

TUTELAS PROVISÓRIAS NO CPC/2015 E AS LIDES TRIBUTÁRIAS

Camila Vergueiro Catunda

Sumário: 1. Introdução. 2. O CPC/2015 e as tutelas provisórias. 2.1 A tutela provisória de evidência. 2.2 A tutela provisória de urgência. 3. As ações antiexacionais e as tutelas provisórias. 4. Quadro sinótico da tutela provisória no CPC/2015

1. Introdução

Neste trabalho será abordado o Livro V do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015 - Lei Federal nº 13.105, de 16/03/2015), no qual estão regulamentadas as tutelas provisórias, e sua afetação no processo tributário.

O CPC/2015 inova a legislação processual civil ao reservar um Livro próprio para tratar das hipóteses em que as tutelas provisórias podem ser deferidas pelas autoridades judiciais, deixando clara a preocupação do legislador em superar a falta de coesão que se perpetrou no CPC/1973 por força das inúmeras alterações que sofreu desde sua edição.

Contudo, em nosso sentir, não foi apenas este o fator que levou o legislador a adotar tal providência, mas, também, a sua missão de operacionalizar a efetividade na prestação da tutela jurisdicional.

225

O legislador de 2015 sistematizou e organizou as medidas de urgência do CPC/1973, a fim de tornar o processo mais célere, mais justo e rente às necessidades sociais, assegurando que a resposta do Poder Judiciário seja rápida não só nas situações de urgência, mas, também, naquelas em que a alegação da parte se revela tão evidente que é injustificável esperar o fim do processo para que seja analisada a tutela final pretendida.

É garantia constitucional um processo célere e efetivo, que previna lesão ou repare-a, à luz dos incisos LXXVIII e XXXV do artigo 5º da Constituição Federal/1988, assim, o CPC/2015 em boa hora “relembra” aos operadores do direito que:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.¹

No primeiro tópico do trabalho serão identificadas as tutelas provisórias no CPC/2015, confrontando-as com as medidas existentes no CPC/1973. A ideia é apresentar um “antes” e um “depois”: antes de 18/03/2016, a partir de 18/03/2016.²

1. Exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

2. Fazemos aqui referência à data em que reputamos que o CPC/2015 entrará em vigor (a qual é objeto de controvérsias). Entendemos que o artigo 1.045 que fixa o prazo da *vacatio legis* em 1 ano (“Artigo 1.045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial.”) deve ser interpretado em conjunto com o artigo 1º da Lei Federal nº 810/1949 que define o ano civil, segundo o qual “considera-se ano o período de doze meses contado do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte”. Assim, considerando que (i) a data da publicação oficial do CPC/2015 se deu em 17/03/2015, que (ii) o artigo 1.045 estabelece que o CPC/2015 entrará em vigor depois de 1 ano desta data, que (iii) 1 ano nos termos do artigo 1º da Lei Federal nº 810/1949 se perfaz exatamente no mesmo dia e mês do

No tópico subsequente será feita a confrontação dessas figuras com a lide tributária, considerando lide tributária para fins específicos deste trabalho, as medidas antiexacionais propostas pelo sujeito passivo para discutir a aplicação da regra-matriz de incidência tributária, seja atacando a Lei que a institui, o ato constitutivo da obrigação tributária ou o ato de inscrição em dívida ativa, isto por meio de ação em que se objetive o não pagamento do tributo (seja pela não constituição da obrigação tributária, seja pela sua anulação).

O que significa que, neste texto, não serão confrontadas com as “novas” tutelas de urgência, muito embora possam ser “encaixadas” na classe das lides tributárias: (i) as ações exacionais do Fisco, já que o assunto demandaria um artigo só para ele em função de suas peculiaridades; (ii) questões relativas à expedição de certidão de regularidade fiscal ou à liberação de mercadorias apreendidas, pois, estas últimas, muito embora, estejam associadas a problemas fiscais, não são, em si, decorrentes da aplicação da regra-matriz de incidência tributária.

2. O CPC/2015 e as tutelas provisórias

Sob a vigência do CPC/1973, o sujeito passivo que pretende afastar a exigência do tributo temporariamente por meio de uma decisão judicial sem potência de definitividade, portanto, por meio de uma tutela provisória de urgência, o faz requerendo uma tutela antecipada ou uma tutela cautelar.

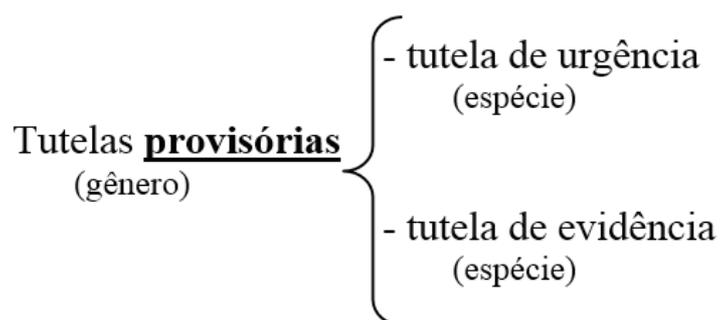
A tutela antecipada na ação antiexacional, tenha ela natureza declaratória ou anulatória, é requerida com fundamento no artigo 273, I e II, do CPC/1973, enquanto a tutela cautelar, nessas mesmas modalidades de medida judicial, é solicitada com fulcro no artigo 796 e seguintes do Capítulo I, do Livro III, do CPC/1973.

12º mês anterior, que, por força dessa disposição, (iv) 1 ano de 17/03/2015 se consuma em 17/03/2016, forçoso concluir que o CPC/2015 entrará em vigor em 18/03/2015.

Ambas as tutelas provisórias (antecipada e cautelar) nos termos do CPC/1973, estão fundadas no risco de lesão, na ideia de perigo (*periculum in mora*), podendo esse risco estar relacionado com uma lesão: (i) material, atrelada ao bem da vida cuja proteção se pretende com a provocação da tutela jurisdicional; ou (ii) processual, logo, ao resultado útil do processo na hipótese da medida somente vir a ser deferida no julgamento final da ação. Sem dúvida não é este o único requisito (o perigo) para a concessão dessas tutelas provisórias, cabendo ao sujeito passivo também demonstrar a relevância jurídica dos fundamentos invocados na defesa dos seus interesses.

Com o CPC/2015, o sujeito passivo também terá à sua disposição duas espécies de tutelas que não são dotadas da potência da definitividade, portanto, provisórias, mas, uma delas, diferentemente do que se dá no CPC/1973, não está fundada na ideia de perigo (risco de lesão material ou processual), mas, sim, na evidência do direito, denominada pelo legislador como tutela de evidência.

Assim, no CPC/2015, temos duas modalidades de tutelas provisórias, uma fundada na ideia de perigo, a tutela de urgência, e outra assentada na ideia de evidência do direito, a tutela de evidência. Entre os artigos 294 a 311 do CPC/2015 estão reguladas as espécies de tutelas provisórias:



2.1 A tutela provisória de evidência

Como apontamos linhas atrás, a tutela de evidência independe de perigo, podendo ser pleiteada, na lide tributária, com base nos seguintes fundamentos:

- a. identificação (pelo magistrado) de que os fatos alegados podem ser provados exclusivamente por meio de prova documental e de que a tese jurídica debatida está firmada em julgamento de caso repetitivo ou em Súmula Vinculante;
- b. identificação de que o autor produziu prova documental suficiente dos fatos que alega e o réu não apresenta contraprova que gere dúvida razoável;
- c. identificação do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório da parte.

Ainda que pareça, a tutela de evidência não é uma novidade no processo civil, pois, partindo-se de suas hipóteses de concessão, constata-se que duas delas (“a” e “b”) estão fundadas na existência de prova documental de plano do direito invocado, ou seja, na incontrovertibilidade fática promovida pela parte mediante prova documental, e uma delas (“c”) na hipótese de condução do processo pela parte de maneira protelatória, situações essas já positivadas antes do CPC/2015. Vejamos.

A demonstração do direito evidente por meio de prova documental de plano para fins de concessão da tutela provisória de evidência é semelhante à concepção do direito líquido e certo do Mandado de Segurança, uma vez que, para fins de processamento da ação mandamental, assim como para o deferimento da tutela de evidência, deve a parte requerente demonstrar a incontrovertibilidade fática promovida por meio de prova documental.

Como bem destacam José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo, por meio do Mandado de Segurança “tutela-se um direito evidente”.³

3. In *Mandado de Segurança Individual e Coletivo*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 33.

Desta forma, a influência do regime do Mandado de Segurança na instituição da tutela de evidência é inquestionável, objetivando-se com sua estreita regulamentação no CPC/2015 a consagração da efetividade e da celeridade advinda do pronunciamento mandamental em outras modalidades de prestação de tutela jurisdicional.

Entretanto, não foi apenas no Mandado de Segurança que a tutela de evidência fundada na incontrovertibilidade fática se inspirou, isto porque, medida desse quilate já se encontrava assegurada no § 6º, do artigo 273, do CPC/1973, o qual autorizava a concessão da tutela antecipada quando um (ou mais) dos pedidos fosse incontroverso:

“Art. 273.(...)”

§ 6º. A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se *incontroverso*.”

A hipótese de concessão da tutela de evidência em função do abuso do direito de defesa ou do propósito protelatório da parte, também já estava inserida no processo civil, especificamente no inciso II, do artigo 273, do CPC/1973, mas, aqui, denominada de tutela antecipada:

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

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

Por isso não há que se afirmar que houve uma grande mudança no processo civil com a tutela de evidência, deveras, o que se deu foi a adequada sistematização e denominação da medida processual, colocando-se no devido lugar o que antes estava compreendido, indevidamente, como antecipação

de tutela, mas que de tutela antecipada efetivamente não se tratava.

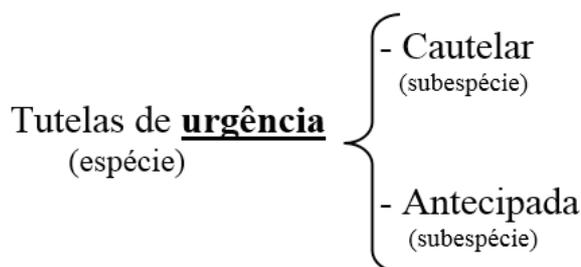
A inovação do CPC/2015 na tutela de evidência se dá quando da parte é exigida a demonstração de que a questão de direito debatida no processo foi firmada em casos repetitivos ou em Súmula Vinculante (somado este fundamento à prova documental de plano). Este, sim, um novo critério a motivar o pedido de concessão de tutela provisória.

Com esse novo fundamento para a obtenção da tutela de evidência, o CPC/2015 aperfeiçoa os critérios de concessão das tutelas provisórias já existentes no CPC/1973, empregando, como instrumento de eficiência na prestação da tutela jurisdicional, as decisões proferidas por meio dos mecanismos de unificação e consolidação de jurisprudência, dando operacionalidade ao princípio da isonomia.

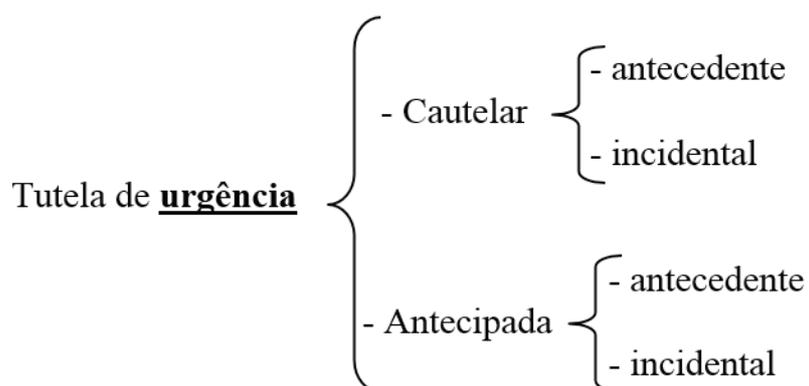
2.2 A tutela provisória de urgência

A tutela provisória de urgência no CPC/2015, como mencionado anteriormente, consagra a ideia de perigo para a sua concessão, tal como estão consolidadas no CPC/1973 a tutela cautelar e a tutela antecipada.

Deveras, o CPC/2015 divide a tutela provisória de urgência em duas espécies, a tutela cautelar e a tutela antecipada:



Ainda, estabelece o parágrafo único, do artigo 294, do CPC/2015 que, tanto a tutela cautelar, como a tutela antecipada podem ser requeridas em caráter antecedente ou incidentalmente:



Acerca da distinção entre essas duas espécies de tutela de urgência, preleciona Cassio Scarpinella:

“A tônica distintiva, destarte, parece (ainda e pertinentemente) recair na aptidão de a tutela provisória poder satisfazer ou apenas assegurar o direito (material) do seu requerente. Satisfazendo-o, é antecipada; assegurando-o, é cautelar”⁴

Nos termos do CPC/2015, a concessão da tutela de urgência, seja ela cautelar ou antecipada, depende da demonstração pela parte requerente (i) da probabilidade do direito invocado; e (ii) ou o perigo de dano ao bem da vida que se pretende proteger com a provimento final; (iii) ou o risco de dano ao resultado útil do processo.

Isso demonstra que a tutela de urgência do CPC/2015 manteve os mesmos requisitos para a concessão da tutela

4. *Op. Cit.*, p. 124.

cautelar ou da tutela antecipada, previstos nos artigos 798⁵ e 273, I⁶ do CPC/1973.

Muito embora os requisitos sejam os mesmos, o CPC/2015 traz algumas novidades em relação ao procedimento e efeito da decisão que defere a tutela de urgência. Vejamos.

Primeiramente, será abordada a tutela de urgência cautelar.

A tutela cautelar quando requerida em caráter antecedente não mais formará um processo autônomo, ou seja, não haverá uma relação jurídica processual distinta daquela que se consolida no processo principal, tal como se dá no CPC/1973.

Segundo o artigo 305 do CPC/2015, a petição inicial em que a tutela cautelar antecedente é requerida pode limitar-se ao pedido cautelar com a demonstração do perigo e a indicação da controvérsia, mediante a exposição sumária do direito que a parte pretende seja assegurado como pretensão final, cabendo ao requerente o aditamento da inicial no prazo de 30 dias da efetivação da tutela cautelar deferida.

O não aditamento da petição implica a perda da eficácia da cautela anteriormente concedida.

Caso não seja uma boa opção elaborar uma petição inicial exclusivamente para o requerimento da tutela cautelar antecedente, está o autor autorizado, nos termos do § 1º, do artigo 308, do CPC/2015, a formular o pedido de tutela cautelar antecedente contemporaneamente ao pedido principal, dispensando-se, assim, o aditamento da petição inicial.

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

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

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;

Passemos agora às novidades da tutela de urgência antecipada.

Tal como na tutela cautelar antecedente, a petição inicial pode limitar-se ao pedido de tutela antecipada antecedente, onde deverão estar expostos a controvérsia, o direito almejado no pedido final e a demonstração dos requisitos (probabilidade do direito e perigo) que justifiquem a concessão da tutela antecipada antecedente.

Em sendo a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a petição inicial deverá ser aditada em 15 dias, ou no prazo fixado pelo juiz da causa que não pode ser inferior a esses 15 dias fixados no CPC/2015. Nessa oportunidade o requerente poderá complementar seus argumentos, juntar novos documentos e confirmar o pedido de tutela final pretendido. O não aditamento da petição implica a extinção do processo sem julgamento de mérito.

Quando o pedido de tutela antecipada antecedente for indeferido, o prazo de aditamento da petição inicial é de até 5 dias, sob pena de seu indeferimento e extinção do processo sem julgamento de mérito.

A grande novidade da tutela antecipada antecedente é a possibilidade de estabilização da decisão que a defere, consoante o CPC/2015, que se dará quando a decisão que a deferiu não for atacada por recurso⁷ da parte contrária.

A estabilização da tutela antecipada antecedente está prevista no artigo 304, do CPC/2015:

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

Muito embora o CPC/2015 preveja a estabilização da tutela antecipada antecedente quando não houver a interposição

7. O recurso cabível contra as decisões concessivas ou denegatórias das tutelas provisórias é o Agravo de Instrumento.

de recurso, ele expressamente dispõe que não há formação de coisa julgada nesta hipótese, ressalvando, contudo, que os efeitos da decisão estabilizada poderão ser afastados por meio de ação que tenha por objetivo rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, a ser proposta no prazo de 2 anos por quaisquer das partes interessadas.

Tecidas essas considerações sobre as tutelas provisórias no CPC/2015, passemos à análise do seu impacto no processo tributário.

3. As ações antiexacionais e as tutelas provisórias

Processo é instrumento da relação jurídica de direito material conflituosa, de modo que não tem ele (o processo) um fim em si mesmo, tratando-se de efetivo veículo de solução de conflito de interesses que se instale entre os sujeitos de uma dada relação jurídica.

Para sua “existência”, o processo é dependente da relação material de fundo que lhe serve de objeto. Assim, tratar de processo tributário significa tomar como ponto de partida a relação jurídica havida entre o Fisco e o sujeito passivo em estado conflituoso.

Adjetivar de tributário um dado processo é fazer um corte no arsenal normativo processual e identificar a lide originada de um conflito de interesses entre Fisco e sujeito passivo.

Instaurando-se o processo em função de um conflito havido na relação jurídica de direito material, são os sujeitos dessa mesma relação jurídica que estão habilitados a provocar a tutela jurisdicional judicial para solucioná-lo.

No processo tributário, então, teremos processos que serão promovidos por iniciativa do Fisco, os denominados processos exacionais, e processos concebidos pelo sujeito passivo, os processos antiexacionais, os quais, como destacamos na “Introdução”, representam a lide tributária para fins deste artigo.

A Constituição Federal/1988 assegura ao sujeito passivo a promoção de medidas preventivas ou repressivas à prática de atos pela autoridade fiscal, quando dispõe que a tutela jurisdicional pode ser provocada quando já ocorreu a lesão ao direito (tutela repressiva) ou ainda quando se dá apenas ameaça (iminência) à violação de direito (tutela preventiva). A identificação da tutela jurisdicional em caráter preventivo ou repressivo da medida antiexacional no texto Constitucional decorre da leitura do inciso XXXV do seu art. 5º:

“Art. 5º. (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

No processo tributário a ideia de ameaça, para fins de provocação da tutela jurisdicional de natureza preventiva (declaratória), instala-se com a possibilidade de a regra-matriz de incidência ser aplicada pelo ente tributante competente, já que constituída a obrigação tributária mediante a aplicação da regra-matriz de incidência tributária consumada estará a lesão, a partir de quando a provocação da tutela jurisdicional pelo sujeito passivo será promovida em caráter repressivo (anulatória).

Por meio da ação antiexacional preventiva, o sujeito passivo pretende impedir a aplicação da regra-matriz de incidência tributária, fazendo-o, ou por meio da Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica ou do Mandado de Segurança Preventivo, enquanto que, pela via antiexacional repressiva, o sujeito passivo objetivará desconstituir atos já praticados pelo Fisco, pela via, ou da Ação Anulatória, ou do Mandado de Segurança Repressivo ou dos Embargos à Execução Fiscal.⁸

8. Tem o particular ainda à sua disposição para solucionar conflito de interesses com o Fisco, a Ação de Consignação em Pagamento e a Ação de Repetição do Indébito, mas, que não serão abordadas em função do corte que fizemos no início do artigo ao definir o que é lide tributária para fins deste trabalho.

Visando proteger o bem da vida objeto da controvérsia judicial, bem como resguardar o resultado útil do processo, no contexto do CPC/1973, o sujeito passivo requer a concessão de tutelas de urgência provisórias, ou a tutela antecipada ou a tutela cautelar, as quais estão fundadas na ideia de perigo, como já aduzimos, e terão o condão de obstruir o processo de aplicação das regras tributárias.

Por meio das tutelas de urgência do CPC/1973, o sujeito passivo pretende a concessão de medida pelo magistrado que bloqueie o processo de aplicação das regras tributárias em caráter temporário, as quais, contudo, não são suficientes para resolver a relação jurídica em caráter definitivo e eliminar o vínculo jurídico entre sujeito ativo e sujeito passivo.

Assim, sob a vigência do CPC/1973, o sujeito passivo ao propor a ação antiexacional (preventiva ou repressiva) está autorizado a requerer a tutela de urgência, cujos efeitos, por força do artigo 151, V do Código Tributário Nacional, têm o condão de, exclusivamente, suspender a exigibilidade da obrigação tributária. Assim, suspender a exigibilidade por meio de uma tutela de urgência é impedir a aplicação das regras tributárias que objetivem a extinção da obrigação tributária pelo Fisco.

Nas palavras de Paulo Cesar Conrado, “suspender a exigibilidade do ‘crédito tributário’ (leia-se da ‘obrigação tributária’) significa, no contexto do Código Tributário Nacional, paralisar o processo de positivação”.⁹

O que muda com o CPC/2015 para o sujeito passivo que provoca a tutela jurisdicional e pretende resguardar seus interesses por meio de uma tutela provisória (não definitiva)? Nossa resposta: o fundamento que ele invoca para justificar a concessão da tutela provisória pretendida. Expliquemos.

Como apontamos, no CPC/2015 as tutelas provisórias são subdivididas em duas categorias, a tutela de urgência e a tutela

9. *In Processo Tributário*. 3ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 118.

de evidência, que se diferenciam em razão do fundamento jurídico que autoriza a sua concessão:

- a tutela de urgência está baseada na ideia de perigo;
- a tutela de evidência não está abalizada na ideia de perigo, mas, sim, na de incontroversibilidade fática provada documentalmente (na evidência do direito) e/ou na existência de precedente repetitivo ou Súmula Vinculante, ou no intuito protelatório da parte.

Bem, se o processo tributário toma como pano de fundo a relação jurídica material tributária, as tutelas provisórias previstas no CPC/2015 devem respeitar as peculiaridades da relação tributária e os efeitos que decisões desse quilate podem produzir no âmbito do direito material tributário.

Observadas as disposições do Código Tributário Nacional, especificamente os seus artigos 151 e 156, e o Livro V do CPC/2015, as tutelas de caráter provisório somente podem ter a prerrogativa de suspender a exigibilidade da obrigação tributária e não extingui-la, efeito este passível de consumação apenas pela tutela final exauriente transitada em julgado, porque apenas ela promove a eliminação do vínculo jurídico entre o Fisco e o sujeito passivo, à luz do artigo 156, X, do Código Tributário Nacional.

Isto significa que o requerimento de tutela provisória no processo tributário dependerá da constatação da existência de perigo, ou da evidência do direito invocado pelo sujeito passivo, ou do intuito protelatório da Fazenda Pública, no caso concreto, tal como exige o CPC/2015, mas, o efeito promovido pela concessão da tutela provisória fundada no perigo ou na evidência do direito nas regras condutoras do processo de aplicação da regra-matriz de incidência tributária será o mesmo: suspender a exigibilidade da obrigação tributária nos termos do artigo 151, V do Código Tributário Nacional.

Por isso concluímos que a única mudança que será perpetrada com as tutelas provisórias previstas no CPC/2015 sobre as ações antiexacionais (preventivas ou repressivas) é o fundamento que o sujeito passivo invocará para justificar a necessidade de

suspensão da exigibilidade da obrigação tributária, pois, o efeito dessas tutelas (as provisórias) no processo tributário é, tão somente, suspensivo, diante do que dispõe o artigo 151, V do CTN.

Deferida pelo magistrado a tutela de urgência (cautelar ou antecipada) ou a tutela de evidência no processo tributário, o efeito imediato da decisão será a suspensão da exigibilidade da obrigação tributária, de modo a bloquear, ainda que temporariamente, o processo de aplicação das regras tributárias.

4. Quadro sinótico da tutela provisória no CPC/2015

