	67
11.1. Considerações iniciais	67
11.2. Normas proibitivas de medidas provisória em face da Fazenda Pública	67

CAPÍTULO II

TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR E TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA: DISPOSIÇÕES GERAIS..... 71

1.Requisitos necessários à concessão da tutela de urgência antecipada/cautelar	73
1.1. Requisitos gerais da tutela de urgência provisória (antecipada/cautelar).....	73
1.1.1. Probabilidade do direito.....	73
1.1.2. Perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo	74

A Tutela Provisória no Novo Código de Processo Civil - 3ª Edição

1.1.2.1. Incompatibilidade do perigo de dano com a tutela de urgência que tenha por objeto obrigação de fazer/não fazer	75
1.2. Requisito específico da tutela de urgência antecipada	76
1.2.1. Reversibilidade do provimento	76
1.2.2. A tutela provisória de urgência antecipada que tenha por objeto direitos fundamentais e a incompatibilidade do requisito reversibilidade	78
2. Requerimento e concessão dos provimentos urgentes (antecipatórios/cautelares)	88
2.1. Provimentos urgentes concedidos <i>inaudita altera parte</i>	88
2.2. Provimentos urgentes concedidos mediante audiência de justificação prévia	92
2.3. Provimentos urgentes concedidos mediante a ouvida da parte contrária	92
3. Momento para o deferimento/indeferimento do provimento provisório (antecipado/cautelar)	93
4. Caução contracautela	95
5. Caução substitutiva	97
6. Responsabilidade civil decorrente da concessão de provimentos urgentes (antecipatórios/cautelares)	98

CAPÍTULO III**TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA 103**

1. A tutela de urgência antecipada e a tentativa de superação do paradigma racionalista no Direito Processual Civil brasileiro	105
1.1. Considerações iniciais	105
1.2. A crise do processo de conhecimento	107
2. Natureza da decisão que conceder/negar a tutela de urgência antecipada	109
3. Legitimação para requerer a tutela de urgência antecipada	112
4. Efeitos passíveis de serem antecipados	113
5. Da tutela antecipada requerida em caráter incidente	117
6. Da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente	117

6.1. Requisitos da petição inicial.....	117
6.2. Deferimento da tutela antecipada e aditamento da petição inicial	118
6.3. Indeferimento da tutela antecipada.....	118
6.4. Não interposição de recurso da decisão que deferir a tutela antecipada e estabilização do provimento	119
6.4.1. Pressupostos para a estabilização da decisão que conceder a tutela antecipada.....	121
6.4.2. Ação autônoma com pedido de revisão, reforma, ou invalidação da decisão estabilizada.....	124
6.4.3. Coisa julgada e estabilização da tutela satisfativa antecedente	125
6.4.4. Estabilização da tutela antecipada e intervenção obrigatória do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica	125

CAPÍTULO IV

TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR..... 127

1. Tutela de urgência cautelar incidente ou antecedente	129
2. Autonomia cautelar.....	129
3. Mérito cautelar.....	130
4. Requisitos da petição inicial	132
5. Liminar cautelar	135
5.1. Liminar concedida por juiz incompetente	137
5.2. Recurso cabível contra a decisão que concede/indefere pedido de liminar cautelar	138
6. Citação e resposta do réu	138
7. Arguição de incompetência, suspeição e impedimento.....	139
8. Reconvenção	139
9. Contestação	140
10. Prazo e contagem	140
11. Não apresentação de contestação à lide cautelar	140

A Tutela Provisória no Novo Código de Processo Civil - 3ª Edição

12. Prosseguimento do procedimento quando for apresentada contestação	141
12.1. Réplica à contestação à lide cautelar	141
12.2. Intervenção de terceiros e litisconsórcio	141
13. Do pedido principal	142
13.1. Efetivação da medida cautelar e contagem do prazo de 30 dias para a formulação do principal	145
13.2. Natureza do prazo para a formulação do principal	147
13.3. Indeferimento da tutela cautelar e formulação do pedido principal	147
13.4. Consequência se o autor não deduzir o pedido principal em 30 dias	148
13.5. Hipóteses em que a não formulação do pedido principal não acarreta perda da eficácia da medida cautelar	148
14. Prosseguimento do procedimento após a apresentação do pedido principal	149
15. Natureza da sentença que julgar a lide cautelar e a lide principal	152
16. Coisa julgada das sentenças prolatadas nos procedimentos que tenham por objeto a tutela cautelar antecedente	153
17. Cessação da eficácia da tutela cautelar concedida em caráter antecedente	155

CAPÍTULO V**TUTELA DE EVIDÊNCIA** 157

1. A influência de Luiz FUX na positivação da tutela de evidência no NCPC	159
2. Natureza da tutela de evidência no NCPC	159
3. Procedimentos nos quais a tutela de evidência pode ser deferida	160
4. Modalidades de tutela de evidência	160
4.1. Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu	161
4.2. As alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalment e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante	163
4.3. Se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequado do contrato de depósito caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa	165

4.4. 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.....	166
5. Processamento da tutela de evidência	168
5.1. Da aplicação das disposições gerais referentes à tutela provisórias	168
5.2. Da aplicação subsidiária das disposições específicas da tutela de urgência antecipada	168

PARTE 2

A EFETIVAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA171

CAPÍTULO VI

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA173

1. A tutela provisória e os valores constitucionais conflitantes.....	175
1.1. Evolução dos Direitos Fundamentais.....	175
1.1.1. Direitos fundamentais de primeira dimensão.....	178
1.1.2. Os direitos econômicos, sociais e culturais da segunda dimensão	179
1.1.3. Direitos de solidariedade e fraternidade de terceira dimensão	181
1.1.4. Os direitos fundamentais de quarta dimensão.....	182
2. O problema da concretização dos direitos fundamentais.....	183
2.1. A relação entre constituição/processo - em busca de uma nova dimensão para o direito processual civil na pós-modernidade.....	185
2.1.1.2 O princípio da proporcionalidade como forma de garantir a efetivação de direitos fundamentais.....	188
2.1.1.3. Princípio da proporcionalidade em sentido estrito... ..	190
2.1.2. Princípio da conformidade ou adequação dos meios (geeignetheit):.....	192
2.1.3. Princípio da necessidade (erforderlichkeit):	192
2.2. O princípio da proporcionalidade no Direito Processual Civil Brasileiro como forma de garantir a efetivação de direitos fundamentais.....	193
2.2.1. A proteção aos direitos fundamentais através da teoria do agir comunicativo.....	196
2.2.2. Justiça e legislação: sobre o papel e a legitimidade da jurisdição constitucional	203

CAPÍTULO VII**A TUTELA PROVISÓRIA E O NECESSÁRIO****RECONHECIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL****À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E TEMPESTIVA.....211**

1. O Direito Processual Civil como instrumento de realização de direitos fundamentais no Estado Social e Democrático de Direito.....	213
1.1. A dupla dimensão dos direitos fundamentais	213
1.1.1. A perspectiva subjetiva	213
1.1.2. A perspectiva objetiva	215
1.2. A relevância da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Processual Civil.....	218
2. A tutela provisória e o direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva dos direitos fundamentais	219
2.1. A duração do processo dentro de um prazo razoável como direito fundamental	225
3. As técnicas adotadas no NCPC para a efetivação dos provimentos jurisdicionais provisórios ou definitivos.....	228
3.1. Provimentos jurisdicionais que tenham por objeto obrigação de fazer/não fazer	229
3.1.1. A tutela das obrigações de fazer e não fazer no Código de Processo Civil de 1973: a influência do modelo de jurisdição de Giuseppe CHIOVENDA.....	229
3.1.2. A tutela específica (definitiva ou provisória) para o cumprimento de obrigações de fazer/não fazer no NCPC	235
3.1.3. Natureza da ação que tenha por objeto obrigação de fazer/não fazer a partir do disposto no artigo 536 do NCPC	236
3.1.4. Impossibilidade material da execução específica	237
3.1.5. Fixação de multa (<i>astreintes</i>)	238
3.1.5.1. Valor da multa	238
3.1.5.2. Modificação do valor da multa	238
3.1.5.3. Beneficiário das <i>astreintes</i>	238
3.1.5.4. Execução provisória do valor fixado a título de <i>astreintes</i>	238
3.1.5.5. Reversão do provimento que tiver ensejado a imposição de <i>astreintes</i> , em razão do julgamento de eventual recurso que estava pendente de ser apreciado	239
3.1.6. Crime de desobediência pelo descumprimento de ordem judicial.....	239
3.1.6.1. Sanções para as diversas modalidades de <i>contempt of court</i>	241
3.1.6.1.1. Prisão	241
3.1.6.1.2. Perda dos direitos processuais	242
3.1.6.1.3. Sequestro	243

CAPÍTULO I - A Teoria Geral da Tutela Provisória

3.2. Provimentos jurisdicionais que tenham por objeto a entrega de coisa certa/incerta	243
3.3. Provimentos jurisdicionais que tenham por objeto obrigação para pagamento de quantia certa	243
3.3.1. Cumprimento provisório dos provimentos que tenham por objeto obrigação para pagamento de acordo com a técnica da expropriação	243
3.3.2. Críticas à opção legislativa pela expropriação com técnica para o cumprimento de provimentos que tenham por objeto obrigação para pagamento	247

CAPÍTULO VIII**A CRISE DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL****CONTEMPORÂNEO NA PÓS-MODERNIDADE E****A INSUFICIÊNCIA DA TUTELA PROVISÓRIA POSITIVADA****NO NCPC PARA A SOLUÇÃO DE NOVOS CONFLITOS.....251**

1. A racionalidade científica da modernidade.....	253
2. O progresso do mundo contemporâneo e a insuficiência da teoria jurídica originária da modernidade	258
3. O tempo na sociedade globalizada: a necessidade de adequação do Direito Processual Civil à realidade contemporânea	264
4. A atividade jurisdicional como ato de criação: A superação da ideia do “juiz boca da lei”	269
5. A comunicação entre o Direito Processual Civil e o mundo da vida: Realidade Social x Instrumentalidade	276
6. A necessidade de redimensionar a tutela provisória.....	283
6.1. A tutela provisória no sistema legislativo brasileiro e a necessidade de superação do modelo anacrônico de processo.....	283
6.2. A necessidade de desvinculação da tutela de urgência ao cumprimento de sentenças que tenham por objeto obrigação para pagamento: a adoção da sistemática prevista para sentenças mandamentais e executivas <i>lato sensu</i>	286
6.3. A tutela cautelar como instrumento de realização de direitos e não como instrumento de proteção da lide principal	287
6.3.1. A função da tutela cautelar	287
6.3.2. A necessidade de introdução de uma tutela “urgentíssima” no Direito Brasileiro	289
6.3.3. Do acerto do NCPC em revogar as ações cautelares específicas	291
Bibliografia.....	295